



TRABAJO FINAL DE GRADO

**LA LEY DE MEDIACIÓN, EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD Y LA
VIOLENCIA DE GÉNERO.**

María Fernanda Ochoa

Abogada

2018

“Cualquier cosa es posible si tienes suficiente valor. Son nuestras decisiones las que muestran lo que podemos llegar a ser, mucho más que nuestras propias habilidades.”

J.K. Rowling.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer primero a mis padres, Irma y Carlos, por darme la vida y mostrarme el camino, por todo el amor que me brindaron, por los valores que me inculcaron, a mi Padre y a mi abuelo Lucas por enseñarme lo importante de seguir adelante tras los sueños siempre, por descubrir a través suyo que cuando uno quiere puede y con trabajo se logra.

A mis hermanos por ser parte de mi vida, y especialmente a mi hermana Paula que siempre estuvo a mi lado acompañándome.

A mi suegra por compartir una parte de mi camino, alentándome siempre.

Pero muy especialmente quiero agradecerte a vos, Agustín, mi compañero, mi amor, ya que sin tu amor incondicional y tu apoyo no hubiera podido hacerlo.

A mis tres hermosos hijos, Joaquín, Lautaro y Facundo, quienes en este largo camino me dieron todo su amor y apoyo para que Mamá estudie....Gracias Hijos son la luz de mi vida y la fuerza que me impulsa a ser mejor.

Gracias a los docentes que hicieron que mi vocación y mi pasión por esta carrera fuera cada vez mayor, gracias a aquellos que supieron transmitirme amor por esta profesión, gracias!

Gracias a todos por estar a mi lado cuando lo necesité, en esos momentos difíciles, gracias por la contención y sus palabras de aliento.

RESUMEN

El presente trabajo pretende mediante el análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia, dilucidar si existe una laguna axiológica en el artículo N° 5 de la Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba N° 8858, con respecto a las causales que permiten suspender o hacer cesar el Principio de confidencialidad.

En este sentido, me centrare en investigar el principio de confidencialidad dentro del proceso de mediación, intentare descifrar cual debe ser el comportamiento ético de un mediador/a cuando en una mediación toma conocimiento de una situación de violencia de género sufrido por una de las partes.

Palabras claves: Métodos Alternativos de Resolución de Disputas- Mediación- Principio de Confidencialidad- Violencia de Género.

ABSTRACT

This work is intended through the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence, to elucidate if there is a axiological lagoon in article 5 of the Act of Mediaton of the Province of Córdoba N° 8858, with respect to the causals that allow to suspend or to make cease the principle of confidentiality.

In this sense, I will focus on investigating the principle of confidentiality of the mediation process, I will try to decipher what the ethical behavior of a mediator should be when in a mediation it becomes aware of a situation of gender violence suffered by one of the parties.

Keywords: Alternative dispute resolution methods- Mediation- Principle of Confidentiality- Gender Violence

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO N°1. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	
.....	12
NOCIONES GENERALES	12
MECANISMOS RAD.....	15
ENFOQUES DE LA R.A.D.....	16
CONCEPTO DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	18
¿ES CORRECTO HABLAR DE RESOLUCIÓN “ALTERNATIVA” DE DISPUTAS?	19
VENTAJAS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS.....	20
OBJETIVOS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS.....	21
MOTIVACIONES DEL JUEZ PARA ACEPTAR LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS	23
¿SE TRATA DE UNA “PRIVATIZACIÓN” DE LA JUSTICIA?	24
LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS Y EL CONCEPTO DE JUSTICIA.....	25
LA JUSTICIA RESTAURADORA	26
CAPÍTULO N°2. MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	31
NOCIONES GENERALES Y CONCEPTO DE MEDIACIÓN.....	31
ASPECTOS SALIENTES Y VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN	34
OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN	38
PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA MEDIACIÓN.....	38

<i>Confidencialidad</i>	39
<i>Neutralidad</i>	39
<i>Flexibilidad de su estructura</i>	40
<i>Economía de tiempo y costo</i>	41
<i>Autocomposición</i>	42
<i>Cooperación</i>	43
<i>Confianza</i>	43
EL CONFLICTO COMO OBJETO DE LA MEDIACIÓN	44
CONFLICTOS, INTERESES, VALORES Y ASPIRACIONES	45
UNA DEFINICIÓN DE PODER PARA LA TEORÍA DEL CONFLICTO.....	48
VISIÓN POSITIVA DEL CONFLICTO	51
EL CONFLICTO COMO PROCESO DINÁMICO.....	55
CAUSAS DE LOS CONFLICTOS.....	56
<i>Los bienes como causa del conflicto</i>	56
<i>Los principios como causa del conflicto</i>	57
<i>El territorio como causa del conflicto</i>	58
<i>Las relaciones interpersonales implícitas como causa del conflicto</i>	59
<i>Diferencias de Poder</i>	59
<i>Expectativas dentro de las relaciones</i>	60
<i>Choque de Personalidades</i>	61
LA CUESTIÓN DEL EQUILIBRIO DE PODER ENTRE LAS PARTES	62
RECONOCER UNA MESA DESPAREJA	64
EL PODER DE DOMINACIÓN COMO FUENTE DE LA FALTA DE EQUIDAD	66

CAPÍTULO N° 3. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD COMO NORMA ÉTICA. .. 68

LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL	68
LAS DUDAS QUE SE LE SUSCITAN AL MEDIADOR FRENTE A CIERTAS SITUACIONES.....	70
NORMAS ÉTICAS PARA LOS MEDIADORES	70
LA IMPARCIALIDAD COMO NORMA ÉTICA	71
LA ÉTICA Y EL CONFLICTO DE INTERESES	73
LA CONFIDENCIALIDAD COMO NORMA ÉTICA	75
EXPLICACIÓN DE LA REGLA DE CONFIDENCIALIDAD	79
LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD COMO UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA MEDIACIÓN	81
CONCEPTO DE CONFIDENCIALIDAD	86
ÁMBITO SUBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD	88
ÁMBITO OBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD.....	89
DESARROLLO Y ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA LEY PROVINCIAL DE MEDIACIÓN N° 8858 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 1773/00	89
LAS CONSECUENCIAS DE VIOLACIONES A LA CONFIDENCIALIDAD	96
CAPÍTULO N° 4. VIOLENCIA DE GÉNERO.....	98

INTRODUCCIÓN, NOCIONES GENERALES.	98
PRECISIÓN CONCEPTUAL.....	105
LEY N° 26.485. DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS ÁMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES	115
ANÁLISIS ARTÍCULOS N° 2, 3, 4, 5 Y 6 DE LA LEY 26.485.....	117

LA MEDIACIÓN EN LOS CASOS DE VIOLENCIA Y LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO	129
MEDIACIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO. UNA RESPUESTA ÚTIL EN LOS CASOS DE ARCHIVO DE LA CAUSA PENAL.	133
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	136
<i>Causa F.P.W. s/art. 1 Ley 13.944- C.P. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. (22/02/2017).</i>	136
<i>Causa A.V. R. s/infr. Art(s). 149 bis, Amenazas- CP (p/ L 2303). (30/10/2012).</i>	138
<i>Causa: R., F. E. s/infr. Art(s) 149 bis, Amenazas, C.P. (23/05/2012).</i>	144
NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO	150
CONCLUSIÓN FINAL	153
BIBLIOGRAFÍA.....	157
DOCTRINA	157
LEGISLACIÓN	160
JURISPRUDENCIA	161
ANEXO	162
CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD	162

INTRODUCCIÓN

Por muchos años, estuvimos esperando que nuestro sistema de justicia nos ofreciera un “acceso a la justicia” donde todos y cada uno de los ciudadanos encontráramos en tiempo y forma la solución a nuestros problemas.

“Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal más causas de las que salen; la duración de los procesos excede los tiempos razonables, a lo que debe agregarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto en términos no sólo económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbres”. (Elena I. Highton y Gladys Alvares, 2013).

La incorporación de los métodos alternativos de resolución de disputas, vino a descomprimir la congestión en los tribunales, así como también reducir los costos y el tiempo en la resolución del conflicto, y a suministrar una forma más efectiva y satisfactoria de resolver los mismos, ya que una de sus características más importante en mi opinión, es la posibilidad que da a la sociedad de enfrentar sus conflictos y buscar responsablemente su solución.

La mediación es uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos de mayor auge en los últimos tiempos, por las ventajas que ofrece, y aquí voy a utilizar las palabras de Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, en cuanto dicen, “...En un enfoque transformador, la revalorización y el reconocimiento son los dos efectos más importantes que la mediación puede producir, y alcanzarlos es su objetivo más importante. En los términos más generales se alcanza la revalorización cuando las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades que afrontan, sean cuales fueren las restricciones externas. Se alcanza el reconocimiento cuando dado cierto

grado de revalorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro”.

La Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba N° 8858, ley en la enfoqué mi investigación, en su artículo N° 4 nos expresa los Principios de la mediación:

Artículo N° 4. El Procedimiento de Mediación deberá asegurar:

- a) Neutralidad;
- b) Confidencialidad de las actuaciones;
- c) Comunicación directa de las partes;
- d) Satisfactoria composición de intereses;
- e) Consentimiento informado.

Dentro de los 5 principios que nos da la Ley, mi análisis se centrará en la Confidencialidad de las actuaciones, regulado en el artículo N° 5, el cual nos dice: “El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y todo aquel que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso. No deberán dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes ni podrán estos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos y todo aquel que haya intervenido en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación.”

Por su parte el decreto reglamentario N°1773/00 de dicha ley, estableció los requisitos que deberá contener el convenio de confidencialidad: “Artículo 5: El compromiso de confidencialidad

deberá contener: Nombre y apellido de las partes y número de causa; Fecha de suscripción del compromiso; Expresión clara y precisa de que nada de lo dicho, conocido, ocurrido o información obtenida por medio de la documentación aportada, deberá ser revelada, excepto casos en que se ejerza o se haya ejercido violencia contra un menor, o se hubiere transgredido lo dispuesto en las convenciones sobre los derechos del niño ratificadas por la República Argentina; Firma, aclaración y número de documento de identidad de todos los intervinientes en el proceso de mediación; Se deberán confeccionar tantas copias como participantes haya en el procedimiento de mediación, debiendo entregar a cada uno una copia autorizada.”

De los artículos antes transcritos, se puede observar que la única excepción a la confidencialidad, es que se violen los derechos del niño, por lo cual me pregunto, ¿Cómo debe actuar un mediador, que en un proceso de mediación, toma conocimiento de una situación de violencia de género sufrida por una de las partes, debe suspender la confidencialidad para denunciar esta situación y hacer prevalecer el orden público de protección de la parte que está siendo vulnerada?

Este será el puntapié inicial para realizar mi trabajo, por lo tanto, el tipo de investigación que realizare será descriptivo con pretensiones correlacionales, es decir intentare describir el fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales, buscando precisar las variables del mismo. Por lo cual, mi trabajo estará orientado a describir que situaciones pueden ser consideradas Violencia de Género, evaluando los aspectos característicos y las condiciones que permitirían en una mesa de mediación, relevar del deber de confidencialidad al mediador. Analizando y determinando en qué casos prevalecerá el orden público sobre el Principio de confidencialidad. Deberé partir de la premisa de que hay una realidad a descubrir, un mundo a descubrir y que este mundo social es “relativo”, y sólo puede ser entendido desde el punto de vista

de sus actores. Donde intentare describir, comprender e interpretar las situaciones que dan origen a esta investigación, a través de las percepciones y significados producidos por las experiencias de los que participan en ella; y de este modo aplicar una lógica inductiva, que me permita analizar unos pocos casos para poder arribar y tener una perspectiva más general de los acontecimientos. Para ello en el transcurso de mi trabajo iré definiendo los conceptos, variables y componentes más importantes para cumplir con mi objetivo.

El método utilizado será el Cualitativo, ya que la investigación estará destinada a descubrir y profundizar, cuándo en un Procedimiento de mediación se presenta una situación de violencia de género y en base a esto, que debe primar, si el Principio de Confidencialidad o el Orden Público.

Para lograr mi cometido, utilizare los tres tipos de fuentes, Primarias, Secundarias y Terciarias.

El Trabajo Final de Grado estará dividido en cuatro capítulos, en los que intentare recolectar toda la información necesaria para profundizar en la problemática planteada, por lo cual en el Capítulo 1, desarrollaré los métodos alternativos de resolución de conflictos, sus características, ventajas, sus mecanismos y enfoques más importantes.

El Capítulo 2, estará dedicado a la Mediación como Método Alternativo de Resolución de Conflictos, a definir su concepto, describir sus aspectos salientes, ventajas, sus principios esenciales, a analizar al conflicto como objeto de resolución de la mediación, a reconocer los desequilibrios de poder entre las partes y a descubrir cuando hay una mesa despareja en mediación y finalmente, examinar el poder de dominación como fuente de la falta de equidad.

En el Capítulo subsiguiente, estudiaré al Principio de Confidencialidad como norma ética, considerare la protección del mismo como principio fundamental de la mediación, luego analizare

su concepto, ámbito subjetivo y objetivo del principio en cuestión, y observaré y verificaré que nos dice la Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba N° 8858 y su Decreto Reglamentario 1773/00 respecto al Principio de Confidencialidad y a su excepción.

Por último, desarrollare en el Capítulo 4, a la Violencia de género, realizando una precisión conceptual del mismo, analizaré la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, describiré los tipos de violencia, sus modalidades, finalmente presentare tres casos de jurisprudencia y expresare una noción de orden público, por ser la Ley en cuestión una ley de orden público.

Finalmente, realizare la conclusión final, donde daré mi punto de vista al problema jurídico planteado al inicio del presente trabajo, luego del desarrollo de este trabajo estaré en condiciones de dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Existe laguna axiológica en el artículo N° 5 de la Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba, en cuanto restringe las causales de suspensión del principio de confidencialidad, excluyendo los casos de violencia de género?

CAPÍTULO N°1. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Nociones Generales

En la sociedad actual, el sistema Jurídico, especialmente en su faz judicial, tiene un objetivo abstracto como es el de, “descubrir la verdad”; con lo que no siempre se soluciona el problema, generando frustración entre otras cosas, además de no resolverse en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común, al ciudadano, al hombre de negocios, quienes desean dejar el conflicto atrás, terminar con el mismo para poder así continuar con su vida normal, con mayor razón si el litigio es con alguien a quien deben continuar viendo o con quien debe o le convendría proseguir manteniendo relación. (Highthorn, 2013, p.23).

Los tribunales de nuestro país utilizan un método adversarial de adjudicación, de modo tal que una vez que el conflicto se ha desarrollado entre las partes, las que han ofrecido y producido prueba o arrojado los elementos para que de oficio ésta se produzca, un tercero neutral, en nuestro país el Juez, resuelva la controversia. El juez luego de evaluar todo lo ocurrido más las pruebas producidas, llega a una decisión después de que han ventilado los hechos en tal procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes. Además, esto puede llevar aparejada la no deseada publicidad del juicio o de los hechos que en él se ventilan.

Por lo cual, surge en consecuencia, la grave y real necesidad de encontrar otros métodos, específica y especialmente si no son adversariales, de solución de las controversias ya que nuestro sistema judicial está sobrecargado sobre todo para aquellos ciudadanos comunes que no tienen

acceso al mismo, o que por distintos motivos, no pueden llevar la pesada carga que impone un juicio.

Highton y Álvarez (2013) consideran que “Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal más causas de las que salen; la duración de los procesos excede los tiempos razonables, a los que debe agregarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto en términos no sólo económicos sino energías, ansiedades, esperas e incertidumbres”.

Realizando un somero análisis del sistema de resolución de conflictos que en la actualidad nuestra sociedad tiene disponible muestra que según Highton y Álvarez (2013):

- Una cantidad considerable de ellos (quizás la mayoría), deben ser decididos en derechos por los tribunales;
- Algunos pocos son resueltos por las partes entre sí o con ayuda de un tercero lográndose satisfacer sus necesidades e intereses;
- Otros se resuelven por el triunfo del más poderoso en la disputa;
- Finalmente, y no menos desdeñable, gran cantidad de conflictos quedan sin resolver, porque el acceso a la justicia es complicado y costoso y las partes no tienen otros procedimientos disponibles. (p.24)

La correcta dirección desde la cultura del litigio sería lograr el máximo posible de litigiosidad, de modo tal que la correlación entre agravio a un sujeto de derecho e intervención jurisdiccional fuera de uno a uno. Dichos de otra manera, en este sencillo esquema, un sistema sería eficiente cuando para cada agravio proporcionara una intervención jurisdiccional; o sea,

cuando para cada conflicto hubiese un litigio ante la judicatura, y ese litigio continuara hasta que el proceso concluyera con la solución al mismo.

Ese esquema, sin embargo, resulta erróneo, ya que no sucede así y tampoco finaliza de tal modo.

Highton y Álvarez (2013) sostienen que:

Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte, con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de la partes, sobre la base del principio de subsidiariedad que se expresa así: “ las cuestiones deberán ser tratadas al más bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos en que ellos sea absolutamente necesario”. Obvio es que, el más alto nivel está dado por el sistema judicial. Los tribunales no deben ser el lugar donde la resolución de disputas comienza.

Ellos deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución, salvo que, por la índole del tema, por las partes involucradas o por otras razones el tratamiento subsidiario no sea aconsejable.

Es necesario, en consecuencia, pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo. La ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos, hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional. Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor; y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del Litigio. (p.25).

Mecanismos RAD

Es imperioso encarar la resolución alternativa de disputas como una nueva política necesaria en la en la administración de justicia, por todo lo ya expuesto sobre nuestro actual sistema de justicia y sobre los beneficios y/o ventajas que acarrearán los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos. Por ello es que la incorporación de estos mecanismos para resolver conflictos sociales es una de las funciones que el estado moderno debe cumplir en nuestros días.

Para Álvarez, Highton y Jassan (1996):

Bajo el nombre de “Resolución Alternativa de Disputas” (R.A.D.) se engloba el conjunto de procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza y sin que lo resuelva un juez. Podría también decirse que es un movimiento que tiende a la institucionalización de esta variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos jurídicos por otras vías que no son la tradicional decisión judicial.

Entre estas técnicas pueden mencionarse como clásicas, el arbitraje tradicional, la conciliación, la mediación y la negociación. A ellas cabe agregar nuevas formas de arbitraje (unilateralmente vinculante, el llamado de la “última oferta” y el no vinculante); la evaluación neutral previa, los expertos neutrales, el minijuicio, entre otras. (p.33)

La tolerancia, la paciencia, la solución negociada y la búsqueda del consenso son parte importantísima de la nacionalidad republicana. Por ello, son bienvenidas las nuevas formas de fortalecer la capacidad de diálogo y la solución civilizada de los conflictos, sin necesidad de seguir recargando el sistema judicial, especialmente cuando es frustrante esperar, muchas veces interminables años, para obtener la ansiada resolución al problema, lo que generalmente nunca es justa, ya que el tiempo que se debió esperar hace que cualquier solución llegue muy tarde. La

mayor participación dará confianza a los ciudadanos en la solución de sus diferencias (Álvarez et.al., 1996).

Enfoques de la R.A.D.

Para Álvarez et. al. (1996) a efectos de analizar qué lugar ocupan los métodos de resolución alternativa de disputas en un sistema, deben considerarse dos puntos de vista:

a)- Punto de vista externo:

Se trata de indagar por la situación que le corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida sobre la base de criterios de bienestar social.

Aquí cabe destacar cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan.

b)- Punto de vista interno:

Ya no se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a esos mecanismos como formas interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto. Aquí, por ejemplo, suele destacarse la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional ínsito a todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen. (p.34)

Nuestro sistema judicial es adversarial y formal. Dado que el Estado ejerce el poder de Policía y el monopolio de la coerción y lo que un juez resuelva debe ser obedecido por las partes y su cumplimiento se logra a través de la amenaza de la sanción, una forma de violencia está siempre presente. De ahí que se diga que el sistema legal es una manera violenta de resolución de conflictos.

Otro elemento importante desde la perspectiva interna de la R.A.D. es que el juez debe ceñir su decisión a un conjunto determinado de acciones normativas. Por ello, una parte será ganadora mientras la otra será perdedora, algunas veces ambas partes serán parcialmente ganadoras y perdedoras, o ambas perdedoras, pero nunca pueden ser ambas ganadoras (Álvarez et. al., 1996).

Álvarez et. al. (1996) sostiene esta clase de resultados de la decisión judicial suele ser identificada como “juegos de suma cero” aunque hay algunos que sostienen que los conflictos de suma cero no existen y que sólo existen los pensamientos de suma cero.

Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, al menos algunos de ellos, permiten a las partes, mediante técnicas de resolución conjunta de problemas, o negociación cooperativa, obtener una solución llamada “ganar-ganar” y aquí radica la diferencia con el sistema adversarial, estos métodos de resolución alternativa de disputas lo que buscan es que ambas partes logren salir beneficiadas, que lleguen a un acuerdo altamente beneficioso para ambas partes, que les permita salir satisfechos y cumplir con el acuerdo. Debido a la posibilidad de “agrandar la torta” los intereses de ambas partes pueden ser satisfechos (Álvarez et. al., 1996).

Por supuesto que, a menos que las partes asuman una forma cooperativa de encarar el conflicto, es imposible lograr este tipo de soluciones.

Además, en los conflictos familiares, es necesario tratar y trabajar con los sentimientos y, por consiguiente, el proceso de mediación resulta más apropiado, en algunos casos, que la decisión judicial.

Por otra parte, conflictos que involucran todas aquellas relaciones continuadas como las de vecinos, inquilinos, contratos de construcción, familiares, algunas relaciones comerciales y de

consumo, resultan mejor tratadas mediante la utilización de técnicas de resolución alternativa de disputas (Álvarez et. al., 1996).

Las ventajas como la informalidad, rapidez y confidencialidad que los procesos de resolución alternativa aseguran, se convierte en un factor primordial en el tratamiento de un grupo de conflictos, como los derivados de utilización de software o propiedad intelectual. Debemos decir que no todos los conflictos pueden encontrar una solución por medio de las técnicas R.A.D., a veces porque la naturaleza del conflicto no lo permite, otras porque las partes no lo desean y tienen el derecho inalienable de solicitar un decisión judicial, y, finalmente, por la índole de la cuestión que puede determinar cómo necesaria la existencia de un precedente judicial que resuelva el tema como guía para casos futuros (Álvarez et. al., 1996).

Concepto de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos

El litigio no ha sido la única forma de resolver un conflicto, siempre han existido otros modos de resolver conflictos, pues indudablemente, no es el derecho la única solución a que acuden los contendientes.

Según Highton y Álvarez (2013), la cuestión puede verse desde dos ópticas:

- Concepto amplio: Desde el punto de vista conceptual y del análisis social, todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión autoritaria, de manera que en los hechos, toda la sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución.
- Concepto restringido: Lo que interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encauzar positivamente las disputas, a más de las que solucionan

por vía de su ingreso al sistema judicial, considerándose tales, en sentido estrecho, las que conocen los abogados: arbitraje, mediación, conciliación. (p.26)

¿Es correcto hablar de Resolución “Alternativa” de Disputas?

El movimiento y la temática han aparecido y se han hecho conocer como Resolución Alternativa de Disputas, que puede sintetizarse en la abreviatura R.A.D.

Utilizamos la sigla R.A.D. por cuanto el movimiento y los métodos son conocidos en el mundo como A.D.R. abreviatura que resume el nombre completo de Alternative Dispute Resolution.

Se ha venido cuestionando la inclusión de la palabra “alternativa” en la denominación. De ahí que algunos hablen de “Resolución de Disputas” a secas; y que otros, para mantener las siglas, cambien la palabra “alternativa” por “adecuada”, “apropiada” etcétera.

Las necesidades culturales de los pueblos hacen necesario ampliar permanentemente el vocabulario y combinar palabras para hacer referencia a nuevas instituciones. Las nuevas expresiones surgen y se desarrollan espontáneamente, de acuerdo a las necesidades de acrecentamiento del léxico (Highton, Álvarez, 2013).

Se ha cuestionado la terminología, basándose la crítica en dos aspectos:

- El modo más primitivo de resolver los conflictos no fue el judicial, por lo que el sistema judicial se constituyó en “alternativo” a los primeros métodos de resolución;
- Estos modos diferentes de resolver los conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que complementan al mismo.

Por nuestra parte, mantenemos las voces clásicas, pues consideramos que las palabras sirven para dar nombre a las cosas y señalan cómo se conocen las mismas, sin perjuicio de que puedan existir otras denominaciones de mayor rigor científico o conceptual. Las palabras expresan ideas, pero también son convenciones; y cuando decimos “Resolución Alternativa de Disputas”, todo el mundo sabe a qué nos estamos refiriendo, a aquellos métodos no adversariales de resolución de conflictos (Highton, Álvarez, 2013).

Ventajas de la Resolución Alternativa de Disputas

Los métodos alternativos de resolución de disputas logran resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo -o en vez de- a que se inicie, descontando ya que se haya intentado la negociación directa entre las partes y que ésta haya fracasado.

Desde el punto de vista de los abogados, las ventajas de estos métodos alternativos son innegables, pues aunque sus honorarios de asistencia o consejo sean a veces menores, los cobrará antes; además, su actividad se limita a unas pocas semanas a unas pocas semanas, lo que permite multiplicar los casos en que interviene.

La clientela se lo agradecerá y se aumentará.

Highton y Álvarez (2013) afirman que: En líneas generales y sin perjuicio de sus particularidades propias, estas formas de resolución de disputas tienen las ventajas de ser:

- Rápidas: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de pocas horas.

- **Confidenciales:** Los procedimientos no son públicos, sino privados, con lo cual lo que ocurre en ellos es a puertas cerradas y de carácter confidencial, no se transcriben un expediente ni puede filtrarse a la prensa.
- **Informales:** Si bien existen procedimientos, debe insistirse en el escaso formalismo que los rige.
- **Flexibles:** Las soluciones a que se arribe no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en los hechos únicos de su caso.
- **Económicas:** Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso, mas siempre son baratos si se los relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.
- **Justas:** La solución a las controversias se adapta más a las necesidades de las partes.
- **Exitosas:** Una vez que los programas se encuentran en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (R.A.D.), el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.(p.30)

Objetivos de la Resolución Alternativa de Disputas

Aseguran Álvarez, Highton y Jassan (1996) los objetivos del movimiento de R.A.D. son los siguientes:

- Mitigar la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos;

- Incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- Facilitar el acceso a la justicia;
- Suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.

(p.37)

En la medida en que estos objetivos se vayan logrando dentro del sistema social, estará produciéndose el pasaje de un sistema ineficiente de resolución de conflictos a uno eficaz, si admitimos que un sistema podrá ser calificado de eficiente cuando cuente con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte, con el menor costo posible y sobre la base de las necesidades e intereses de las partes; cuando además se cumpla con el principio de subsidiariedad por el cual “ los conflictos deberán ser tratados primero al más bajo nivel, en la mayor medida posible en forma descentralizada y luego, cuando sea absolutamente necesario, al más alto nivel” (Álvarez et. al., 1996).

Si el sistema es la sociedad en su conjunto, el más alto nivel está en la administración de justicia. Allí recién debe recibirse el conflicto después de haberse intentado otros métodos, salvo que intereses superiores así no lo señalen.

La incorporación de la R.A.D., tanto en el ámbito privado como en el público, es una condición sine qua non para que el sistema de justicia funcione adecuadamente (Álvarez et. al., 1996).

Motivaciones del Juez para aceptar los métodos alternativos de resolución de

Disputas

El rápido crecimiento del interés de los justiciables en las variadas técnicas de resolución alternativa sugiere un cambio en el rol y modo de pensar de los jueces, la necesidad demostrada por los ciudadanos de buscar otros métodos alternativos al litigio que generaran una solución efectiva y eficaz para las partes confirmo indubitavelmente la necesidad de un cambio que partiera de la reflexión en los jueces (Highton, Álvarez, 2013).

Para Highton y Álvarez (2013), No sólo interesa a las partes o a los abogados la resolución alternativa. Desde el punto de vista del juez, considerando sus ventajas, puede pensarse en implementar un programa de métodos alternativos, anexo o conectado a los tribunales debido a:

- El ahorro de tiempo y dinero, evitando de paso, la sobrecarga del sistema judicial;
- La obtención de “mejores” procesos, más abiertos, flexibles y atentos a las necesidades únicas de las partes;
- La obtención de “mejores” resultados, hechos a la medida de las partes y de la sociedad;
- El compromiso de la comunidad en la resolución de los conflictos;
- La ampliación del acceso a la justicia.

El juez que siente la necesidad de anexar un programa de resolución de disputas a su tribunal para urgir la terminación de las causas, tiene la sensación que el público no tolerará más demoras sin exigir cambios en el sistema, por lo que su deseo de solucionar la sobrecarga, está mezclado con el anhelo de proteger la autoridad del Poder Judicial (Highton, Álvarez, 2013).

¿Se trata de una “privatización” de la Justicia?

La resolución alternativa de disputas no constituye un modo de “privatizar” la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial, sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar un servicio más completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día, no debe ser tomado como un sistema en oposición al judicial, sino que debe ser interpretado como un sistema que viene a colaborar y permitir mejorar la resolución de los conflictos a los ciudadanos. Sea que lo ofrezcan los tribunales o que se organice fuera del sistema judicial, la mayor satisfacción y más amplia gama de posibilidades que obtengan los partícipes en un conflicto, permitirá a los jueces dedicarse mejor y circunscribirse a los casos que no obtengan solución anterior, lo que implica que sólo los conflictos no puedan o lleguen a ser resueltos por estos métodos llegaran al sistema judicial (Highton, Álvarez, 2013).

Sostengo que las diferentes opiniones que suscita el temor de “sacar” del sistema judicial a una cantidad de casos, es porque no conocen realmente el funcionamiento de estos métodos alternativos, por lo cual que hay quienes consideran que el poder judicial sólo quedará para los pobres, ya que los ricos acudirán a estos nuevos modos de justicia “privada”; pero, otros creen que el Poder Judicial andando mejor y con lo caro que es, sólo quedará para los ricos, debiendo los pobres resolver sus conflictos por medios alternativos que son más baratos.

Cabe aclarar que la resolución alternativa no constituye una panacea, válida para todos los casos, sino un complemento de la decisión judicial, habrá que considerar que casos podrán ser resueltos con estos métodos y cuales necesariamente requieran de un proceso judicial, que como servicio y como Poder del Estado no puede desaparecer. El juez no debe claudicar en su alta misión, más para que su tarea sea eficiente, otros modos de resolver los conflictos deben coadyuvar con el clásico (Highton, Álvarez, 2013).

La Resolución Alternativa de Disputas y el concepto de justicia

Cuando pensamos en la Resolución Alternativa de Disputas, lo hacemos bajo una noción más amplia del concepto de justicia.

Highton y Álvarez (2013) sostienen que en principio, la palabra justicia se utiliza en una doble acepción:

- Como virtud de la justicia, valor, anhelo de equidad político social e individual ,
- Y como referida al medio típico para actuarla, que es el Poder judicial.

La necesidad de los métodos R.A.D. no sólo tiene que ver con la descongestión de causas del sistema, sino con el grado de insatisfacción que los integrantes de la sociedad han manifestado al sentir que no tienen acceso a una solución justa de sus conflictos, porque como ya lo expresáramos, la justicia tardía no es justicia.

Highton y Álvarez (2013) afirman:

Una cosa es “acceso a la justicia” (entendida como sistema judicial) y otra es “acceso a justicia” (entendida como solución justa). Este punto merece una reflexión que está conectada con el concepto de “Justicia”.

Si bien el interrogante ¿Qué es la justicia? Es uno de esos para lo cual jamás se puede encontrar una respuesta definitiva, podemos preguntarnos sobre a qué alude la gente cuando afirma “aquí no hay justicia”. Y llegamos a la conclusión de que la referencia no es al sistema de judicial, o por lo menos no sólo al sistema judicial, sino a muchas circunstancias tales como inseguridad jurídica, lentitud, corrupción.(p.35)

La justicia restauradora

El interés en los métodos alternativos, especialmente la mediación, aparece de la mano con la búsqueda de la justicia.

La mediación se ofrece, en cierto sentido, para hacer posible el acceso a la justicia, al proveer un foro de bajo costo para lograrla.

Según Highton y Álvarez (2013), en general, se ha presentado a la justicia como comprensiva de dos aspectos:

1) Justicia Procesal: Se refiere a la percepción del individuo acerca de que las reglas de procedimiento que regulan el proceso en el cual se va a llegar a una decisión sobre su suerte, son justas. Dentro del sistema, este enfoque se refiere al entendimiento de que la justicia está dada por la correcta aplicación de la norma correcta.

2) Justicia Distributiva: La noción de justicia distributiva puede aplicarse a los conflictos relacionados con la distribución o adjudicación de bienes, como recursos naturales, salarios, etc. Los criterios para distribuir pueden variar. Se pueden basar en la igualdad o en la proporcionalidad. De acuerdo a la teoría de la equidad, la distribución justa es aquella en que cada uno recibe algo proporcional a lo que ingresa; conforme a otras posiciones, la distribución debe hacerse según la necesidad, lo que puede ser adecuado entre amigos o parientes.

3) Justicia Restauradora: Muchas veces es imposible volver las cosas atrás, por lo menos sin dejar huellas y fisuras. La justicia restauradora se relaciona con la noción de restaurar entuertos, de desagraviar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar. En tanto la justicia distributiva se refiere a lograr beneficios positivos, la restauradora se hace cargo de los

aspectos negativos, buscando remedio para el daño y el sufrimiento. La justicia distributiva es preventiva, la restauradora es reparadora.

El remedio restaurador del mal puede provenir de:

- Retribución: Implica castigo;
- Restitución: Implica reparación o reemplazo por otra cosa en especie de lo dañado;
- Compensación: Implica reemplazo por otra cosa de lo dañado;
- Perdón: Implica cancelación de la deuda.(p.37)

Debe darse a las partes todo el control sobre su conflicto, para ir más allá de la mera retribución, para comprometerse con la búsqueda de la solución del conflicto por las partes mismas; aunque debe saberse por anticipado que en la mediación no se logrará una retribución en el sentido de venganza, en lograr que la otra parte sufra, pues difícilmente alguien acepte voluntariamente una sanción como la que podría provenir de un tribunal (Highton, Álvarez, 2013).

Dependerá del caso cuál es la variante a satisfacer, y cuál es el tipo de solución que las partes busquen.

Cabe pensar en campañas públicas de educación que modifiquen el modo de pensar de la población, a fin de lograr una comprensión mayor sobre el concepto y el rol de la justicia restauradora, con el objetivo de que la sociedad no se apoye ni tenga confianza exclusivamente en una justicia retributiva (Highton, Álvarez, 2013).

Para la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia, Elena I. Highton de Nolasco, en una entrevista que se le realizó el 12/08/2008, sobre la evaluación a 15 años de la incorporación de los medios alternativos de resolución de disputas, expresó:

“La evaluación es francamente positiva. Si bien hubo oposición de algunos sectores que todavía favorecen el litigio por sobre otras soluciones, hemos ingresado definitivamente en un camino favorable a la resolución alternativa de las controversias entre particulares.

La reducción de la litigiosidad es palmaria. Ello surge en forma evidente de la información estadística producida por el servicio Informático de la Mesa General de Entradas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, que luego de 12 años acredita que —la confrontación de los casos que se derivaron a mediación y los expedientes iniciados (carátula por carátula) — los conflictos devenidos juicios son sólo un 35%. La cifra (con mínimas oscilaciones en algunos momentos) se mantuvo constante en todo este tiempo, lo que implica que un 65% quedó afuera del sistema (y eso que en los últimos tiempos no se computan los casos con mayor éxito provenientes de la mediación pública no sorteada, conocida como la lista de los 8). Tal vez algunos casos respondan a juicios que jamás se hubieran iniciado, pero esto da cuenta de un mejor acceso a justicia.

En consecuencia, es evidente que la reunión previa entre las partes —especialmente ante un tercero neutral y en ambiente "seguro"— era un espacio necesario que el sistema no proveía adecuadamente y ahora se toma como algo normal.

La mediación se ha consolidado y sabemos qué es lo que funciona y lo que no funciona.

Y digo mayor o más amplio acceso a justicia en un sentido abarcador de la palabra, refiriéndome no sólo a obtener una sentencia, sino una solución inmediata del conflicto con el mínimo costo, no sólo económico sino de energía y desgaste personal. Una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "acceso a justicia" (entendida como solución justa). Y en tal sentido —reitero— justicia no es sinónimo de sentencia judicial.

El sistema judicial está sobrecargado, por lo que es costoso y lento, la promoción de un

pleito requiere tiempo y dedicación personal, todo lo cual parece no valer la pena o estar alejado de las posibilidades cuando las cantidades monetarias en juego no son grandes, el involucrado en la controversia no tiene poder económico y es relativamente ignorante de sus derechos. Indudablemente, ello produce gran insatisfacción y deja un amargo sabor de impunidad e injusticia. Son pocas las personas que tienen la ventaja de la familiaridad con el proceso y fácil acceso al patrocinio y asesoramiento profesional. Además, como el Juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes, no todos están dispuestos ni en condiciones de adaptarse a estas dificultades.

La resolución alternativa no constituye un modo de "privatizar" la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar un servicio más completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día. Sea que lo ofrezcan los tribunales o que se organice fuera del sistema judicial, la mayor satisfacción y más amplia gama de posibilidades que obtengan los partícipes en un conflicto, permitirá a los Jueces dedicarse mejor y circunscribirse a los casos que no obtengan solución previa.

No puede pensarse en la RAD si no se piensa simultáneamente en el papel que juegan los tribunales de justicia, en la investidura de los jueces y en los valores asociados a la institución. El desafío es repensar y reexaminar estos factores de la realidad y llegar a respuestas creativas que acometan contra los problemas que necesitan solución. Sin ánimo de disminuir la importancia de los tribunales sino todo lo contrario, con la intención de realzar su valor y tarea es menester reconocer que hay intereses sociales e individuales que no se pueden llenar salvo con métodos de RAD, pues la sentencia tradicional no tiene forma de satisfacerlos.

La cantidad de conflictos es potencialmente ilimitada por lo cual la oferta homogénea de

solución por vía del sistema tradicional de resolución de conflictos a través de la sentencia, no logra nunca satisfacerla. Por lo mismo, desde el punto de vista público debe hacerse más heterogénea la oferta de protección y estimularse instituciones que disminuyan la litigiosidad social y no la exacerben. En otros términos, hay que evitar la sinonimia entre conflicto y litigio, como definición de política pública.

Con respecto a la pacificación, creemos que se está produciendo un cambio en el Sector Justicia, o sea, en la mentalidad de los jueces y funcionarios, en los abogados, y fundamentalmente en los usuarios del sistema. La comprobación de este cambio en el Paradigma de la Cultura Judicial, requiere de una investigación seria sobre los impactos directos e indirectos de la mediación prejudicial obligatoria. Y por impactos indirectos hacemos alusión al movimiento que impulsado por los Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas ha abordado la práctica de la mediación mediante el dictado de normas que implementan programas anexos, conectados o relacionados con los tribunales en las jurisdicciones locales a todo lo largo y ancho del país. Nos referimos a las leyes y prácticas de mediación tanto para conflictos civiles, comerciales y penales como comunitarios, así como también, a las que establecen la mediación escolar, los métodos participativos en los conflictos públicos y en la toma de decisiones que involucran a la comunidad.

Creo que la experiencia, la práctica y la difusión son muy relevantes. Debemos continuar por el camino iniciado. En el área, la Argentina es líder en América Latina (y está mucho más adelantada que gran cantidad de los países del resto del mundo). Nos llaman de otros países para implementar programas, para capacitar, etc. El "método argentino", que no es copia sino adaptación a nuestra realidad de lo que vimos en otros lados, tiene mucho éxito". Highton (2008).

CAPÍTULO N°2. MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Nociones Generales y Concepto de Mediación

Cuando entre las personas se genera un conflicto, lo ideal es que acudan a un método colaborativo para solucionar el problema, lo que no siempre es fácil pero merece un esfuerzo, especialmente si la disputa llega a un punto muerto o si las partes deben apoyarse una en la otra en el futuro, fundamentalmente, aquí lo importante es que la relación entre las partes pueda proseguir en el tiempo luego de haber culminado el proceso con una solución ventajosa para ambos. Cuando esto ocurre la solución está en la mediación.

Highton y Álvarez (2013) afirman que, “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto”.

El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a buscar acomodar sus intereses a los de la contraria, a intentar explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas, ya que el método utilizado por la mediación es cooperativo, colaborativo, en definitiva es buscar las partes una solución que les permita a ambas ceder algo para ganar más en el acuerdo, pero además al ser las partes las responsables de solucionar su conflicto o intentar resolverlo, el posterior cumplimiento del mismo surge de esa responsabilidad que se ha comprometido (Highton, Álvarez, 2013).

Mediación es un término utilizado para describir un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia a que puedan lograr encontrarse y conciliar sus posiciones. En líneas generales, el término se utiliza para describir un procedimiento en el cuál un tercero

imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto, éste tercero imparcial sólo guía a las partes a que se encuentren y que busquen soluciones posibles a su conflicto.

El mediador no es un mero oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes describen sus aflicciones. Por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr los acuerdos convenientes. Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes.

La mediación es un procedimiento por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado. Es un sistema informal aunque estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable (Highton, Álvarez, 2013).

Justamente el mediador es un intermediario; no es un juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina a las partes, ni un terapeuta que los cura. Su única función es acercar a las partes. Pero lo hace en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones, abriéndolos a soluciones creativas.

En la mediación basada en la resolución de problemas, se alcanza el éxito cuando se llega a un acuerdo que resuelve el problema y satisface a las partes. En el nivel más simple, la mediación basada en la resolución de problemas define el objetivo como el mejoramiento de la situación de las partes comparada con lo que era antes. En cambio, el enfoque transformador define el objetivo

como el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes (Baruch Bush, Folger, 2008).

En la mediación transformadora, las partes alcanzan el éxito cuando cambian para mejorar, gracias a lo sucedido en el proceso de mediación.

La mediación transformadora tiene éxito cuando las partes viven la experiencia del crecimiento en dos dimensiones, en su capacidad de fortalecer el yo y la capacidad de relacionarse con otros. Esto es según Baruch Bush y Folger (2008), los objetivos de la Revalorización y el Reconocimiento. (p.134)

En este tipo de enfoque, transformador, la revalorización y el reconocimiento son los dos efectos más importantes que la mediación puede producir en las partes y alcanzarlos es su objetivo más alto.

Es muy fácil comprender la declaración de que “se alcanzó un acuerdo que resolvió el problema las partes obtuvieron satisfacción en la misma”, en teoría.

Para Baruch Bush y Folger (2008), una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

- Alcanza una comprensión más clara, comparada con la situación anterior, de lo que le importa y por qué , al mismo tiempo de que aquello que le importa en efecto es importante;
- Comprende más claramente cuáles son sus metas y sus intereses en la situación dada, por que persigue esas metas que ellas son importantes y merecen consideración.

Una parte concede reconocimiento en la mediación cuando:

- Comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no solo como estrategia para facilitar su situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro;
- Comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte. (p.141)|

Aspectos salientes y ventajas de la Mediación

La mediación se caracteriza por ser un procedimiento informal, por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales; y dado su entrenamiento puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo que no es necesario dentro del proceso (Highton, Álvarez, 2013).

Las partes deben llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, y el mediador debe estar en condiciones de reducirlo a cláusulas escritas, que puedan luego homologarse, de modo tal que- de ser necesario- pueda ejecutarse con posterioridad. Como el acuerdo ha sido mutuo y voluntario, los partes cumplen espontáneamente y de mejor grado con mucha mayor frecuencia que en los casos de sentencia final en juicio.

Las partes son las que se encuentran frente a frente, entre sí y con una tercera persona especialmente entrenada que los ayuda (pero no toma la decisión por ellos, solo los ayuda), a encontrar juntos una solución a su conflicto. El mediador utiliza técnicas especiales y con habilidad escucha a las partes, las interroga, desbroza el problema, crea opciones y logra que los contendientes lleguen a su propia solución del conflicto. No se trata sólo de partir diferencias, sino

de que ambos ganen, es decir buscar la mejor solución al problema que satisfaga a ambos. El mediador hace que las partes descubran cuál es verdaderamente el tema en debate, entiendan la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan, entiendan los requerimientos y necesidades de la contraria y consideren las opciones con realismo. El mediador motiva sin manipular e insta a lograr un arreglo sin coaccionar, como lo ya lo expresáramos, el mediador está ahí para ayudar a las partes a que cooperativamente puedan encontrarse y lograr esa solución tan deseada del conflicto. Debe llegar a crear ciertas dudas e inseguridades en cada una de las partes, para que vean más endeble su posición y abran sus mentes al avenimiento y al compromiso.

El mediador buscará modificar las relaciones entre los contendientes, enalteciendo y controlando la comunicación entre ellos, modificando sus percepciones, equilibrando sus diferentes fuerzas y debilidades y no proponiendo y defendiendo acuerdos específicos. Si el mediador es eficiente y logra que las partes participen, hace que lleguen a colocarse por un momento en el lugar del otro y vean las cosas desde el punto de vista de la contraria, además del propio, el proceso será exitoso (Highton, Álvarez, 2013).

A diferencia de otros procedimientos en que se entrega a un tercero la decisión del problema por lo que escapa al interesado el control del conflicto, en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero.

Nada tienen que perder las partes en la mediación, pues con un intento frustrado, si aprueban este acercamiento y tras la discusión mediada no llegan a un pacto, mantiene todos sus derechos y oportunidades de proseguir con otro medio de resolución de su controversia.

No es raro que a un mediador, sea en sesión conjunta o en sesión privada con cada una de las partes, se le pida opinión sobre la razón o sinrazón de la posición propia o del contraria, más el mediador no puede expresar opinión sobre el resultado del pleito, pues perdería su imparcialidad perjudicando todo el procedimiento en forma negativa. Su actuación nunca puede ser la de un juez ni árbitro, ya que él no está ahí para expresar su opinión o dar un veredicto sino para ayudar a que las partes mismas sean quienes lo hagan responsablemente.

El procedimiento de mediación pone énfasis en el futuro, pues no se trata de juzgar sobre un pasado a fin de averiguar quién estaba errado, quien es el culpable, sino de encontrar una solución al problema y diferencias de que se trate (Highton, Álvarez, 2013).

Highton y Álvarez (2013) afirman que esta forma de resolución de disputas tiene la ventaja de ser:

1) Rápidas: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas. Aunque la mayor parte de las veces se llega a un acuerdo después de sólo una audiencia, las disputas complejas pueden requerir sesiones adicionales. Puede no alcanzar el tiempo de una audiencia o los contrincantes pueden querer consultar a sus cónyuges o socios antes de aceptar la propuesta, pero la solución llega luego casi inmediatamente. Por comparación, uno de los inconvenientes más graves del sistema judicial, no sólo de la Argentina sino de todo el mundo, es la tardanza, de modo tal que, a menudo, cuando llega la sentencia, ya es tarde.

2) Confidencial: Una de las características más importantes del proceso mediado, es la confidencialidad. No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en la o las audiencias. Sin este deber

la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo. Las partes deben estar seguras de que nada de lo que dicen será usado en su contra para el caso en que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal. Por ello, las sesiones de mediación son siempre a puertas cerradas; todo lo que se habla y dice en las audiencias es confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa. El mediador tampoco puede difundirlo porque una de las reglas básicas de su oficio la confidencialidad. Por comparación, las constancias de un litigio ante la justicia dentro del sistema formal, más aún si el procedimiento es público y oral, carecen de toda confidencialidad y las partes están expuestas a los medios masivos de comunicación. La mediación es siempre estrictamente privada. Inclusive si no se logra el acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al juzgado interviniente en el pleito que la mediación no tuvo éxito en el sentido de haber logrado acuerdo, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

3) Económicas: Los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.

4) Justa: La solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.

5) Exitosa: Una vez que el programa se pone en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio. (p.198)

Otras Características de la Mediación

Además de los caracteres generales ya expresados, que hacen al concepto de la mediación, hay otros especiales que pueden darse.

Para Highton y Álvarez (2013):

a) La mediación puede ser solicitada u ofrecida. En el primer caso, que suele ser menos frecuente, alguna o ambas partes en una controversia requieren a un tercero que medie entre ellas para lograr zanjar la disputa. El otro caso se da cuando, por el contrario, la iniciativa de mediar surge del tercero que pretende coadyuvar a que la cuestión suscitada entre dos o más personas o Estados sea solucionada pacíficamente; también puede ser ofrecida por un tribunal.

b) Según el número de mediadores, puede asumir el carácter de singular o colectiva, llamada ésta co-mediación, en cuyo caso es muy efectiva cuando se la lleva a cabo en forma multidisciplinaria. (p. 199)

Principios esenciales de la Mediación

Para el Profesor Rodrigo, Mauro (2001) los principios o caracteres esenciales de la mediación son los siguientes:

- Confidencialidad.
- Neutralidad.
- Flexibilidad de su estructura.
- Economía de tiempo y costo.
- Autocomposición.
- Cooperación.

- Confianza.

Confidencialidad

Es probablemente el principio de mayor importancia en el proceso de mediación, y fue entendido de esta forma por el legislador siendo el único que es desarrollado en un artículo específico de la Ley y que desarrollaré en el próximo capítulo.

Neutralidad

La neutralidad consagrada en el primer inciso del artículo N° 4¹ de la Ley Provincial de Mediación de Córdoba, está estrictamente vinculada a la actitud del mediador en el proceso, ya que la neutralidad es una característica en el rol del tercero que no puede estar ausente bajo ningún punto de vista. No podrá emitir opiniones o valoraciones acerca de lo dicho por cada parte, o adoptar cualquier decisión o posición que signifique incidir en la forma o en el contenido de la resolución del conflicto.

No se debe olvidar que la voluntariedad permite que cualquiera de las partes pueda desistir del proceso de mediación en cualquier momento, ya la falta de neutralidad manifiesta por parte del mediador puede ser el factor desencadenante para que la parte afectada decida no continuar del proceso y retirarse de la mesa de mediación.

El mediador no puede, bajo ningún punto de vista, perder la neutralidad en el proceso del que forma parte, y si esto ocurriera, debería él mismo al percibir esa dificultad, apartarse del proceso, de manera que no afecte la credibilidad del proceso y de esa manera poder continuar con el mismo, con la participación de otro mediador.

¹ Artículo N° 4. El procedimiento de mediación deberá asegurar: a- Neutralidad; b- Confidencialidad de las actuaciones; c- Comunicación directa de las partes; d- Satisfactoria composición de Intereses; e- Consentimiento informado.

Flexibilidad de su estructura

Existen opiniones diversas acerca de si el procedimiento de mediación es estructurado o no. En relación a esto, la ley provincial no establece una definición expresa, pero si establece una mínima estructura, sobre todo en el procedimiento de mediación judicial.

Pero de los que no existen dudas, es que aun existiendo una mínima estructura, es absolutamente flexible y puede ser ajustada según la necesidad del proceso, por decisión de mediador o de las partes, en la medida que la misma pueda facilitar el desarrollo de la instancia.

A título de ejemplo se puede mencionar que dentro de la estructura de la mediación se contempla que se desarrollen sesiones conjuntas o sesiones privadas, y que generalmente se sugiere que la primera audiencia de mediación sea en forma conjunta. Ahora bien, puede resultar que el mediador al tomar conocimiento de la relación entre las partes, y que ésta sea muy dura o de mucho rechazo, disponga iniciar el proceso con audiencias privadas con cada parte, para que luego, en el momento que se considere oportuno, puedan ambas partes sentarse en la misma mesa a proseguir la mediación. Incluso puede ocurrir que una de las partes solicite, para un primer momento, no estar juntos en la audiencia, y esto es positivo para dar inicio al proceso, resulta válido.

Es por ello que se plantea que la estructura resulta absolutamente flexible. De igual modo, una mediación puede desarrollarse en dos, tres o más sesiones, según la necesidad que surja del mismo proceso. O puede ocurrir, y no son pocos los casos que así sucede, que en la primera audiencia los actores rápidamente se pongan de acuerdo, y arriben a la solución del problema. O que alguno de ellos desista y no quiera participar más, y en consecuencia se deba dar por concluida la mediación.

En definitiva, las partes son las dueñas del proceso, y en consecuencia, no se encuentran atadas a una estructura predefinida, y por eso, el mismo puede ser modificado cuantas veces lo consideren necesario las partes para fortalecer y profundizar la mediación.

Economía de tiempo y costo

Ya se ha hablado de que todos los métodos alternativos son más económicos que cualquier proceso judicial.

En el caso de la mediación, esa economía es clara en dos aspectos: en los costos que la misma acarrea a las partes, pero también es económico en el sentido del tiempo que dura el proceso, son verdaderos procesos ejecutivos y mucho más si se lo compara con instancias judiciales que para resolver el mismo tema pueden tardar años y años, hasta que efectivamente queda firme una sentencia.

En este sentido la Ley N° 8858 de la Provincia de Córdoba, establece en su artículo 25², que: “El plazo para la mediación será de hasta sesenta días hábiles a partir de la primera audiencia. El plazo podrá prorrogarse por acuerdo de las partes, de lo que deberá dejarse constancia por escrito, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y al Tribunal actuante.”

Como se puede observar el plazo establecido por la norma para la Mediación Judicial es reducido, lo que lleva a entender que el proceso pretende ser efectivo y en un tiempo breve, más allá de que el mismo pueda ser ampliado en la medida que el desenlace de la mediación lo justifique y siempre que sea por acuerdo de las partes intervinientes, lo que reafirma la característica de flexibilidad en la estructura del mismo.

² Artículo N°25: El plazo para la mediación será de hasta sesenta días hábiles a partir de la primera audiencia. El plazo podrá prorrogarse por acuerdo de las partes, de lo que deberá dejarse constancia por escrito, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y al Tribunal actuante.

En relación a los costos que trae aparejado el proceso de mediación, el marco normativo establece que los honorarios de los mediadores, tanto en la mediación judicial como en la extrajudicial, se rigen por lo convenido por las partes (art. 34³ y 42⁴ de la Ley N° 8858).

Autocomposición

Esta característica de la mediación, compartida con otros métodos R.A.D. como la negociación o la conciliación, está determinada por quienes son los responsables de tomar la decisión final.

De esta manera, los métodos autocompositivos se caracterizan por ser las mismas partes las que arriben a un acuerdo, a una solución al diferendo que tenían. En contraposición a esto se encontraban los métodos heterocompositivos, como el arbitraje o el litigio, donde es un tercero el responsable de tomar esa decisión final.

En la mediación, la participación de un tercero neutral, como es el mediador, no significa en manera alguna, que las partes pierdan su poder de decisión. Siempre serán ellas las dueñas de llegar o no a un acuerdo, y el tercero sólo colaborará, cooperará con ellas, para que puedan lograrlo, pero jamás será él quien tome la decisión.

³ Artículo N° 34: El mediador percibirá por la tarea desempeñada en la mediación lo convenido con las partes. Si no existiese acuerdo sobre los honorarios, el mediador percibirá la remuneración que se establezca por vía reglamentaria, teniendo en cuenta la circunstancias y complejidad de los conflictos que se sometan a mediación, y que el monto mínimo será de un (1) jus por audiencia. Los honorarios serán soportados en igual proporción salvo convención en contrario y deberán ser abonados en el acto de darse por concluida la instancia de mediación.

⁴ Artículo 42: En la mediación en sede extrajudicial los honorarios del mediador podrán ser libremente convenido por las partes. En su defecto, se regirá por las disposiciones relativas a los honorarios de los mediadores en sede judicial.

Cooperación

En este aspecto, se tiene en cuenta la actitud y posición de las partes en el proceso de mediación.

Las partes no se ubican en posiciones de confrontación, de competencia o de adversarios, sino que por el contrario, deben mantener una actitud de cooperación o de colaboración para que el proceso de mediación pueda prosperar.

Las partes deben buscar conciliar intereses, para lograr un acuerdo que sea beneficioso para ambas y mutuamente aceptable. Para lograrlo, es indispensable que las partes participen con una actitud de cooperación en el proceso, caso contrario, es imposible que el proceso arribe a una culminación exitosa.

El rol del mediador de provocar y facilitar esa posición cooperativa es muy importante, y puede ser definitivo para que las partes dejen de lado sus posiciones y procuren conciliar sus intereses, principio fundamental éste para avanzar a un acuerdo.

Confianza

Por último, la necesidad de generar confianza es otro elemento clave en estos métodos.

La misma debe ser interpretada en dos sentidos: Por un lado es necesario que las partes, con la colaboración del mediador, generen un ámbito de confianza entre ellas, para poder lograr una efectiva conciliación, y también es indispensable que ambas desarrollen confianza en el método y en la persona del mediador, que será el agente de la realidad que cooperará permanentemente con ellas.

Esa actitud de confianza en el mediador, también dependerá del esfuerzo y el trabajo que él desarrolle desde la primera audiencia, y será clave en el desarrollo del resto del proceso.

Este último aspecto se encuentra vinculado estrictamente con el principio de neutralidad que debe garantizar el mediador en todo el proceso, ya que es a partir de allí que puede generar los lazos de confianza necesarios con ambas partes.

Un profesional que pierda la neutralidad, afectará directamente la confianza de las partes o al menos de una de ellas en su persona, y perjudicará todo lo que prosiga después. (p.4)

El Conflicto como Objeto de la Mediación

El tema del conflicto ha sido reiteradamente estudiada, ya que se la tratado en las diversas disciplinas de las ciencias sociales, además de haberse analizado en áreas transdisciplinarias. Los estudios sugieren que las diferencias o conflictos se enfrentan de diversas maneras y que la selección de un método y de la gama de posibles soluciones depende de datos culturales. Los grupos y los individuos pueden buscar satisfacción o remedio contra sus adversarios de modo formal o informal, privado o público, acudiendo o no a terceras personas, estando o no las partes presentes, de modo dramático o mundano. El poder, junto con los recursos materiales y morales para presionar por los reclamos, es una constante y está siempre presente. (Highton y Álvarez, 2013).

Según el vocabulario vulgar, el término “conflicto” significa “pelea, batalla o lucha”, es decir, una confrontación física entre las partes. Pero el significado se ha extendido para incluir “un desacuerdo agudo u oposición de intereses, ideas, etcétera”. En una palabra, el término conflicto, abarca los trasfondos psicológicos de la confrontación física además de la confrontación física misma. En definitiva, el término “conflicto” ahora se utiliza con tanta amplitud que está en peligro de perder sentido específico.

De manera que, cabe adoptar un significado restrictivo, incluyendo bajo el concepto de “conflicto” según Highton y Álvarez (2013): “una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser, o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles” o, con un criterio más estricto aún, “una percibida divergencia de interés” o una “creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente”, lo que implica pensar en términos de impacto de estados mentales en la conducta social.

Y en estos términos se considera posible desarrollar una teoría general del conflicto que trascienda los varios niveles de la sociedad con escasas excepciones, en tanto la mayoría de los procesos de conflicto significativos se encuentran en distintas relaciones, pudiéndose en cierta medida extrapolar las conclusiones de un campo de conflicto a otro. (Highton y Álvarez, 2013).

Conflictos, intereses, valores y aspiraciones

Puede darse un concepto del conflicto como una percibida divergencia de interés, dando a la palabra “interés” sentido similar a “valor” o “necesidad”. Puede también separarse la noción de “valor” de la de “interés” y “necesidad”, considerando al valor jerárquicamente superior y dando al término el contenido de una creencia profunda del individuo, basada en la religión, ideología u orientación cultural que no es negociable.

Los valores pueden cambiar con el tiempo, pero son bastante permanentes, por lo menos para cada persona en particular, y en principio, lo que tiene tal categoría no es susceptible de transacción ni compromiso alguno. No obstante, debe incluirse su tratamiento en cualquier proceso de resolución del conflicto en base a la comunicación.

Para Highton y Álvarez (2013), los intereses constituyen sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable, por lo que tienden a estar en el centro de los

pensamientos y la acción de las personas, formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones. Constituyen las necesidades prioritarias de cada una de las partes que deben satisfacerse para lograr un resultado equitativo y estable en las negociaciones. Aparecen dentro del concepto de intereses aspectos múltiples, pues no sólo se consideran las necesidades, sino también los deseos, preocupaciones y temores de las partes; y los intereses motivan a las personas y son el resorte silencioso que subyace en el conflicto.

Los intereses pueden describirse desde varias dimensiones:

- Intereses virtualmente universales, tales como las necesidades humanas básicas de seguridad, de identidad, de reconocimiento y aprobación social, de felicidad, de pertenencia y claridad acerca de la naturaleza del propio mundo y cierto nivel de bienestar físico que lleva implícito el económico;
- Intereses específicos de ciertos actores, tal como el deseo de los palestinos de una madre patria.

Algunos intereses son más importantes que otros, y tales prioridades difieren de persona a persona. Además, hay intereses a largo plazo y a corto plazo.

A fin de estar listo para negociar antes que confrontar, los intereses de la propia parte deben traducirse en aspiraciones, metas u objetivos y en pautas básicas o mínimas.

Un objetivo o aspiración es un fin más o menos preciso hacia el cual se lucha y que se expresa en una posición, tal como la meta de llegar a un aumento o el de alcanzar un nivel moderado de respeto en la profesión. Una pauta básica es un nivel mínimo de logros por debajo del cual uno ve los propios resultados como inadecuados. Por cierto que estas aspiraciones pueden

luego ser incompatibles con las ambiciones del otro. Es decir, cada parte debe percibir que la satisfacción de sus aspiraciones imposibilita los anhelos del otro, y viceversa.

Cuanto mayor sea esta incompatibilidad, mayor será la divergencia percibida de interés; mas de estarse atento a la percepción o comprensión de cómo piensa la otra parte. Por útil que sea el análisis de la realidad objetiva, finalmente es la realidad como la percibe cada una de las partes lo que constituye el problema en una negociación y lo que abre la vía de la solución. (Highton y Álvarez, 2013).

Sostienen Highton y Álvarez (2013), que hay tres maneras por las cuales esta incompatibilidad percibida puede desarrollarse:

- Las aspiraciones de una parte son altas;
- Las aspiraciones de la otra partes son altas;
- No aparecen alternativas mutuamente beneficiosas.

Además del nivel de las aspiraciones propias y del otro, también cabe juzgar la importancia del conflicto sobre la base de la rigidez de estas aspiraciones. Cuando las aspiraciones aparecen como incompatibles, el conflicto se desarrolla en mayor profundidad y las aspiraciones rígidas hacen que el conflicto sea más difícil de resolver.

Hay dos puntos de partida para la rigidez de las aspiraciones:

- Las aspiraciones se sustentan en valores muy importantes, como la seguridad, la identidad o el reconocimiento personal;
- Las aspiraciones se sustentan en valores que sólo admiten dos alternativas, son insusceptibles de más o de menos en el sentido que o se los logra o no, con lo que el hacer alguna concesión requiere el abandono total del valor.

Resumiendo todo esto, el conflicto, caracterizado como divergencia percibida de interés, surge cuando no parece haber una alternativa disponible que satisfaga a las aspiraciones de ambas partes, es decir ambas partes saben que hay discrepancia y no logran conciliar sus posiciones. Esto puede ocurrir porque una o ambas partes tienen altas aspiraciones o porque las alternativas de integración son pocas. Si tal conflicto existe, se presenta como especialmente severo cuando las aspiraciones de uno y de otro son rígidas e inmutables. (Highton y Álvarez, 2013).

Al conceptualizar el conflicto como divergencia percibida y no como real, se parte de una noción útil para anticipar lo que la gente realmente hará, porque las percepciones ejercen normalmente un impacto inmediato sobre la conducta (es decir, en la elección de las estrategias). Si bien los términos perceptuales dan la posibilidad de que una parte crea que hay un conflicto de interés mientras que la otra parte lo niegue, inclusive entonces esa parte trabajará, probablemente, sobre la base de sus percepciones. El conflicto no está en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas.

Por ello, de acuerdo al acta de constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), “Puesto que las guerras se originan en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben construirse las defensas de la Paz”.

Una definición de Poder para la Teoría del Conflicto

Sí, como sospecho, cada autor construye su concepto de poder de acuerdo a sus necesidades, y creencias, creo saber lo que necesita la Teoría de Conflictos, y, tal vez algo de lo que no le es útil. No sirve el concepto de “coerción”, como sinónimo de poder ni como una forma específica del mismo. Pero tengo para mí que la coerción que en ciertas situaciones puede ejercer un actor para su objetivo, mediante la amenaza o el uso de ciertos recursos (que no necesariamente

tienen que contener violencia material contra el bienestar psicofísico de otro actor), sólo puede pensarse como una forma de poder bajo ciertas condiciones. Para ello se requiere que el concepto de poder involucre cosas tan dispares como coerción, persuasión, influencia y premios. (Entelman, 2009).

Tratemos de sistematizar los requerimientos de un concepto universal como el que pretendo enunciar. Lo primero que se me ocurre, es destacar que un actor que trata de obtener su objetivo, incompatible con el de su adversario, puede hacerlo mediante el uso de sanciones (acciones negativas), es decir, de privaciones impuestas efectivamente o amenazadas. Pero puede también hacerlo ofreciendo beneficios que solemos llamar premios (acciones positivas). Y, finalmente, puede utilizar la persuasión que es mucho menos perceptible. Por lo tanto, una definición de “poder” desde la Teoría de Conflicto debería permitir dar cuenta tanto de los casos de amenaza de sanción de promesas de premios.

Para entender esta definición es importante comenzar por diferenciar entre “sanciones y premios” o “amenazas y ofertas”. Cabe señalar que la sanción es lo amenazado en el acto de amenazar y el premio, lo ofrecido en el acto de ofrecer según Entelman (2009).

Puede sostenerse que la diferencia entre amenazas y ofertas es puramente semántica porque ambos tienen el mismo efecto. La amenaza de sanción efectuada por A produce en B el resultado que no actúe o no omita actuar como lo hubiera hecho de no mediar la amenaza. Porque media la amenaza, B se somete a lo pretendido por A, o lo ataca. Pero también ocurre que B, ante la oferta de un premio que le efectúa A, hace u omite lo que no hubiera hecho si la oferta no se hubiera producido.

En resumen, la definición de poder que he de proponer como idónea para una Teoría de Conflicto requiere de estas distinciones y trata de dar cuenta de ellas.

Es ahora tiempo de que la Teoría de Conflictos defina el concepto de poder que conviene a su vocación de ser una teoría del género conflicto o del conflicto en general.

Para Entelman (2009), Se entenderá por poder de los actores en el conflicto “al conjunto de recursos de cualquier índole de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo”.

Es claro que al hacer referencia a recursos disponibles, me encuentro más cerca de la concepción del poder como una capacidad para lograr un objetivo y no como la ejecución de esa capacidad, a que ya he aludido.

Debe destacarse igualmente que las amenazas, las ofertas, las propuestas combinadas que contienen amenazas y ofertas, la influencia en cualquiera de sus acepciones, la persuasión, la posibilidad de una alianza con terceros, el poder de convicción, la autoridad moral o el prestigio frente al adversario, ingresan el conjunto de recursos a los que, por ahora, seguiremos llamando el poder de los actores.

El lector se preguntará: ¿Por qué no prescindir de la Palabra “poder”, y utilizar en su reemplazo otra que sirva a los fines operativos y teóricos ya indicados para lograr mejor claridad? ¿Y por qué no definir ese concepto así aclarado y rebautizado? Creo tener elegida la expresión adecuada y desde luego, poder ofrecer además una explicitación de su significado, que no implique los problemas, confusiones y complejidades que nos ha mostrado el concepto de “poder”. El vocablo adecuado, es la expresión “recursos”. Pero ¿puedo realmente utilizarla? La cuestión es la de saber si es posible irrumpir en el lenguaje del conflicto, o mejor en los diversos lenguajes que

se ocupan del conflicto con una nueva expresión y derogar así, en forma automática los hábitos de uso vigentes. La respuesta es negativa.

He destacado ya que el término “poder” denota un concepto que esencialmente controvertido o disputado, que cada autor llena con el contenido más conveniente para el uso que quiere darle. He señalado también que el conflicto es una especie del amplio género denominado relaciones sociales, ya que las relaciones interpersonales y sociales están comprendidas por situaciones de disputa de objetivos u objetos. El poder de que me ocupo se refiere pues a una característica, atributo o capacidad de los actores del conflicto, que se da en el marco de esa específica relación social en que éste consiste. Tiene sentido de tal sólo dentro de la relación: es un concepto relacional, ya que hablamos siempre de relaciones entre personas. Es un poder de un actor, del que éste dispone para obtener su objetivo que es, o él cree que es, incompatible con el objetivo de otro actor. A su vez, para este actor, hablaremos de su poder para fines similares o simétricos.

El poder con que trabaja la Teoría de Conflictos, es el poder de alguien frente a alguien, en una concreta relación conflictual. (Entelman, 2009).

Visión positiva del Conflicto

Realizando una simplificación extrema, podemos decir que en tanto un gran sector de los estudiosos visualiza al conflicto como una enfermedad social, otro lo ve como un elemento indispensable para la evolución de la humanidad. Más aún, podemos afirmar que este siglo, especialmente en las últimas décadas, ha dado como resultado una visión positiva del conflicto, creo fervientemente que a través del conflicto se crece, si se logra visualizar lo que él mismo nos quiere mostrar. Se lo concibe como un motor para el cambio, generador de energía creativa que

puede mejorar las situaciones, una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal. El conflicto puede ayudar a fortalecer los vínculos de los grupos, a reducir las tensiones incipientes al hacerse manifiesto. Inclusive, se considera que el conflicto es deseable desde que una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella. En general, los participantes de un conflicto viven esa situación como crisis, un choque de intereses, de ideas, de emociones, cuya carga negativa se asocia con ideas como problema, traba, atascamiento, ruptura, peligro, trauma u otros que tiene que ver con una situación no feliz. (Highton y Álvarez, 2013).

Cuando hay un conflicto, para comprenderlo mejor no es disparatado examinar su correlación con el cambio. Highton y Álvarez (2013) piensan que el conflicto se refiere a:

- Quién tiene que cambiar;
- Qué tiene que cambiar;
- A cargo de quién está el precio del cambio;
- Cuál debe ser ese precio;
- Cuándo y cómo debe pagarse.

El conflicto y el cambio son inseparables.

En tanto el conflicto tiene una cantidad de funciones positivas, las condiciones que producen absoluta estabilidad y desalientan completamente el conflicto son una bendición a medias. Las comunidades que eluden el conflicto pueden fracasar en lograr cambios necesarios y de crecimiento.

El conflicto interpersonal no necesariamente es malo o destructivo, por lo que ni quienes están directamente interesados, ni los mediadores, deben siempre intentar eliminarlo de raíz, el poder verlo como una posibilidad de aprendizaje y crecimiento debería ser el norte de las partes.

En muchos casos, las diferencias interpersonales, la competencia, la rivalidad y otras formas de conflicto tienen un valor positivo para los participantes y para el sistema social o la organización donde ocurren. Un nivel moderado de conflicto interpersonal puede aumentar la motivación y la energía; el conflicto puede alentar a la innovación de los individuos y del sistema, gracias a que propicia una mayor diversidad de puntos de vista; además, los directivos de la organización de que se trate pueden ir conociendo mejor la propia posición, porque el conflicto los obliga a fundamentar y a sustentar los argumentos en que se apoyan. (Highton y Álvarez, 2013).

Entre los beneficios del conflicto como factor de cambio, pueden incluirse según Highton y Álvarez (2013), los siguientes:

- El conflicto se opone a la osificación del sistema social, al ejercer una presión a favor de la innovación y de la creatividad.
- Al impedir el curso natural del conflicto, se puede llegar a tomar una decisión prematura. Las decisiones prematuras son, naturalmente, decisiones pobres.
- Ciertos malentendidos benignos no ayudan a los intereses de nadie, lo que ocurre cuando cada una de las partes tiene tanto miedo de contrariar al otro que ninguna expone su punto de vista para que el otro lo entienda.
- El conflicto es a veces necesario para alcanzar la justicia. Los tiranos y las élites sin sentimientos tratan de impedir la agitación que intenta enmendar querellas

Políticas. Una situación aparentemente tranquila puede servir para enmascarar grandes injusticias y la explotación interpersonal.(p.47)

No obstante, la cantidad de conflicto que una sociedad puede tolerar tiene un límite, aunque se trate del tipo de conflicto más suave y productivo. El conflicto quita tiempo y energía de otras preocupaciones. Un grupo, una organización o un país pueden involucrarse en tanta controversia que les impida solucionar exigencias básicas, disminuyendo la productividad industrial. Lo mismo las personas que pierden eficacia individual y energía positiva, ya que el conflicto suele debilitar a los protagonistas.

Es muy fina la línea que deben transitar los grupos y las sociedades o las personas para ubicarse en el lugar óptimo entre lo que es demasiado o muy poco conflictivo, en muchos casos es hasta dificultoso reconocer en qué punto se está. Es esencial conservar un nivel de estabilidad porque debe reducirse la cantidad de conflicto para mantenerla entre ciertos límites. Si todo se debatiera la mayor parte del tiempo, no quedaría lapso ni energía para afrontar y desarrollar otras actividades útiles.

Por ello, los teóricos del conflicto no están contra el conflicto per se, ya que muchas veces se logra el progreso al incluir en una causa a personas no comprometidas para luego crear tensión y conflicto como estrategia para organizarlos en la forma deseada y se reconoce que muchos de los mejoramientos sociales han provenido de conflictos resueltos por fuerzas destructivas.

La visión productiva del conflicto no atiende tanto al peso argumental como a la apreciación de las diferencias en el litigio, hasta encontrar su punto de armonía. (Highton y Álvarez, 2013).

El conflicto como proceso dinámico

El conflicto en sí, es un proceso esencialmente dinámico, sujeto a permanentes transformaciones desde su nacimiento hasta su resolución. Estas transformaciones pueden y deben ser administradas.

Cuando un conflicto comienza, las partes que persiguen la obtención de sus objetivos y por lo tanto una resolución del conflicto que les permita lograrlos, manejan por sí mismas las conductas conflictivas. En realidad, manejan la propia, pero al hacerlo, manejan también la del oponente, ya que la interacción entre los protagonistas es la esencia del conflicto. Y por definición, la interacción es un continuar de conductas sucesivas de distintos actores, cada una de las cuales puede ser relacionada con la anterior como su consecuencia. En la medida en que los contendientes no obtengan satisfactoria resolución del conflicto, la intensidad de la conducta conflictual tiende a aumentar, lo cual produce también un crecimiento de hostilidad en el nivel emocional y un incremento de la cantidad de actos negativos que unos y otros realizan, ya que la tensión crece tanto como las expectativas de lograr la satisfacción de los deseos propios. (Highton y Álvarez, 2013).

El dinamismo de los conflictos hace que de un ciclo al siguiente de un mismo conflicto, los problemas o la forma del conflicto manifiesto cambien de modo característico. La escalada de la disputa se refiere a la tendencia de una relación a volverse cada vez más conflictiva, la tensión aumenta notablemente. El desescalamiento designa la tendencia hacia la disminución del conflicto. A veces es deseable una escalada temporal del conflicto, como parte de una estrategia general de su manejo, cuando se trata de liberar o de dejar de controlar el conflicto. De modo similar, los esfuerzos encaminados a producir un desescalamiento implican control o resolución del conflicto,

deben ser buscados una vez que el escalamiento del conflicto fue logrado como estrategia. (Highton y Álvarez, 2013).

Causas de los conflictos

Separar los diversos motivos o causas de los conflictos constituye una parte esencial del análisis que es propio de la mediación y constituye elemento de relevancia en la eventual resolución. Los mediadores deben tratar de determinar qué es lo que está realmente en juego en un conflicto, deben poder lograr descifrar que es lo que realmente está en juego entre las partes.

A estos efectos, cabe señalar que Highton y Álvarez (2013) analizan que los conflictos se pueden originar en causales relacionadas a:

- Los bienes en juego;
- Los principios en juego;
- El territorio en juego;
- Las relaciones interpersonales implícitas.

Los bienes como causa del conflicto

Cuando el conflicto trata sobre los bienes, se refiere a cosas que tienen, o representan, un valor material: dinero, tierra, propiedades, poder. Independientemente de cuál es el objeto en disputa, si hay conflicto es porque la posesión de ese bien representa un valor material para aquellos que lo desean. Sin embargo, muchas veces los bienes no son más que símbolos de alguna otra cosa, pues hay intereses subyacentes, expectativas no dichas, deseos ocultos, etc. (Highton y Álvarez, 2013).

Los principios como causa del conflicto

El término principio se usa para referirse a los elementos no materiales de un conflicto que constituyen valores. Los principios abstractos (creencias religiosas, ideologías políticas, valores morales, reputación personal) pueden defenderse con fervor, porque están arraigados en el interior de las personas. Los principios abstractos y los valores son tan importantes como las posesiones materiales o incluso más. La historia está llena de personas que han muerto por sus creencias, lo que demuestra que, a menudo, estos valores son innegociables, detectarlos es la primera tarea del mediador.

Todos los conflictos comienzan con la afirmación de una de las partes, o de ambas, de que sus posiciones “son innegociables” por los principios que llevan implícitos. Es posible que realmente lo crean. El hecho de afirmar de algo que es innegociable señala el elevado valor que se le atribuye. Pero si todo fuese tan innegociable como se afirma, el mundo no podría cambiar como lo ha hecho y sigue haciéndolo.

Frente a un conflicto de principios es importante descubrir todos los datos posibles:

- Que principios se cree están en juego;
- De quién son esos principios pues los mismos principios pueden variar enormemente según quien los defienda;
- Qué apareció primero: los principios, o la conducta que tienden a justificar;
- ¿Se trata de un principio realmente relacionado con la situación, o es una cortina de humo para ocultar algo menos noble?

Cuanto más complicados son los conflictos, más importante es observar de que clase son, y qué coherencia tienen los principios que se dice están implícitos, ya que muchas veces no está directamente relacionado con la situación conflictiva, pues ocultan otras creencias o valores. (Highton y Álvarez, 2013).

El territorio como causa del conflicto

La tercera causa de conflicto es el territorio, tanto en el sentido literal como el psicológico.

La mayoría de las personas que trabajan en organizaciones se han encontrado con el individuo que cuida celosamente su parcela, y esto produce inercia en las burocracias y las jerarquías.

El territorio psicológico es tanto o más importante que el territorio físico, al cuestionarse o verse amenazado el sentido de identidad de las personas. A medida que la sociedad se vuelve uniforme, y la carrera por escalar posiciones más desesperadas, tememos la aniquilación de nuestro sentido personal de identidad.

El elemento territorial del conflicto se advierte mejor y se vuelve importante durante un proceso y período de cambio, porque representa la seguridad. No obstante, suele ocultarse bajo otros factores. Si un conflicto parece persistir, a pesar de todos los esfuerzos realizados para resolverlo, hay que pensar en la defensa del territorio, apenas visible y a veces subconsciente.

Hay que buscar el elemento territorial cuando en una situación conflictiva se presentan ciertas características como:

- Objeciones triviales a las propuestas de cambio;

- Cuestiones de principios dudosas;
- Reticencia a delegar;
- Procedimientos oficiosos;
- Burocracia mezquina;
- Campañas de rumores;
- Personas que intrigan para lograr responsabilidades extras.

El hecho de aferrarse al territorio no es por fuerza, sino por inseguridad. La mejor manera de apartar a la gente del antiguo territorio es asegurándoles que tienen uno nuevo, en el que pueden invertir su seguridad y delimitar sus derechos, de esta manera lograremos la confianza para poder avanzar en la solución al conflicto. (Highton y Álvarez, 2013).

Las relaciones interpersonales implícitas como causa del conflicto

Las relaciones interhumanas son fundamentales para nuestra vida personal, social y profesional. Muchas veces resultan difíciles de mantener y son causa frecuente de conflictos. El mediador debe intentar encontrar las razones de la ruptura de relaciones como fuente de conflictos, para poder encontrar una solución que sea satisfactoria para las partes.

Entre ellas, pueden mencionarse:

Diferencias de Poder

Las diferencias estructurales de poder dentro de las relaciones son una causa poderosa o se exponen a provocar conflictos, cada vez se ven más situaciones de subordinación de poder, de desigualdad. Una gran disparidad en el reparto del poder tienta al más fuerte a imponer su voluntad al más débil y al más débil a ofenderse y a resistirse. La represión del más débil por el más fuerte

a menudo termina desembocando en un conflicto, no hace expresar lo que hemos vivido históricamente como situaciones de opresión en el mundo. Los mediadores admiten que las diferencias grandes y estructurales en las cuotas de poder constituyen una de las causas de los conflictos y un obstáculo para la mediación. (Highton y Álvarez, 2013).

El uso del poder viene de la mano de la frustración, muchas veces de la impotencia, y generalmente de la omnipotencia, de la soberbia. (Calvi de Barcellona, 2009).

Expectativas dentro de las relaciones

Las personas ponen todo el tiempo expectativas en cada una de sus relaciones.

Las relaciones implican contratos psicológicos que se basan en expectativas tácitas e inconscientes que cada uno tiene de los demás.

Los contratos psicológicos- las relaciones- están implícitas en todos los contactos humanos. La violación de estos contratos tácitos, inconscientes, constituye una importante fuente de conflictos, así como también un elemento perturbador en una situación conflictiva previa. Su violación también es, por definición, una violación de la confianza, porque la confianza mutua está implícita en cualquier contrato que no establecemos por escrito.

Todos los días se producen violaciones del contrato psicológico en diversos niveles de la sociedad. Las mentiras, los abusos sexuales, los actos de vandalismo, la violencia y el adulterio son violaciones de contratos psicológicos, porque se oponen a las expectativas que la gente tiene inconscientemente de los demás, imaginándolos honestos, amables, respetuosos y dignos de confianza.

Con frecuencia, el mediador descubre que las expectativas, que se han fijado muy altas, se han visto frustradas, que se ha violado el contrato psicológico, y que esto impide realizar cualquier inversión en una relación futura.

Una de las tareas del mediador será la de establecer un nuevo contrato psicológico, preferentemente uno que sea suficientemente realista y flexible como para prever futuros problemas. (Highton y Álvarez, 2013).

Choque de Personalidades

También puede haber conflicto, cuando se produce un choque de personalidades, expresión que se emplea gráficamente para explicar por qué dos personas no se llevan bien. Significa que uno sencillamente no puede comprender a la otra persona; o es posible que se la comprenda enseguida y no se desee que la relación se desarrolle, tal vez porque la otra persona nos recuerda el aspecto menos atractivo de nuestra propia personalidad, como ya lo expresáramos las relaciones interpersonales son complejas y muchas veces los conflictos se generan por las altas expectativas que ponemos en el otro, en como deseamos que se comporte de acuerdo a nuestras creencias, valores y sobre todo pretendemos que las personalidades sean similares, cuando todo esto o algo de esto no ocurre surge el conflicto. (Highton y Álvarez, 2013).

Puede existir una atracción mutua inconsciente, reconocida por los peligros que plantea a ambas partes. La antipatía mutua puede también ser base de una relación: a muchas personas las excita el conflicto, de ahí la antigua afirmación de que los polos opuestos se atraen. Es una forma de reconocer una rivalidad directa- consciente o inconsciente- y el deseo de evitarla, ya sea porque no serviría como base de una relación cooperativa, o por temor a perder ante el rival.

Independientemente de que el choque sea causado por atracción o por repulsión, si dos personas no tienen otro remedio que mantener una relación, de algún modo la situación tiene que superarse o, si es posible- y no se corre el riesgo de que el problema perturbe de nuevo- evitarse. La única manera de resolver realmente un choque de personalidades es afrontándolo: admitir su existencia y tratar de encontrar el origen. Tal vez la situación pueda encauzarse si se hace una búsqueda a fondo y con honestidad, analizando:

- Los valores;
- Las opiniones;
- Las suposiciones sobre el otro;
- Los prejuicios de cada uno respecto del otro.

El ejemplo de los choques de personalidad señala la necesidad del mediador de tener ciertos conocimientos de la química existente entre las personas; qué cosas favorecen una buena relación y, algo importante en el transcurso de una mediación, por qué un gesto o una palabra puede provocar que la gente empiece a tratarse a gritos. El mediador debe intentar comprender las interacciones personales. (Highton y Álvarez, 2013).

La cuestión del equilibrio de poder entre las partes

Las partes muchas veces llegan a la mediación en situación de desigualdad relativa de poder, pudiendo entenderse que no debe iniciarse o, en su caso continuarse con la mediación, si las fuerzas no están equilibradas o no son equilibrables.

Este tema preocupa profundamente a los profesionales mediadores y hay diferentes opiniones sobre cómo tratarlo, ya que algunos piensan que intentar mediar con uno de los oponentes demasiado pobre o débil es como llevar a un cordero al sacrificio; para otros, por el

contrario la mediación tiene una amplia protección para la parte más débil, la voluntariedad que hace que cualquiera de las partes pueda levantarse e irse sino se siente adecuadamente posicionada; la posibilidad de que un letrado vea el acuerdo antes de firmarlo la parte; o la eventualidad de que quien así lo desee pueda acudir a la audiencia acompañado por un amigo, un familiar u otra persona de confianza; entre otras, pero además la profesionalidad del mediador de detectar esta desigualdad de poder entre las partes y realizar maniobras estratégicas para equiparar la misma.

Es cierto que las diferencias en el poder relativo de las partes podrían impactar negativamente sobre la calidad del procedimiento y la del acuerdo. Sin embargo, hay quienes recomiendan especialmente a la mediación como un método para resolver conflictos que tiene particular eficacia en casos de desequilibrio de poder por su propia potencialidad igualadora; aunque en casos extremos, el mediador debe considerar dar por finalizado su cometido cuando una parte se ve intimidada o tan desinformada que puede llegar a aceptar cualquier propuesta. (Highton y Álvarez, 2013).

El mediador, de ninguna manera, puede perder su neutralidad favoreciendo a la parte que advierte en desventaja, por lo que su modo de mantener un ambiente adecuado, en el que se pueda arribar a un acuerdo justo, podrá ser aconsejando a ambas partes que se asesoren jurídica o técnicamente, indicándoles que busquen más información fáctica o recomendándoles acudir con patrocinio letrado si no lo tienen.

Obviamente, existen ciertos límites, ya que una diferencia no balanceada puede llevar a que la parte débil acepte acuerdos extremadamente injustos. Además, debe cuidarse la seguridad de los participantes si el desequilibrio de fuerzas es físico y existe violencia y estado de peligro personal. Los mediadores deben estar especialmente capacitados para detectar los casos extremos y poder trabajar sin riesgos, cómoda y responsablemente con y dentro de estos conflictos, debiendo

tener estricto control del proceso. Si establecen las reglas básicas, pueden ser imparciales ante las partes y, al mismo, tiempo condenar los actos de violencia y declarar que la seguridad física no es negociable.

No puede decirse que la cuestión del desequilibrio de poder esté definitivamente resuelta y archivada, ya que es un tema que genera muchas discrepancias y es de tanta actualidad que no debemos subestimarla. Debe ser encarada en cada mediación. Afortunadamente, y desde cierto punto de vista, la mediación, quizás más que cualquier otro modo de resolución de conflictos, está adecuadamente equipada para manejar los desequilibrios de poder, pues constituye una opción que permite dar poder al más débil, por lo que debe estar disponible para el mayor número posible de personas.

En definitiva, la mediación ofrece, más allá de los remedios legales, la posibilidad de que las partes recuperen su poder y construyan un modelo propio de resolución de conflictos; más, si no puede lograrse una virtual equiparación, debe suspenderse el procedimiento. (Highton y Álvarez, 2013).

Reconocer una mesa despareja

Comenzamos preguntándonos, ¿Qué son exactamente las mesas desparejas? ¿Qué aspecto tienen y cómo sabe uno que está en una mesa despareja? El concepto es metafórico. Es una de varias metáforas que se usan para describir una situación de injusticia. Una metáfora de uso común y relacionado con la misma es “campo de juego desigual”. En cada una de estas metáforas, el mensaje es que algo que uno espera que sea igualitario no lo es. (Kritec, 1998).

Para Phyllis Beck Kritec (1998), La mesa hace referencia al lugar de negociación, y cumple con las definiciones de un diccionario de “un grupo de gente reunida o como si estuviera sentada a una mesa” y “una sesión legislativa o de negociación”.

De acuerdo con el diccionario, lo equitativo se refiere a que algo está “equilibrado, igual; es justo”. La expresión coloquial “salir parejos” refleja bien este concepto que hace referencia a no salir ganador ni perdedor, sino simplemente iguales. La gente que va a una negociación con el objetivo de ganar, por supuesto considerará la equidad como algo negativo. El negociador en un conflicto está ante el desafío de crear una mesa y asegurarse de que sea pareja para todos.

Según el diccionario, las partes que intentan la resolución de un conflicto a través de la negociación buscan “conferenciar con un tercero para arribar a un acuerdo en alguna cuestión” y “arreglar o lograrlo a través de la conferencia, la discusión y el compromiso...lograrlo a través del acuerdo mutuo, conciliando posturas y posiciones”. Se da el supuesto de que ninguna de las partes ganará o se impondrá, sino que emergerán resultados de acuerdo mutuo, satisfactorios para todas las partes.

Estas tres imágenes-mesa, pareja y negociación-presentan el cuadro de la naturaleza de una mesa despareja en la resolución de conflictos. Intentamos garantizar el equilibrio y la justicia en una negociación, con el objetivo de llegar a la solución de alguna cuestión.

El hecho de que una mesa sea despareja es indicio de que no se logra el objetivo, es decir, no hay igualdad. Que la mesa sea despareja indica que algo está “desequilibrado, irregular, o que su calidad varia”, para decirlo nuevamente con los términos del diccionario. Iniciar la negociación con un desequilibrio como parte constitutiva de la misma es alterar todo el proceso que sigue. (Kritec, 1998).

El poder de dominación como fuente de la falta de equidad

Sostiene Kritec (1998) que, la falta de equidad puede verse aún más exacerbada por el supuesto existente de que en nuestra cultura el poder de dominación es el único tipo de poder de negociación valedero. En realidad hay una gran variedad de poderes.

French y Raven (1963), crearon una “taxonomía del poder, centrada en la naturaleza de la influencia que uno puede tener sobre otra gente. Se puede ser coercitivo, pero también se pueden usar premios. Se puede tener poder debido a una ligazón o asociación con otra persona poderosa, o un tipo de poder particularmente problemático en las mesas desparejas. Alguna gente tiene influencia porque otros la ven como omnipotente legítima, o porque creen que tiene conocimientos únicos o una posición de autoridad”. (Citado por Phyllis Beck kritec, 1998, página 71).

Incluso una definición de “poder” reconoce la variación implícita en este término. Para Kritec (1998), Poder es: “Tener control, autoridad o influencia sobre otros”, es una definición que refleja bien el concepto de poder de dominación que se analiza. Pero también hay otras definiciones dignas de atención: “la capacidad de actuar o producir un efecto; poder físico; eficacia mental o moral; control o influencia política; una fuente o medio de energía, como en el caso del poder de motivación; y abarque, alcance”. (p.71).

Los supuestos con relación al poder de dominación, acerca de ganar o perder en estos términos, como el objetivo central de todas las partes en un conflicto, introducen así distorsiones importantes.

Lo que se hace cada vez más evidente es el hecho de que la desigualdad es un fenómeno complejo de mucha influencia y que está presente en muchas de las relaciones humanas. No tomar

en cuenta esta complejidad o verla de un modo superficial es ignorar el efecto que puede tener, tiene y tendrá en la resolución de conflictos. (Kritec, 1998).

CAPÍTULO N° 3. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD COMO NORMA ÉTICA.

La deontología profesional

Proponen Highton y Álvarez (2013) que, la deontología se refiere al deber ser y en cierto sentido, designa a la ciencia de la moralidad o el ideal de la perfección del hombre, ya que es comprensiva de los deberes que corresponden a determinadas situaciones sociales. Aunque no pueda decirse que sólo los deberes concernientes al ejercicio de una actividad profesional merecen la consideración de un tratamiento desde este punto de vista, es aquí donde la estructura y la función del deber se configuran como deontología. Cabe una deontología general de las profesiones. Sin embargo, lo frecuente es que cada profesión presente sus propias facetas; no obstante, es en la esfera de las profesiones que ni el deber moral queda reducido a un sublime postulado sin ninguna consecuencia de orden práctico derivado de su transgresión, ni tampoco el tratamiento del deber resulta asumido por entero en una formulación jurídica completamente normativizada.

Las normas deontológicas tienen un carácter preferentemente ético y presentan puntos de contacto con la costumbre; tienden a transformarse en normas jurídicas. Su contenido sustancialmente moralista no autoriza, sin embargo, a considerarlas como normas de carácter moral. Las definiciones de deontología profesional tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan su carácter moral, limitándose a considerarla bajo su aspecto ético.

Cuando el postulado moral se presenta de un modo general y en toda su pureza, estamos en los dominios de la moral o, si se prefiere, de la ética. Cuando, por el contrario, aun habiendo

presupuestos morales, éstos son completamente normativizados y dotados de positividad y vigencia, estamos de un modo pleno en el campo del derecho y de las disciplinas a él consagradas. La deontología queda en una zona intermedia, donde ni todo son normas absolutas de pleno y exclusivo alcance ético, ni todo son normas jurídicas estrictas. Éstas se nutren de un contenido moral o, al menos, mantienen una inseparable vinculación con ese contenido en el plano de los presupuestos y de los fines; y aquéllas, las normas morales, se acoplan a las específicas exigencias de un comportamiento profesional y reciben la impronta de la exigibilidad jurídica de que, de suyo, carecerían.

La deontología designa el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad profesional.

Se habla de la existencia de un específico ethos que es propio de cada grupo profesional y que consistiría en la cultura profesional de personas que se conducen moralmente, desarrollada en el seno del grupo mismo mediante el cumplimiento de sus obligaciones.

El concepto comprende aquellos comportamientos que caracterizan a una cultura o a un grupo profesional en cuanto que éste promueve un tipo de conducta sometido a ciertos valores o a cierta jerarquía de valores. El ethos implica un concepto de pertenencia a una determinada profesión entendida como aptitud, en el sentido de servicio imprescindible para la comunidad, que persigue el logro de valores más que la consecución de un beneficio económico. Y mientras que el código ético tiende a promover y garantizar el ethos, la moralidad del profesional es, por el contrario, la realización subjetiva y personal de la inserción de aquél en la profesión.

El carácter ético de estos principios se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario como el arte forense y el arte médico; y en tanto se predica que la deontología es propia de las profesiones médica y forense, por tratarse de verdaderas artes cuyo objeto se centra sobre la persona humana, el concepto puede hacerse extensivo a la conducta del mediador que comparte tales responsabilidades. (Highton y Álvarez, 2013).

Las dudas que se le suscitan al mediador frente a ciertas situaciones

Al mediador una vez que se convierte en experto en el uso de las técnicas de mediación, le quedan dudas y preguntas acerca de los límites e impedimentos éticos para usar las técnicas en ciertas situaciones, lo que motiva la necesidad de desarrollo de reglamentos de conducta profesional para los mediadores.

De esta manera, las habilidades necesarias para el desempeño competente como tercero neutral incluyen la observancia de normas éticas. (Highton y Álvarez, 2013).

Normas éticas para los mediadores

Toda institución que lleve adelante un programa de mediación debe adoptar un código de normas éticas para los facilitadores, así como también un régimen de procedimiento disciplinario para tratar los casos de violaciones de dicho código.

El conjunto de normas debe incluir disposiciones sobre los siguientes puntos:

- Imparcialidad;
- Conflicto de intereses;
- Promoción publicitaria de mediadores;
- Divulgación de honorarios;

- Confidencialidad;
- Rol de los mediadores en el acuerdo.

Al crear un código de ética, los tribunales deben considerar el doble propósito de dicho código:

- La promoción de honestidad, integridad e imparcialidad en la mediación, y
- El funcionamiento eficaz de un programa de mediación.

Además, los mediadores tienen otras responsabilidades adicionales referidas a:

- Consentimiento informado:
- Rapidez en el procedimiento.

La imparcialidad como norma ética

La imparcialidad es un componente fundamental de las responsabilidades éticas de los mediadores.

El mediador debe mantener la imparcialidad hacia todas las partes, lo que significa estar libre de favoritismo o sesgo, sea en apariencia, palabra o acción, y también implica asumir el compromiso de servir a todas las partes y no a una sola. Pero la cuestión radica en qué necesita un facilitador para mantener la imparcialidad tanto en la apariencia como en los hechos.

La noción también implica que los mediadores deben revelar toda circunstancia que sea susceptible de dar lugar a una posible parcialidad o prejuicio.

Hay dos áreas en que pueden aparecer cuestiones problemáticas de eventual parcialidad:

- Relaciones con las partes o con los abogados, tanto previas como posteriores;
- Reacciones personales de simpatía o antipatía hacia las partes durante la mediación.

La mayoría de los códigos contienen expresiones que prohíben el intercambio de obsequios o de información que pudiera predisponer a los mediadores. Así, se prohíbe a los mediadores aceptar o enviar obsequios, pedidos, favores, préstamos o cualquier otro elemento de valor enviado o requerido a, o por, una de las partes, abogados, o cualquier otra persona involucrada en cualquier proceso de mediación que se encuentre en trámite o esté programado. Se incluye asimismo, la recepción o intercambio de toda información que los mediadores pueden utilizar para obtener algún beneficio de tipo personal.

La prohibición, como es obvio, no afecta a los honorarios del mediador, pues la onerosidad adecuada y está permitida.

Los mediadores no deben practicar, tolerar, facilitar o colaborar con cualquier tipo de discriminación racial, religiosa, por nacionalidad, estado civil, ideología política, incapacidad física o mental, género, sexo o preferencia sexual. Además deben ser conscientes de posibles diferencias culturales y de qué manera éstas pueden afectar los valores de las partes y sus formas de negociar, para evitar la aplicación de estereotipos al tratar con las partes en la mediación.

Integra la imparcialidad el abstenerse de imponer los propios valores o juicios a las partes. (Highton y Álvarez, 2013).

La ética y el conflicto de intereses

Los conflictos de intereses pueden surgir debido a relaciones anteriores o futuras entre los mediadores y las partes. Estas relaciones pueden ser profesionales o personales. Los códigos existentes apoyan tres tipos de respuesta ante los conflictos de intereses:

- Abstención;
- Excusación;
- Revelación.

El mediador no debe comenzar ni continuar con una mediación, si advierte que su participación como facilitador puede crear un claro caso de conflicto de intereses.

El criterio más estricto es el de la total abstención, según el cual el mediador no debe representar a ninguna de las partes, en ningún asunto legal, durante o después del proceso de mediación. En caso que él haya representado a una de las partes con anterioridad, el mediador no debe participar en la facilitación. Según esta idea se prohíbe que los mediadores continúen con la tarea encomendada.

También debe revelar toda circunstancia que pueda crear o dar la apariencia de que existe tal conflicto de intereses o que pueda crear dudas en cuanto a su imparcialidad.

Un supuesto evidente de conflicto de intereses se da ante una representación anterior, por lo que si un mediador representó a alguna de las partes, debe dar a conocer a las restantes esta circunstancia. Después de que el mediador haya informado, las partes pueden elegir continuar o no con el mismo facilitador. El mediador no debe proceder con la tarea si ha brindado servicio legal o de asesoramiento previo a uno de los participantes. Si se brindaron tales servicios, la mediación no debe proseguir, a menos que:

- Se haya aclarado esta relación previa;
- Se haya formulado una clara diferenciación entre el rol del mediador y la relación previa;
- Los participantes hayan tenido la posibilidad de elegir libremente continuar con el proceso.

El mediador debe también tomar en consideración que las relaciones sociales o profesionales posteriores a la mediación pueden comprometer su futura participación como tercero neutral.

Un mediador debe hacer saber sobre toda relación conocida y significativa, presente o pasada, profesional o personal, con cualquiera de las partes o abogados que participen en la mediación, y el mediador y las partes deben discutir la continuación del proceso en cada caso particular.

El deber de informar o revelar es una obligación continua a lo largo de todo el proceso, con lo que un mediador debe revelar cualquier representación o relación de asesoramiento, presente o pasada, con cualquiera de las partes o abogados que participen en la mediación. También debe informar sobre cualquier interés pecuniario pertinente. Todas estas revelaciones de información deben realizarse tan pronto como sea posible, desde que el mediador advierta el interés o la relación.

La experiencia habida conforme a algunas normas extranjeras ha permitido enumerar algunos temas sobre los que debe revelarse información, incluyendo:

- La participación como miembro en un directorio;
- La función como patrocinante o representante;

- El cobro de honorarios por asesoramiento;
- La posesión de fondos (excepto fondos comunes de inversión);
- La existencia de contactos comerciales previos;
- La presencia de cualquier otro tipo de interés gerencial, financiero o de parentesco inmediato con una de las partes.

En realidad, se debe informar a las partes sobre cualquier relación previa que pueda percibirse como conflicto de intereses, las partes debe estar al tanto de cualquier relación previa.

Independientemente del deseo expresado por las partes, un mediador debe excusarse si considera o percibe que existe un claro conflicto de intereses.

Los mediadores no deben utilizar información revelada durante el proceso de mediación para obtener algún beneficio o ventaja privados, ni tampoco deben tratar de lograr publicidad a través de su participación en una mediación, con el objeto de mejorar su posición. (Highton y Álvarez, 2013).

La confidencialidad como norma ética

Según (Samuel Paszucki, 2006, p.113), en un proceso de mediación deben generarse cuatro tipos de confianza:

1. En el proceso;
2. En el mediador;
3. En cada partes respecto a sí misma;
4. De las partes entre sí.

La construcción de la estructura de la confianza forma parte de la tarea del mediador. Todas son igualmente importantes y si bien lograrlas implica un trabajo constante y complejo, resultan vitales a la hora de solucionar un conflicto. Generar confianza implica a veces ayudar a las partes a potenciar sus aptitudes y a tomar verdadera conciencia de sus capacidades. La recuperación y el aumento de la confianza en uno mismo.

La mediación es un procedimiento privado, aun cuando haya sido ordenado por un tribunal u otra autoridad pública.

Las normas éticas requieren el cumplimiento estricto de la promesa de confidencialidad como un elemento integral del proceso de mediación. Mantenerla y cuidarla es esencial al proceso de resolución de disputas. Con ella se promueve la sinceridad, la divulgación de información reservada, la total exploración de los temas y posibilidades de acuerdo, y la aceptación del tercero neutral. No obstante, y he aquí un dilema ético, existen límites y casos en que no es posible mantener la confidencialidad de los procedimientos por contraponerse otros valores superiores.

Excepto en dichos casos, el tercero neutral debe resistirse a revelar información fuera del procedimiento, esta norma ética es absolutamente estricta, ya que el comprometerla implicaría el éxito mismo del proceso, siempre teniendo en cuenta que no se contraponga con otros valores éticos. También se debe respetar el compromiso asumido de guardar reserva de cierta información dentro misma de su actuación.

En definitiva, la confidencialidad tiene diversos niveles que conllevan dificultades éticas:

a)- Con relación a terceros:

- Información sobre violencia o crímenes reales o amenazados;
- Comunicación de datos al tribunal, sea espontáneamente, sea a requerimiento de éste;
- Derivación necesaria a otro profesional a lo que la parte es renuente.

b)- Entre las partes:

- Información que no conoce una de las partes y que, de conocerla, probablemente no suscribiría el acuerdo al que ha llegado;
- Información que no conoce una de las partes y que, de conocerla, probablemente llegaría a un acuerdo.

Antes del comienzo de la mediación, el mediador tiene la obligación de informar a las partes- de manera que puedan comprender razonablemente-, acerca de las siguientes cuestiones:

- Que todos los memorandos, trabajos y materiales contenidos en los archivos del mediador o del programa de mediación serán confidenciales;
- Que cualquier comunicación relacionada con la controversia mencionada, efectuada a una de las partes o a un mediador, o a cualquier persona que hubiera participado en el procedimiento, es confidencial.

En ausencia de una ley que establezca lo contrario, el mediador debe dar tratamiento confidencial a la información que llegare a conocer durante la mediación. El facilitador tiene el deber de explicar que no podrán revelarse los datos confidenciales ni los dichos expresados durante la mediación en un procedimiento judicial o administrativo, excepto:

a)- Información que deba revelarse por obligación legal,

b)- Renuncia a la confidencialidad acordada por escrito entre todas las partes,

c)- Casos específicos establecidos como excepción a la regla general de confidencialidad,

los que deben ser explicitados al comienzo de la mediación. Ellos comprenden:

- Información que a juicio del mediador, pusiera en riesgo la integridad física de una parte o de un tercero;
- Información cuya reserva no puede garantizarse y sobre la cual el mediador ha puesto en conocimiento a las partes;
- Evidencia de conducta poco ética por parte de otro mediador.

El mediador debe informar a las partes en su primera reunión sobre la existencia de alguna restricción a la confidencialidad.

Ello en tanto hay casos en que el deber de confidencialidad entra en conflicto con otras responsabilidades del mediador. Por ejemplo, los mediadores pueden tomar conocimiento de un caso de abuso de menores y, por ley, estar obligados a informar sobre el hecho a pesar de existir un compromiso general de confidencialidad, por lo cual el mediador deberá estar atento a todas las situaciones que puedan comprometer la confidencialidad. De manera similar, los abogados que actúan como mediadores pueden sentirse obligados a informar a los tribunales o al colegio de abogados sobre conducta poco ética por parte de los abogados en la mediación.

Se ha interpretado que el requisito de confidencialidad contenido en la decisión de derivación a mediación por parte de un tribunal no tiene como objeto impedir que el mediador informe al juez sobre un posible conflicto de intereses por parte de uno de los abogados, porque se trata de un tema que no tiene relación con las negociaciones entre las partes, pero podría afectar la administración de justicia.

Es muy importante que las partes sepan desde el comienzo qué se considera confidencial y qué no se considera confidencial, para lo cual se requiere que los mediadores expliquen a las partes todas las excepciones a la confidencialidad.

El mediador debe informar a las partes en la primera reunión sobre todas las restricciones a la confidencialidad, tal como la obligación judicial o legal de revelar información. El mediador debe informar a las partes sobre las circunstancias en las que los mediadores pueden ser compelidos a dar testimonio ante los tribunales. El mediador debe discutir con las partes sobre las consecuencias potenciales de la revelación recíproca de hechos que se produzcan durante el proceso de mediación.

Las normas sobre confidencialidad con frecuencia incluyen disposiciones para proteger los registros y otro tipo de información escrita. Las partes pueden acordar revelar información tanto verbal como escrita en ciertos casos.

La norma de confidencialidad no impide participar en la evaluación de los programas ni en actividades de investigación. (Highton y Álvarez, 2013).

Explicación de la regla de Confidencialidad

La confidencialidad es una garantía procesal dentro del procedimiento de mediación. Esto implica muchas cosas que se amparan en la reserva y resguardo que las partes y el mediador deben conservar sobre cuanto sucede en el curso de las audiencias. (Gozaíni, 2015).

La debida explicación de la regla de confidencialidad es definitiva para la mediación. Si existe en la legislación, se la hará saber de acuerdo a la normativa respectiva. En caso contrario, se firmará un convenio de confidencialidad.

Es muy importante que las partes confíen en la habilidad del mediador para mantener absoluta reserva sobre todo lo dicho durante las audiencias. Esto significa no hablar con nadie fuera del contexto de la mediación y no compartir la información confidencial de una parte con la otra parte.

La regla de la confidencialidad permitirá a cada parte involucrada en un proceso de mediación, negarse a revelar e impedir que cualquier otra de las personas intervinientes revele información obtenida durante el procedimiento.

Aseguran Highton y Álvarez (2013) que, la confidencialidad tiene varios aspectos y direcciones e implica que:

1. Respetto a quienes intervienen en la mediación:

- El mediador no hará saber a la contraria lo que una parte le confíe en una sesión privada, salvo autorización.

2. Respetto de terceros ajenos a la mediación:

- El mediador no divulgará el contenido de la mediación fuera de las sesiones con las partes;
- El mediador no saldrá de testigo en favor o en contra de ninguna de las partes;
- Las partes se comprometen recíprocamente a respetar el deber de confidencialidad.

Existen excepciones a la confidencialidad, por lo que se deben tener en cuenta a fin de indicar a las partes que el privilegio:

- No se extiende a la información referida a la comisión de un crimen o a la violencia sobre- o abuso de- menores;
- No impide utilizar datos que surgen de las reglas de prueba, es decir, que de otra manera podrían ser objeto de prueba. Dicho de otra manera, los datos que se puedan obtener por otros medios independientes no quedarán protegidos sólo por haber sido mencionados durante la sesión de mediación. (p.284).

La protección de la confidencialidad como un principio fundamental de la mediación

La importancia de la confidencialidad en la mediación no puede ser de ninguna manera subestimada. En la mediación, el mediador cuenta con la confidencialidad como una herramienta esencial. En la introducción, el mediador asegura a los participantes la confidencialidad del proceso para crear una “zona de tranquilidad” y ayudar a la expresión franca de sentimientos e intereses. Si tiene éxito, con frecuencia los participantes según Mario de Almeida “confían hechos y sentimientos íntimos que quizás nunca pensaron compartir, ni aún con los más allegados...” (Citado por Walter A. Wright, 1996, página 14).

Luego en el proceso, el mediador alienta a los participantes a generar ideas y opciones para la solución del conflicto. Si los participantes están seguros que las ideas expresadas no serán reveladas, es posible que sugieran opciones que no mencionarían si dudaran de la confidencialidad, lo que se está explicando es que este principio es fundamental para que las partes logren relajarse y puedan expresar hasta sus más íntimos sentimientos, deseos y expectativas sobre el conflicto y su resolución. (Wright, 1996).

Del mismo modo, cuando el mediador sugiere que los participantes intercambien ofertas para la resolución del conflicto, la naturaleza confidencial de la mediación alienta ofertas creadoras

y flexibles. Con frecuencia, el mediador recurre a reuniones separadas con los participantes para obtener información que ellos prefieren no discutir en una reunión conjunta. Cuando los participantes confían que sus conversaciones son privadas, le revelan al mediador información valiosa. Si los participantes logran un acuerdo, salen de la mediación con la seguridad de que el mediador no revelará a otros los términos de su acuerdo sin su permiso.

Sin duda, la confidencialidad es, para Mario de Almeida, “uno de los pilares de la mediación”, sobre el cual pesa la confianza de los participantes en el proceso. (Citado por Walter A. Wright, 1996, página 14).

Sin confianza, los participantes no participarían eficazmente en el proceso y se perderían muchas oportunidades para lograr un acuerdo, ya que de esta manera no brindarían información fundamental para el proceso. Por eso, la protección de la confidencialidad es un principio fundamental de la mediación.

Asegura Wright (1996) que los asuntos sobre la protección de la confidencialidad surgen en tres contextos: primero, durante el proceso de la mediación; segundo, durante el proceso del litigio; y finalmente, con respecto al público en general. La obligación de proteger la confidencialidad varía según el contexto. Durante el proceso de la mediación, la obligación se encuentra principalmente con el mediador. En el proceso de litigio, es una obligación compartida entre el mediador, los participantes y los tribunales. Con respecto al público en general, es una obligación compartida entre el mediador y los participantes.

- La protección de la confidencialidad durante el proceso de la mediación:

La obligación del mediador de proteger la información confidencial durante el proceso de la mediación está claramente reconocida. En los Estados Unidos, comenta Wright (1996), por

ejemplo, la Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del estado de Texas estipula:

A menos que sea expresamente autorizada por la parte divulgadora, el mediador, no puede dejar saber a ninguna de las partes la información que haya sido presentada en confianza por la otra, y en todo momento mantendrá la confidencialidad de las comunicaciones relacionadas con la materia objeto del conflicto.⁵

La sección de Resolución Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados de Texas también ha promulgado guías éticas para mediadores que reconocen la obligación del mediador de no revelar los asuntos privados durante el proceso de mediación.⁶

Un mediador emplea diversas técnicas para proteger la información confidencial durante el proceso de mediación. Por ejemplo, durante una reunión privada entre mediador y un participante, pueden conversar sobre varios asuntos. Al fin de la reunión privada, el mediador le pide al participante que le indique la información que puede ser compartida con los otros participantes y la que debe mantenerse privada. Sin el permiso del participante, el mediador no debe revelar a los otros participantes la información reservada. Además, el mediador siempre mantiene en su posesión las notas que toma durante la mediación y no permite que un participante vea las notas que ha tomado en una sesión privada con el otro. La mayoría de los mediadores también prohíben que los participantes hagan grabaciones o que transcriban lo que se dice durante la mediación. (Wright, 1996).

⁵ Texas Civil Practice and remedies code, secciones 154.001-154.073—“Alternative Dispute Resolution Procedures” Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del estado de Texas 1987.

⁶ Alternative Dispute Resolution Section of the state Bar of Texas, “Ethical guidelines for mediators”.No. 8 “La confidencialidad”. Un mediador no debe revelar la información que está a la disposición durante el proceso de mediación, el cual es privilegiada y confidencial, a menos que las partes afectadas acuerden de otra manera, o de acuerdo con las exigencias de la Ley.

- La protección de la confidencialidad durante el proceso de litigio:

El privilegio de no revelar la información confidencial durante el litigio, dentro del contexto del litigio en los Estados Unidos, un “privilegio” es un derecho u obligación de no revelar la información confidencial. Si existe un privilegio con respecto a la información confidencial, que surge durante la mediación, los participantes involucrados en una mediación pueden tener la seguridad de que el mediador y los participantes opuestos no tienen el derecho de divulgar los intereses, sentimientos, opciones y ofertas que se expresan durante la mediación. Además, el privilegio de no revelar la información confidencial mantiene la imparcialidad del mediador y lo protege de tener que responder a los jueces, jurados y participantes.⁷

La Sección 154.073 (b) del Código de Prácticas y Remedios Civiles de Texas dice: “Los participantes o el mediador, no podrán ser obligados a testificar en ningún procedimiento relacionado o que surge de la materia del conflicto, o sujetos a un proceso que requiera la divulgación de datos o de información confidencial relacionada con la materia en conflicto.”⁸

Según Jay Taylor y Alison Taylor, “cualquier daño a la relación, ocasionado por la revelación, debe superar el beneficio esperado como resultado de la revelación obligatoria. En una mediación típica, el mediador asegura a los participantes que sus comunicaciones dentro del proceso son privadas. Sin la preservación del secreto, los participantes no tienen confianza en el proceso y la relación entre mediador y los participantes fracasa. La sociedad debe desear proteger la relación entre el mediador y los participantes porque la mediación alienta la cooperación y

⁷ Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas, No. 8, comentario (a). “Un mediador no debe permitir que se hagan grabaciones o transcripciones de los debates de la mediación”.

⁸ Texas Civil Practice and Remedies Code, Sección 154.073 (b).

brinda posibles economías de tiempo y dinero en la resolución de conflictos”. (Citado por Walter A. Wright, 1992, página 260)

- La información confidencial: Protección del público.

Mario de Almeida expresa que para proteger la información confidencial del público en general, algunos mediadores recomiendan destruir las notas al concluir la mediación. Cualquier información sobre la mediación que queda en posesión del mediador entre las sesiones de mediación y después de concluir la mediación se preserva de una manera que protege la confidencialidad. El mediador no revela ni los nombres de los participantes ni los términos de su acuerdo al público. Si el mediador recurre a las experiencias reales con fines didácticos o científicos, no identifica a los participantes. (Citado por Walter A. Wright, 1996, página 15).

La confidencialidad es uno de los principios “fundamentales” en el procedimiento de mediación puesto que propicia la confianza mutua de las partes, contribuye a garantizar la franqueza entre ellas así como la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento. La finalidad no es otra que generar la confianza necesaria para favorecer que las partes expresen sus intereses y necesidades y, de este modo, que busquen, ellas mismas, la solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurran, sin temor a que sus palabras, documentos o informaciones vertidas sean utilizadas en su contra, en otro medio de resolución de controversias, en general, un juicio posterior. (Wright, 1996).

La inexistencia de confianza en el procedimiento de mediación, en tanto que posible espacio de, únicamente, obtención de información para poder ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral posterior, impide que las partes se expresen libremente y, por consiguiente, que

intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

La imperiosa confianza de las partes en el procedimiento de mediación se asienta, pues, sobre el fundamento de la confidencialidad, reconocido casi unánimemente por la doctrina. Sin embargo, la definición de confidencialidad así como su alcance son dispares en las distintas leyes autonómicas sobre mediación como procedimiento de resolución de controversias, en su mayor parte, familiares, aunque ya no únicamente. (Wright, 1996).

Concepto de Confidencialidad

Para Demestre (2010), La confidencialidad se puede definir en dos sentidos, uno positivo y otro negativo: en un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación familiar o sobre el desarrollo del procedimiento negociador o también puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en mediación, en un sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de la mediación, ni después de la mediación, haya o no acuerdo. Desde un punto de vista jurídico, este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no revelar), por parte del sujeto obligado a ella.

De esta manera y para reforzar el carácter confidencial, se hace necesario establecer que las partes no puedan solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo de cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto objeto de la mediación practicada y, en correspondencia, el mediador puede renunciar a intervenir como testigo o perito

a propuesta o solicitud de cualquiera de las partes en todo tipo de procedimiento o litigio que afecte en el objeto de la mediación.

En términos jurídicos, la confidencialidad se concibe, también, como un deber, una obligación o un carácter de la información de las sesiones de mediación, relacionado estrechamente con el secreto profesional.

En efecto, confidencialidad y secreto profesional suelen ser conceptos que aparecen interrelacionados, cuanto menos, así se desprende de la normativa a la que están sujetos determinados profesionales (abogados, médicos, periodistas, psicólogos, entre otros). Se trata de personas que, por razón de su profesión, son depositarias de los relatos, informaciones, documentaciones, etcétera, de otras personas por lo que, también aquí, la confidencialidad es una garantía de confianza depositada en el profesional. La distinción entre una (confidencialidad) y otro (secreto profesional), radica en el matiz de la condición profesional: la confidencialidad es una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella, mientras que el secreto profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional.

En todo caso, y retomando el tema de la confidencialidad en la mediación, el mediador se asegurará antes del comienzo de la mediación de que las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones de inicio de la mediación, que incluye en especial las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad. (Demestre, 2010).

Así lo sugiere el Código de conducta europeo para mediadores, apartado 3.1., párrafo segundo⁹:

3.1 Procedimiento, segundo párrafo: “El mediador en particular se asegurará de que antes del comienzo de la mediación las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones del acuerdo de mediación, incluyendo en particular las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad del mediador y de las partes”.

Ámbito subjetivo de la confidencialidad

Del todo el análisis de la normativa se desprende que están sujetos a la confidencialidad, unánimemente, el mediador y, en algunas legislaciones, las partes y otras personas intervinientes en la mediación, esto es, todos los participantes en el procedimiento de mediación.

También la doctrina considera que el deber de confidencialidad consiste en algo más que la protección de las partes frente a la posible indiscreción del mediador, que pudiera llegar a difundir la información obtenida en mediación, sino que ésta también alcanza a las partes, concretamente, para que no puedan utilizar en un proceso judicial posterior los datos que fueron revelados durante el procedimiento de mediación. (Demestre, 2010).

⁹ Procedimiento El mediador se asegurará de que las partes comprenden las características del procedimiento de mediación, su papel como mediador y el de las partes en dicho procedimiento. El mediador en particular se asegurará de que antes del comienzo de la mediación las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones del acuerdo de mediación, incluyendo en particular las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad del mediador y de las partes. El acuerdo de mediación constará por escrito, a petición de las partes. El mediador conducirá el procedimiento de manera apropiada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los posibles desequilibrios de poder, los deseos que puedan expresar las partes, la legislación aplicable y la necesidad de llegar a una resolución rápida del conflicto. Las partes serán libres de acordar con el mediador, remitiéndose a una norma o de cualquier otro modo, la manera en la que se deba llevar a cabo la mediación. Si lo considera necesario, el mediador podrá oír por separado a las partes.

Ámbito objetivo de la confidencialidad

También el objeto sobre el que recae la confidencialidad se expresa de muy diverso modo en la legislación autonómica sobre mediación: Por lo que se dice que es confidencial la información que se trate, que conozcan como consecuencia de la mediación, la obtenida verbal o documentalmente en el transcurso del proceso de mediación, incluido el resultado o los hechos que se hayan conocido en la sesiones de mediación familiar, así como las entrevistas y los datos y documentos producidos en el procedimiento de mediación, es decir, cualquier información y/o documentación vertida en el procedimiento. Desde un punto de vista material o documental, se entiende que la confidencialidad hace referencia al carácter reservado de las actas, o sólo una de ellas (el acta de la sesión final) o, también, el expediente y los documentos relativos al procedimiento incorporados con ellos.

En particular, se declara igualmente confidencial la conversación individual (caucus) mantenida por el mediador con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación, que no tendrá que ser comunicada a la otra parte, excepto si ha sido expresamente autorizado por la persona que ha proporcionado la información. Esta afirmación enlaza con el siguiente aspecto a tratar: las excepciones (o límites) al principio de confidencialidad. (Demestre, 2010).

Desarrollo y análisis de los artículos 4 y 5 de la Ley Provincial de Mediación N° 8858 y su Decreto Reglamentario 1773/00

La confidencialidad no es un principio absoluto, ya que tiene excepciones, pues en determinados supuestos la información que se conozca podrá ser revelada. La extensión y los

límites de la confidencialidad se regulan por la Ley, los reglamentos institucionales o de las relaciones profesionales de que se trate.

En la normativa vigente en la Provincia de Córdoba, deviene necesario transitar y contextualizar los artículos referidos al principio de confidencialidad que nos ocupa, a continuación los reproducimos, ya que éste material normativo será una de las piedras basales. (Cavagnaro, 2011).

El artículo N° 4 de la Ley Provincial de Mediación N° 8858, se refiere o nomina los principios pilares sobre los que se sostiene el proceso de mediación entre ellos, el de confidencialidad de las actuaciones.

Artículo 4.- El procedimiento de mediación deberá asegurar:

- a- Neutralidad;
- b- Confidencialidad de las actuaciones;
- c- Comunicación directa de las partes;
- d- Satisfactoria composición de intereses;
- e- Consentimiento informado.

De igual forma, la ley en el artículo N° 5, se explaya en lo referente a la confidencialidad, alcance del principio propiamente dicho, como de aquellos obligados a dicho principio.

De este modo el artículo N° 5 se refiere:

CONFIDENCIALIDAD- artículo 5.- El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y

todo aquél que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso.

No deberán dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes ni podrán éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos y todo aquel que haya intervenido en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación.

De las normas citadas surgen los obligados al deber de confidencialidad y la extensión de su aplicación.

A lo planteado debe añadirse el Decreto reglamentario 1773/00 del citado artículo, el que tiene una significación especial, dado que su tenor importa una reinterpretación del alcance del principio contenido en el artículo 5.

DECRETO REGLAMENTARIO. N° 1773/00-Artículo 5:

El compromiso de confidencialidad deberá contener:

- a- Nombre y apellido de las partes y número de causa;
- b- Fecha de suscripción del compromiso;
- c- Expresión clara y precisa de que nada de lo dicho, conocido, ocurrido o información obtenida por medio de la documentación aportada, deberá ser revelada, excepto casos en que se ejerza o se haya ejercido violencia contra un menor, o se hubiese transgredido lo dispuesto en las convenciones sobre derechos del niño ratificadas por la República Argentina.

d- Firma, aclaración y número de documento de identidad de todos los intervinientes en el proceso de mediación;

e- Se deberán confeccionar tantas copias como participantes haya en el procedimiento de mediación, debiendo entregar a cada uno copia autorizada.

De lo todo expuesto surge, que el principio de confidencialidad en la ley Provincial se hará extensivo a todos y cada uno de los partícipes del proceso de mediación, garantizando a las partes interesadas que lo tratado en la audiencia no saldrá de ese ámbito, ni podrá ser utilizado en un proceso judicial.

De esta manera, expresándolo de otra forma, la confidencialidad es una herramienta fundamental en el proceso de mediación y ella ha sido abordada por las distintas legislaciones provinciales que han tratado esta materia. La esencia del proceso de mediación se ve beneficiada por la cantidad de personas intervinientes, la autocomposición de intereses, la inmediatez, la oralidad, garantizado esencialmente por el convenio de confidencialidad que las partes deben suscribir. (Cavagnaro, 2011).

De esta manera, el conflicto ventilado, se circunscribe en la órbita privada, quedando ajeno a la publicidad que lleva aparejado un proceso judicial.

En virtud de este principio, es que los protagonistas, se abren, se sinceran, relatan hechos y emociones que en otro contexto no harían, justamente por estar seguros de que los protege la confidencialidad de todo lo vertido en el procedimiento.

De allí que la protección y resguardo del principio de confidencialidad deviene fundamental en todo proceso de mediación.

Además de esto, es de señalar que amén del artículo expresado supra puede de advertirse que el texto del Decreto Reglamentario N° 1773/00 del artículo 5, tiene un contenido de mayor extensión que el mismo artículo 5 de la Ley Provincial de Mediación N° 8858, el cuál no se menciona en el cuerpo de la Ley.

El formulario Anexo A, que regula el formato del Convenio de Confidencialidad en su art. 4 refiere “El deber de confidencialidad no será mantenido en el caso de que se tome conocimiento de violencia o abuso a menores de edad”.

Según el Dr. Barmat, “Se incorpora por vía del decreto reglamentario una excepción a la garantía de confidencialidad no contemplada en la Ley, la cual se circunscribe al ámbito de protección legal de la minoridad en respuesta a convenciones internacionales ratificadas por nuestro país. Si bien tales convenciones adquieren supremacía frente a la ley provincial (artículos 31¹⁰ y 75 inc. 22¹¹ de la Constitución Nacional), resulta objetable como técnica normativa que la

¹⁰ Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

¹¹ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

reglamentación exceda el alcance de la ley a la cual reglamenta. (Citado por María Victoria Cavagnaro, 2001, página 55).

A partir de consagrarse esta excepción al deber de confidencialidad, surge un interrogante al cuál el marco normativo no ha dado respuesta, y tiene que ver con cuál debe ser la actitud del mediador, cuando al desempeñar su rol en un proceso, tomase conocimiento de la existencia de un delito grave.

Son muchas y de diversas posiciones las respuestas a este interrogante. Algunos alegan el derecho al secreto profesional, y por lo tanto la posibilidad de mantener la confidencialidad. Por otro lado, algunos marcos normativos, como por caso la Ley de Mediación de Santiago del Estero, contiene una excepción más amplia que la prevista en Córdoba, expresando: "...El mediador quedará revelado del deber de confidencialidad, cuando tomare conocimiento de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a la acción pública, o de la existencia de delitos contra la honestidad de un menor o estado de violencia o peligro del mismo".¹²

Según Barmat, una situación intermedia, es considerar que "...el mediador podrá meritarse en el caso concreto si la gravedad de un delito llegado a su conocimiento, que aún se está

¹² Artículo 14: El procedimiento de mediación tiene carácter confidencial. Las partes, sus letrados, el mediador y todo aquel que ha intervenido en el procedimiento, están ligados por el deber de confidencialidad, el que será ratificado en la primera audiencia de mediación mediante la suscripción de un convenio. El mediador quedará relevado del deber de confidencialidad, cuando tomare conocimiento de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a la acción pública, o de la existencia de delitos contra la honestidad de un menor, o estado de violencia o peligro del mismo. La violación de esta norma traerá aparejada al mediador, las sanciones que establezca la reglamentación. Ley Provincial de Mediación N° 6452.

consumando, amerita omitir su deber de confidencialidad, en resguardo de otros bienes jurídicos que merecen mayor protección. (Citado por Profesor Rodrigo Mauro, 2001, Página 56).

Para finalizar, y a modo de conclusión, la confidencialidad es, junto a la voluntariedad y la imparcialidad, uno de los principios fundamentales del procedimiento de mediación. Garantiza la confianza de las personas que tienen un conflicto para tratar de resolverlo por ellas mismas, exponiendo su versión del conflicto, sus intereses y necesidades, favoreciendo que se generen opciones de solución, que sean satisfactorias y duraderas para todas ellas sin el temor de que sus palabras puedan ser utilizadas en su contra en otro procedimiento posterior. De ahí que se recomiende que la legislación incluya una mención a que las partes no podrán citar al mediador como testigo en un juicio posterior. (Demestre, 2010).

Se trata de un principio, un deber, de una obligación que se puede definir como el mantener en secreto la información que se trate en el procedimiento de mediación así como el deber de no revelarla por parte de aquel que ha sido destinatario de dicha información; dos caras, pues, de un mismo principio. A su vez, la confidencialidad es un derecho que debe ser respetado de la persona que ha proporcionado dicha información en el marco de un procedimiento de mediación, en el sentido de que tiene derecho a que cuanto ha manifestado o proporcionado documentalmente sea mantenido en secreto, sin revelarlo, salvo en los casos legalmente previstos.

Desde la perspectiva subjetiva, la confidencialidad es un deber u obligación de toda persona que interviene en el procedimiento de mediación: las partes, el mediador, los técnicos, los colaboradores, etc. En el caso de los terceros que intervienen, como profesionales, entonces se hallarán sujetos al deber del secreto profesional, cuyo contenido coincide, en esencia, con el de la confidencialidad. Las partes deben preservar la confidencialidad de cuanto se ha tratado; el

mediador estará sujeto por el deber de secreto profesional, que supone el deber de confidencialidad de la información revelada.

Y, objetivamente, deberán mantener secreto respecto de cualquier información, materia, hecho, documentación, cuestión, que se trate durante el proceso de mediación, incluso cuando éste finalice, sin límite de tiempo, siendo excepcionado el principio de confidencialidad tan sólo en aquellos casos legalmente previstos. De ahí que las partes deban ser informadas al inicio del procedimiento de mediación del contenido de este principio de confidencialidad así como de sus excepciones. (Demestre, 2010).

Las consecuencias de violaciones a la confidencialidad

Asegura Walter A. Wright (1996) que, un mediador que infringe la obligación de la confidencialidad puede sufrir varias consecuencias. En algunos lugares, la ley provee consecuencias específicas. Por ejemplo, en la Capital Federal de la República Argentina, la reglamentación de la ley de mediación estipula que la violación al principio de confidencialidad es una causal de suspensión y separación del Registro de Mediadores¹³. En los Estados Unidos, las consecuencias usualmente se encuentran en el derecho de daños y perjuicios de cada estado. En el estado de Texas, por ejemplo, el mediador o participante que infringe la confidencialidad es responsable ante los participantes afectados por el daño. Además, en los casos enviados a la

¹³ ARTICULO 45. — Prevenciones y sanciones

Los mediadores matriculados estarán sujetos al siguiente régimen de prevenciones y sanciones: a) Llamado de atención; b) Advertencia; c) Suspensión de hasta un (1) año en el ejercicio de su actividad como mediador; d) Exclusión de la matrícula.

Las sanciones aplicadas serán anotadas en el legajo correspondiente del profesional sancionado. El Poder Ejecutivo nacional establecerá por vía reglamentaria las causas sobre las que corresponde aplicar estas prevenciones y sanciones. Las sanciones se graduarán según la seriedad de la falta cometida y luego del procedimiento sumarial que el Poder Ejecutivo nacional establezca a través de la respectiva reglamentación.

El mediador no podrá ser excluido del Registro de Mediadores por causas disciplinarias sin previo sumario, el que se desarrollará aplicándose las normas que dicte la autoridad de aplicación.

mediación por los tribunales, los jueces pueden sancionar a los mediadores y participantes que infringen la confidencialidad con sentencias de daños y perjuicios y por no acoger las regulaciones de los tribunales¹⁴.

Requirente y requerido no pueden valerse de cuanto saben y conocen por la información recibida, ni aprovecharse de ello para satisfacer designios individuales y mezquinos. Por su parte, el mediador no podrá ser testigo en el proceso que lleven a cabo las partes donde intervino.

El Doctor Gonzáini (2015) sostiene que: “Cuando no se respeta la confidencialidad, hay responsabilidades éticas pendientes de reglamentación y nulidades procesales de los actos que se practican con ese vicio”.

Quienes intervienen en las audiencias no pueden reportar lo que de ellas conocen, ni hacer uso de tal, ya hemos dicho que se trata de salvaguardar el secreto de las reuniones, como de los temas que se tratan y se hubiesen transmitido. De allí que sea un principio antes que una obligación legal, de manera que, se haya suscripto o no el convenio de confidencialidad, ésta quedará vigente y aplicable por el todo el tiempo. (Gonzáini, 2015).

¹⁴ 8. Confidentiality. A mediator should not reveal information made available in the mediation process, which information is privileged and confidential, unless the affected parties agree otherwise or as may be required bylaw. Comment (a). A mediator should not permit recordings or transcripts to be made of mediation proceedings. Comment (b). A mediator should maintain confidentiality in the storage and disposal of records and should render anonymous all identifying information when materials are used for research, educational or other informational purposes. Comment (c). Unless authorized by the disclosing party, a mediator should not disclose to the other parties information given in confidence by the disclosing party and should maintain confidentialitywith respect to communications relating to the subject matter of the dispute. The mediator should report to the court whether or not the mediation occurred, and that the mediation either resulted in a settlement or an impasse, or that the mediation was either recessed or rescheduled. Comment (d). In certain instances, applicable law may require disclosure of information revealed in the mediation process. For example, the Texas Family Code may require a mediator to disclose child abuse or neglect to the appropriate authorities. If confidential information is disclosed, the mediator should advise the parties that disclosure is required and will be made.

CAPÍTULO N° 4. VIOLENCIA DE GÉNERO.

Introducción, nociones generales.

Para Alicia H. Puleo (2005), la antropología ha definido al Patriarcado como un sistema un sistema de organización social en el que los puestos clave de poder (político, económico, religioso, militar) se encuentran, exclusiva o mayoritariamente, en manos de varones. Ateniéndose a esta caracterización, se ha concluido que todas las sociedades humanas conocidas, del pasado y del presente, son patriarcales. Se trata de una organización histórica de gran antigüedad que llega hasta nuestros días. En efecto, consideremos uno a uno los aspectos de poder a los que se refiere esta definición y veremos que somos incapaces de dar un solo ejemplo que no corresponda a ella.

Ahora bien, es evidente que no todas las sociedades se ajustan a la definición de patriarcado de la misma manera ni con la misma intensidad. En otro lugar, he distinguido entre “patriarcados de coerción” y “patriarcados de consentimiento”. Aunque se trata de un intento de clasificación y, como tal, es siempre esquemático y simplificador, puede ayudarnos a pensar. Lo que Puleo (2005), ha llamado “patriarcados de coerción” mantienen unas normas muy rígidas en cuanto a los papeles de mujeres y hombres. Este tipo de patriarcado puede ilustrarse de manera paradigmática con el orden de los muhaidines en Afganistán, que recluyó a las mujeres en el ámbito doméstico y castigó duramente a quien no se limitara estrictamente a los roles de su sexo. El segundo tipo, en cambio, responde a las formas que el patriarcado adquiere en sociedades desarrolladas. Con respecto al dispositivo de sexualidad y al poder en su conjunto, con la modernidad, la coerción deja su lugar central a la incitación. Así, no nos encarcelarán ni matarán por no cumplir las exigencias del rol sexual que nos corresponda. Pero será el propio sujeto quien busque ansiosamente cumplir con el mandato, en este caso a través de las imágenes de la feminidad normativa contemporánea

(Juventud obligatoria, estrictos cánones de belleza, superwoman que no se agota con la doble jornada laboral, etc.). (Puleo, 2005).

El patriarcado no es una esencia, es un sistema metaestable de dominación ejercido por los individuos que, al mismo tiempo, son troquelados por él. Todos formamos partes de él y estamos forjados por él, pero eso no nos exime de la responsabilidad de intentar distanciarnos críticamente de sus estructuras y actuar ética y políticamente contra sus bases y sus efectos. Que el patriarcado sea metaestable significa que sus formas se van adaptando a los distintos tipos históricos de organización económica y social, preservándose en mayor o menor medida, sin embargo, su carácter de sistema de ejercicio del poder y de distribución del reconocimiento entre los pares.

La desaparición de los elementos coercitivos tanto en el plano de la ley como en el de las costumbres se debe fundamentalmente a las luchas del feminismo. Con ello, me refiero tanto a su primera manifestación masiva con el sufragismo que conquistó el derecho al voto, como a la “segunda ola” de los sesenta-setenta del siglo XX, con su profunda transformación de las relaciones afectivo-sexuales, y a las investigaciones académicas, grupos locales y políticas de acción positiva de ámbito nacional e internacional que existen actualmente.

La consideración de la violencia contra las mujeres, antaño considerada parte del orden natural de las cosas, como un grave delito relacionado con el sexismo es un paso fundamental para terminar con la tradición que no reconoce la autonomía a la mitad de los seres humanos

Asegura Puleo (2005) que, en las últimas décadas, se ha tendido a reemplazar el término Patriarcado (forma de organización social en que la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, denominado «patriarca»). La autoridad del patriarca se puede extender a los parientes lejanos del mismo linaje. El concepto puede extenderse a todas las organizaciones sociales en las

que existe un desequilibrio de poder entre varones y mujeres, en favor de los primeros), por el de sistema de género (o de sexo-género). Esta sustitución ha sido y es discutida en los ámbitos de pensamiento feministas con diversas y fundamentadas razones. Para muchas personas, el concepto de género como construcción de las identidades culturales y de relaciones de sexo puede ser de utilidad para la comprensión de la organización jerárquica patriarcal sino se abandona el talante crítico feminista que pone de relieve la persistente desigualdad entre los sexos. El 13 de mayo del 2004, la Real Academia Española llegó a emitir un informe instando al gobierno a utilizar, en la denominación de la ley integral en curso de preparación, la expresión “violencia doméstica” en vez de “violencia de género”. Creo que a esta fuerte resistencia a aceptar un término que apunta al carácter estructural, cultural, histórico y sistemático de la organización patriarcal puede aplicarse el concepto de Pierre Bourdieu de violencia simbólica como mecanismo que dificulta la lucha cognitiva tendiente a alcanzar la autoconciencia y la autonomía de un grupo oprimido. En nombre de las normas lingüísticas, se obstaculiza el uso de instrumentos conceptuales capaces de desafiar la relación de subordinación. Se priva, así, de significantes y significados adecuados a quienes intentan transformar las relaciones sociales. (Citado por Alicia H. Puleo, 2005, pp. 15 a 85).

“Género” queda excluido del lenguaje por ser una mala traducción del inglés “gender” y “patriarcado” en el diccionario de la Real Academia no alude más que a una “organización social primitiva” en la que la autoridad recaía en el varón jefe de cada familia, o al “gobierno o autoridad de un patriarca”. A su vez, “patriarca” es definido como “persona (sic) que por su edad y sabiduría ejerce autoridad en una familia o en una colectividad”.

Ni rastros de reelaboración feminista y de su fuerte impacto en las ciencias sociales contemporáneas. (Puleo, 2005).

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. (Maqueda Abreu, 2006).

Maqueda Abreu (2006) sostiene que sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de mujeres de Beijing (1995).

Es otra manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, es decir, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género, sin poder siquiera cuestionarlo. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género.

Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género. Una orientación ideológica que no está generalizada.

Valgan como ejemplos la Declaración de la Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del 20 de diciembre de 1993 cuando reconoce que ésta “constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.¹⁵

Se trata entonces de “una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo”. En efecto, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia. Nada empecé a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género. También lo es la pareja y, sin embargo, no agota las posibilidades de realización de esa clase de violencia. Son situaciones de riesgo no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina. (Maqueda Abreu, 2006).

La posición hegemónica del varón garantiza la continuidad de esas expectativas, en la familia o fuera de ellas, y se hace valer a toda costa, a menudo con el recurso a la violencia. Esta no es, pues, una manifestación de la agresividad ambiental, ni de la conflictividad propia de las

¹⁵ Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En parecidos términos, la IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995 proclama que la violencia contra las mujeres es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer”

relaciones de pareja, ni de factores ocasionales como la ingesta de alcohol o drogas u otros como el paro o la pobreza, tal y como socialmente se quiere hacer creer, sino que es un medio de valor inestimable para garantizar en esos y otros escenarios la relación de dominio por parte del hombre.

No debe menospreciarse el carácter instrumental de la violencia para garantizar la sumisión.

Podría aseverarse, que la violencia contra las mujeres ha evidenciado su efectividad para corregir la transgresión y garantizar la continuidad de un orden tradicional de valores impuesto por razón del género. Las relaciones de pareja o de convivencia familiar son sólo un escenario privilegiado de esa violencia pero no pueden – ni deben- acaparar la multiplicidad de manifestaciones que se ocultan bajo la etiqueta violencia de género. El reduccionismo a que conduce esa equiparación es necesariamente negativo porque enmascara la realidad de un maltrato que victimiza a la mujer por el hecho de serlo, más allá de sus relaciones personales de afecto o sexuales, esto es, cuando transcurren en el ámbito profesional o laboral o social en su sentido más amplio. La asimilación de la mujer a los miembros más débiles del entorno del agresor, conduce a “mantenerla en el imaginario del orden familiar junto al grupo de los vulnerables”. No es extrañar que ese planteamiento acabe favoreciendo la permisividad social de un maltrato cuyas causas se sitúan en una (asimismo) “natural” posición de superioridad del varón, de su autoridad- paterna, marital...-en tanto que garante del orden familiar.

Son patrones culturales tan enraizados en la sociedad que han terminado por normalizarse, por considerarse “naturales”. De ahí también que el problema del maltrato permanezca en la privacidad, como un secreto, un tabú que no debe salir del ámbito doméstico y que el propio grupo debe resolver sin la intervención de terceros ajenos al conflicto, fomentándose así, como con razón

se afirma, “uno de los prejuicios culturales que en mayor medida han obstaculizado la persecución de la violencia de género.

Por lo demás, la perspectiva de la mujer debe estar necesariamente presente en el debate social y jurídico que busca soluciones al problema. Son sus bienes más relevantes- su vida, su integridad, su libertad, su dignidad...-y no los de la familia en su conjunto los que están en juego, de modo que su defensa deben organizarse sobre la base de sus intereses personales. Invocar la integridad o la dignidad familiar, como objeto de tutela en los casos de violencia masculina, debilita aún más la posición de la mujer ante el derecho y ante la sociedad misma al confirmar uno de los roles más presentes en su aprendizaje cultural: el de asumir la responsabilidad por su salvaguarda y sufrir la culpabilidad por su fracaso. Es sabido que, conforme a la moral social dominante, la mujer se concibe como “garante de la paz familiar” y, por tanto, responsable de la evitación de conflictos que puedan amenazar el bienestar y la continuidad de la convivencia en favor de la estabilidad conyugal y la protección y cuidado de los hijos. No es de extrañar entonces que se reconozca una especie de “co-responsabilidad” femenina en los casos en que la mujer se muestra incapaz de contener la agresividad de la confrontación o de contrarrestar las manifestaciones de violencia de las que ella misma resulta ser víctima. Son los clásicos ingredientes del “sentimiento de culpa” que se manifiesta en la mujer en las situaciones de violencia no contenida que deterioran las relaciones de pareja o familiares. (Maqueda Abreu, 2006).

Es en estas condiciones que cobra sentido el éxito de estrategias que, una vez más, se realizan a costa de la mujer para garantizar la continuidad del núcleo familiar: sea el recurso a una mediación previa a la penal, sea la práctica de una terapia de tratamiento sistémico en que ella aparece como parte implicada en el conflicto y no como su víctima, de modo que debe asumir su

cuota de culpa en aras de la salvación de la pareja y de la familia. Una vez más, la violencia contra las mujeres se evidencia como un modelo de violencia útil para la continuidad de las representaciones de género.

Para Finalizar, Maqueda Abreu (2006) concluye que, una vez más, lo que todas las formas de violencia tienen en común es el sometimiento de la mujer, por su condición de mujer, a un orden de valores que la victimiza en un espacio de poder dominado por otros.

Precisión Conceptual

Buompadre (2013) nos dice que, en 1921 no se hablaba de género. El código Penal, sancionado en esos años, fue pensado por y para el hombre (o, al menos, no pensando en la mujer). Los tipos delictivos fueron construidos en términos de neutralidad con respecto a los sexos. Salvo algunas excepciones que se sucedieron normativamente con el paso de los años, la gran mayoría de sus preceptos aún siguen así. Actualmente, sin embargo, la sanción de los nuevos delitos de género por el Congreso Nacional, ha significado la instalación y consecuente visibilización definitiva de la problemática de género en el Código Penal.

El Código Penal no nos suministra una definición de violencia de género, ni tampoco nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan lograr una respuesta unívoca para todas las figuras incorporadas por la reforma legislativa.

Si realizamos el abordaje del fenómeno de la violencia contra las mujeres desde el punto de vista de la evolución que ha tenido su regulación legislativa en nuestro país, nos encontramos con una primera etapa en la que se pone el acento exclusivamente en los casos de malos tratos en el ámbito familiar. Se trata de una protección limitada por hechos de violencia doméstica que afectan física o psíquicamente a todos los miembros del grupo familiar, no sólo a la mujer, en el

reducido mundo de la familia. Aquí el punto de interés reside en el empleo de la violencia doméstica, sin ninguna distinción de género. La violencia constituía una manifestación del ejercicio del poder masculino sobre los demás miembros del grupo, en un ámbito reducido y prácticamente secreto de la intimidad de la familia. Esa es la característica de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar¹⁶.

Una segunda etapa, que representa un paso importante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, aparece la sanción de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales¹⁷.

Esta normativa, cuyo antecedente más inmediato es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará¹⁸, circunscribe su arco protector exclusivamente a la mujer, instalando la problemática de género en el centro del debate.

Ya no basta con la presencia de un sujeto pasivo integrante de un determinado grupo familiar sino de un sujeto que ha sufrido un hecho de violencia por su pertenencia al género femenino, aun cuando éste sujeto haya sido víctima de violencia desplegada en el seno de un grupo familiar.

Con otros términos, en esta segunda etapa se entiende que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión

¹⁶ Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. 7 de Diciembre de 1994.

¹⁷ Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales. 11 de Marzo de 2009.

¹⁸ Ley 24.632. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”. 13 de marzo de 1996.

de interés público. La violencia deja de ser una cuestión de interés para unos pocos (los miembros de la familia) para convertirse en una cuestión de interés colectivo (los miembros de la sociedad).

Tal vez una tercera etapa en este proceso legislativo comience con la reciente incorporación de los delitos de género al Código Penal.

Sin embargo, la compleja problemática que plantea el fenómeno en toda su dimensión, ha tenido también una fuerte incidencia desde el punto de vista conceptual, por cuanto aún persisten opiniones divergentes en torno a la cuestión terminológica, vale decir, al problema de delimitar conceptualmente y con la mayor precisión posible los términos “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “violencia familiar o intrafamiliar”, etc., que se utilizan- muchas veces indistintamente- en el idioma castellano, para desentrañar si se trata o no de expresiones equivalentes.(p.22).

Con otros términos y frente a esta diversidad terminológica, cabe que nos formulemos la siguiente pregunta: ¿de qué estamos hablando cuando hablamos de violencia de género?

En palabras de Buompadre (2013), debemos convenir en que cuando hablamos de violencia de género, aun cuando esta expresión permite describir un fenómeno que reconoce una verdadera problemática conceptual, estamos hablando de “violencia contra la mujer perpetrada por razón de su género”.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (ratificada por Argentina en 1985, Ley N° 23.179), cuyo protocolo facultativo fue aprobado por Ley N° 26.171¹⁹ e incluida en el bloque de constitucionalidad federal

¹⁹ Ley 26.171.Ratificación del Protocolo del CEDAW. 15 de Noviembre de 2011.

por el artículo 75, inciso 22²⁰ de la Constitución Nacional, conforma un instrumento internacional que alude a la cuestión de género al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas, comprometiendo a los Estados firmantes a consagrar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y a adoptar la instrumentación de todas las medidas apropiadas para asegurar y garantizar a las mujeres el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. A su vez, El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que controla la ejecución de la Convención, incluyó en forma expresa la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer (Recomendación General N° 19, XI período de sesiones, junio de 1992)²¹.

La violencia de género se evidencia en esta Convención como un preocupación principal al exigir que los Estados Parte adopten las medidas adecuadas para “modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres

²⁰ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

²¹ Office of the High Commissioner for Human Rights. La violencia contra la mujer. 29 de Enero de 1992. CEDAW Recom. General 19. (General Coments).

y mujeres” (Art. 5).²² La violencia de género es, en esta normativa, “violencia contra la mujer”, equiparación que surge de su propio contenido declarativo al señalar en su artículo 1° que “[...] la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.²³

Aclara Buompadre (2013) que, no se trata sólo de una declaración internacional sobre los derechos de la mujer sino que involucra un programa de acción para que los Estados Parte garanticen tales derechos.

²² Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

²³ Artículo 1: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Desde su entrada en vigor por su incorporación al bloque federal constitucionalizado, la Convención es parte integrante del derecho interno y es norma de interpretación de los derechos y deberes fundamentales de nuestro ordenamiento.

La IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing el 15 de septiembre de 1995 y aprobada en la 16 sesión plenaria, se decanta por la perspectiva de género al establecer el alcance de la “violencia contra la mujer” como todo acto de violencia basado en el género, que se ha presentado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como un forma de discriminación contra la mujer y como una interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La Conferencia considera que la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz.

En la Declaración y Plataforma para la acción de esta conferencia, se afirma que los derechos humanos de las mujeres y de las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. El disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para mujeres y niñas constituye una prioridad para los gobiernos y las Naciones Unidas y es esencial para el avance de las mujeres, y exhorta a todos los gobiernos, organizaciones e individuos a que protejan los derechos humanos de las mujeres mediante la plena aplicación de todos los instrumentos pertinentes de derechos humanos, especialmente la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, e insta a los Estados a velar por establecer la igualdad entre los sexos y la no discriminación por motivos de género, tanto en la legislación como en la práctica.

Como se puede ver, tanto en el plano de esta Conferencia como en el de la Convención internacional anteriormente citada, se emplea la expresión violencia de género como equivalente a violencia contra la mujer.

En nuestro ordenamiento interno, la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales, es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres” ; no se trata –en sentido estricto- de una “ley de género”, aun cuando la violencia “por razón de género” implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres. (Buompadre, 2013).

No se trata estrictamente de una ley de “género”- como decimos- porque no comprende a otros sujetos que se enmarcan en torno de la misma expresión, por ejemplo los niños y adolescentes (varones), pese a que en el artículo 3 se establece que la ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Se trata, en rigor de verdad, de una ley de violencia contra la mujer. Así lo describe el propio “nomen juris” de la normativa; la definición y formas de violencia que se enumeran en los artículos 4°, 5° y 6°; los principios rectores de las políticas públicas enunciadas (arts. 7°); la creación del Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para el diseño e implementación de las políticas públicas respectivas (arts. 8° y 9°), y del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres (arts. 12°/15°); y el derecho de acceso a la justicia, garantizado en los artículos 16 y siguientes de la Ley.

Es una ley que habla de la mujer, se pensó para la mujer y regula situaciones y establece derechos específicamente consagrados para las mujeres, para su protección y respeto. Por

consiguiente, no es una Ley de género, porque sencillamente se pensó para la mujer no para el género opuesto, ni para ambos sexos.

El 7 de agosto de 2006, se sancionó en Brasil la Ley N° 11.340, conocida como “Ley María da Penha”²⁴, cuyo artículo 5°, define a la violencia doméstica y familiar contra la mujer como “cualquier acción u omisión basada en el género que le cause la muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual, psicológico y daño moral o patrimonial”. Antecedentes comparados de los que también se puede deducir, desde la perspectiva que abordamos la problemática, que violencia de género es un concepto equivalente a violencia contra la mujer.

De las referencias normativas nacionales y comparadas a que se hizo mención precedentemente, se puede deducir que para el legislador argentino- aun cuando no haya utilizado el término “género” en la definición de “violencia contra la mujer”- se debe entender que la expresión “violencia de género” está circunscripta a la “violencia contra la mujer”, no a otra clase de violencia que también puede ser utilizada en las relaciones interpersonales, por ej. La que se emplea, también por razones de género o en un contexto de género, contra individuos que poseen orientación o identidades de género distintas, como ocurre con las lesbianas, homosexuales, personas intersex, transexuales, etcétera.

²⁴ María da Penha es una mujer brasileña que sufrió actos de violencia doméstica por el que entonces era su marido durante los años de convivencia matrimonial. Las agresiones le causaron una paraplejía irreversible y constituyeron en una ocasión tentativa de homicidio. En agosto de 1998, la propia María da Penha, presentó una denuncia contra Brasil, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, alegando la violación de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Punir y Erradicar la Violencia contra la Mujer- *Convención Belem do Pará*-, argumentando a su vez, la existencia de un patrón discriminatorio de tolerancia e impunidad por parte del Estado, por ineficacia de la acción judicial en los casos de violencia contra las mujeres. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe Final del caso, responsabilizando a Brasil por la tolerancia y omisión estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres, afirmando que “*se trata de una tolerancia de todo el sistema que no hace más que perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer [...] no habiendo evidencia socialmente percibida de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para punir actos*”.

También nos enseña Buompadre (2013) que, hay que convenir que el concepto de “violencia de género o contra la mujer” que surge de las normas citadas, ha sido extendido por el legislador penal a todas aquellas personas que tienen o sienten una identidad sexual diferente al esquema corporal y órganos genitales manifestados en su nacimiento.

En conclusión, como se ha puesto de relieve doctrinalmente, la expresión “violencia doméstica o familiar” responde a un sentimiento de propiedad y de superioridad por parte de un miembro de la unidad familiar hacia otro u otros (ya sea su pareja, hijos, padres, etc.). Esta clase de violencia se dirige hacia las otras personas con la finalidad de mantener el status quo, la situación de dominación, de sometimiento y de control. La “violencia de género o violencia contra la mujer”, por el contrario radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.

No obstante Buompadre (2013) nos dice que, la expresión “violencia de género” implica una noción amplia abarcativa de la categoría “violencia contra la mujer”, aun cuando dicha violencia también se manifieste con bastante frecuencia en un contexto doméstico o familiar. La “violencia familiar”, por el contrario, implica un fenómeno distinto, centralizado a un ámbito específico (el grupo familiar) y con origen también en causas distintas. Este tipo de violencia tiene su explicación en una relación de subordinación, de poder y dependencia, que se manifiesta en un concreto ámbito doméstico, en el que sus miembros aparecen como personas naturalmente vulnerables, cuyas causas deben buscarse en la propia naturaleza de las relaciones familiares. De aquí que, como se tiene dicho, los miembros del grupo domésticos son naturalmente vulnerables, mientras que a la mujer, en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la

familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón-al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto. (p.32).

No es, sin embargo, pacífica esa interpretación. Otros autores entienden que la violencia de género es aquella que se desarrolla en situaciones de convivencia familiar o análoga –aspecto que caracteriza su definición-y no la que tiene por víctima a una mujer, puesto que también puede ser víctima de esta clase de violencia una persona vulnerable cualquiera fuera su sexo, a lo que hay que añadir que el término “género” no excluye a los hombres, sino que hace referencia a que la violencia se ha producido por razón de sexo de la persona agredida, por lo que también será violencia de género la infringida por la mujer al hombre.

En el ámbito de los países latinoamericanos que, de algún modo u otro y con mayor o menor acierto han sancionado normas protectoras de la mujer se ha presentado este problema definitorio, manifestándose en dos grandes categorías respecto de los actos de violencia en los que se ve envuelta una mujer: la Violencia intrafamiliar o violencia doméstica y la violencia de género o violencia contra las mujeres”.

En algunos países se han decantado por no contener en sus normativas una definición específica sobre violencia de género o contra la mujer, sino que han optado por una definición abarcativa de la violencia en el marco de las relaciones familiares (por ej. Chile, Colombia, Bolivia, Honduras, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, etc.), mientras que otros han recogido los lineamientos básicos de la Convención Belém do Pará (por ej. Argentina, Brasil, México, Venezuela, República Dominicana, etc.). (p.33).

Independientemente de la orientación que pudieren haber seguido estas normativas y de la denominación específica adoptada para definir la violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, lo cierto es que un análisis comparativo de sus disposiciones permite afirmar que las dos categorías antes señaladas hacen referencia a ciertos y determinados patrones de conducta que se pueden resumir del siguiente modo: Como sostiene Buompadre (2013), la violencia familiar o en el marco de las relaciones familiares o domésticas (o intrafamiliares) es aquella representada por el empleo de fuerza física, sexual o psicológica u otros comportamientos violentos entre miembros de un determinado grupo familiar, mientras que la violencia de género o contra la mujer implica también cualquier acto de violencia-activo u omisivo-, físico, sexual, psicológico, moral, patrimonial, etc., que inciden sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos que subordinan a la mujer, sea en la vida pública o en la privada, incluida la que es perpetrada o tolerada por el Estado. (p.34).

Lev N° 26.485. De Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales

La violencia contra las mujeres, de carácter sistemático en nuestras sociedades patriarcales, ha sido reconocida como un problema que afecta la igualdad y la paz y viola los derechos humanos. La necesidad de su erradicación se ve reflejada en tratados internacionales y en legislaciones nacionales, aunque aún resultan insuficientes las políticas públicas, surgiendo una importante responsabilidad del estado-en sus distintos poderes-en la omisión de sus deberes de prevención y sanción de las distintas formas que asume esta violencia. (Bellotti, 2012).

En este marco, en Argentina se dictó la Ley 26.485 (B.O. 14/04/2009) y su Decreto Reglamentario 1011/2010 (B.O. 20/07/2010).

Esta ley está basada principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (ratificada por ley 24.632, B.O. 09/04/ 1996), conocida como Convención Belem Do Pará, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas 1979, ratificada por ley 23.179, B.O. 03/06/1985), incorporada a la Constitución Nacional por Art. 75 inc. 22) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, ratificada por Ley 23. 849, 22/10/1990, por art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Lleva el nombre de “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales”.

Al respecto, la Convención Interamericana citada, en su Preámbulo afirma:

“...que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades...”

“...es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”

“...la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida...”²⁵

²⁵ Preámbulo Convención de Belem Do Pará. Los Estados Partes de la presente Convención, reconociendo que el respeto irrestricto a los Derechos Humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y

En consonancia con su naturaleza, la ley que estamos abordando es definida como de orden público, es decir se trata de una ley imperativa e irrenunciable; no puede ser dejada sin efecto por acuerdo de partes. Es aplicable en todo el territorio de la Nación, salvo en lo relativo a los procedimientos tanto administrativos como judiciales, que serán resorte de las jurisdicciones locales, salvo que adhieran expresamente a esta ley, como es el caso de la Provincia de La Pampa, por Ley 2550 (B.O. 22/12/2009)²⁶.

Es asimismo una ley transversal a todas las ramas del derecho.

En las disposiciones generales está lo medular de la ley, sus objetivos, los derechos protegidos, las definiciones, los tipos y modalidades. (Bellotti, 2012).

Análisis artículos N° 2, 3, 4, 5 y 6 de la Ley 26.485

Artículo N° 2. Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de la mujeres a vivir una vida sin violencia;

Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmando en otros instrumentos internacionales y regionales; Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; Recordando la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases; Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida, y Convencidos de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas.

²⁶ Adhiriendo a la Ley Nacional N° 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. 22 de Diciembre de 2009.

c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;

d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;

e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;

(Inciso e). Se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a:

1) Perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros;

2) Promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas;

3) Desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros;

4) Utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio;

5) Referirse a las mujeres como objetos.

f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;

(Inciso f). El acceso a la justicia a que hace referencia la ley que se reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas

las esferas de actuación del ESTADO NACIONAL, ya sean de orden administrativo o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos.

El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial.

g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

Artículo N° 3. Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;

(Inciso a). Se entiende por discriminación contra las mujeres a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro ámbito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

b) La salud, la educación y la seguridad personal;

- c) La integridad física, Psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley N° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;

- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;

(Inciso g). Se considera adecuada la información o asesoramiento, el que se brinda de manera detallada, suficiente, acorde a las condiciones subjetivas de la solicitante y a las circunstancias en las que la información o el asesoramiento son solicitados, y en el lenguaje y con la claridad necesaria que permita su comprensión.

- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;

- i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;

(Inciso i). El acceso a la justicia es gratuito independientemente de la condición económica de las mujeres, no siendo necesario alegar ni acreditar situación de pobreza.

- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;

- k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta acto, u omisión que produzca revictimización.

(Inciso k). Se entiende por Revictimización, el sometimiento de la mujer agredida a demoras, demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a

realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.

Artículo N° 4. Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

(Artículo 4°. Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o de la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales).

Artículo N° 5. Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1. Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato, agresión que afecte su integridad física.

2. Psicológica: La causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación, aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3. Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

(Inciso 3). A los efectos de la aplicación del presente inciso deberá atenderse a los dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme la cual la violencia contra las mujeres incluye, junto con la física y la psicológica, a la violencia sexual y se refiere tanto a las acciones o conductas que tengan lugar dentro de la familia, como a las que se produzcan en lugares de trabajo,

instituciones educativas, establecimientos de salud o en otros espacios, tanto del ámbito público como del privado.

Se tendrá en cuenta lo dispuesto por las normas relativas a la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas- Ley N° 26.364.

4. Económica y Patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos y patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

(Inciso c). En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna.

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5. Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Artículo 6. Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades, las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

(Artículo 6°. Las definiciones de violencia comprendidas en el artículo que se reglamenta, en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Para ello deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley N° 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General N°19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúan sus respectivos órganos de aplicación.

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguineidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tengan como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres

tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

(Inciso c). Se considera discriminación en el ámbito laboral cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o por resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley que se reglamenta o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres.

En el mismo sentido, se entiende discriminatoria la exigencia la exigencia, tanto sea para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia de género.

Se entiende por derecho a igual remuneración por igual tarea o función, al derecho a recibir igual remuneración por trabajo de igual valor, en los términos del artículo 7°, párrafo a) i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 11, párrafo 1) d) de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951 OIT 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Se considera hostigamiento psicológico a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a una trabajadora, sea como amenaza o acción consumada, y que puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores.

En oportunidad de celebrarse o modificarse una norma convencional, en el marco de la negociación colectiva del trabajo, las partes contratantes tomarán en consideración los principios protectorios que por razón de género se tutelan en la presente normativa legal, a fin de asegurar mecanismos orientados a abordar la problemática de la violencia en el trabajo.

En los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género, resultarán aplicables los principios generales receptados en materia de prueba en el Convenio OIT 111 “Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación” sobre discriminación (empleo y ocupación de 1958) y lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del trabajo, Estudio General sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, 75 Reunión Ginebra 1988, así como lo señalado en el Informe Global de la 96 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007. N° 198.

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre

los nacimientos, de conformidad con la Ley N° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

(Inciso d). Configura violencia contra la libertad reproductiva toda acción u omisión proveniente del personal de instituciones públicas o privadas de atención de la salud, o de cualquier particular como cónyuges, concubinos, convivientes, padres, otros parientes o empleadores/as, entre otros, que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente si desea o no tener hijos, el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos.

Específicamente incurren en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva.

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

(Inciso e). Se considera trato deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, ya sean punibles o no.

Se considera personal de la salud a los efectos de la ley que se reglamenta, a todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as,

enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza.

Las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud.

Las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta.

f) **Violencia mediática contra las mujeres:** aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensaje e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

(Inciso f). Conforme las atribuciones conferidas por el artículo 9° incisos b) y r) de la Ley N° 26.485, el CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES dispondrá coordinadamente con las áreas del ámbito nacional y de las jurisdicciones locales que correspondan, las acciones necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la difusión de mensajes o imágenes que:

- 1) Inciten a la violencia, el odio o la discriminación contra las mujeres.
- 2) Tiendan a perpetuar patrones sexistas de dominación masculina o alienten la exhibición de hechos aberrantes como la intimidación, el acoso y la violación.
- 3) Estimulen o fomenten la explotación sexual de las mujeres.

4) Contengan prácticas injuriosas, difamatorias, discriminatorias o humillantes a través de expresiones, juegos, competencias o avisos publicitarios.

A los efectos de la presente reglamentación se entiende por medios masivos de comunicación todos aquellos medios de difusión, gráficos y audiovisuales, de acceso y alcance público.

En este terreno, una de las prácticas judiciales, que además aparecen como norma en algunas de las leyes de esta materia, como en la nacional e incluso la de la Provincia de la Pampa²⁷, es la de establecer audiencias de conciliación o mediación o acuerdos o recibir a agresores y víctimas juntos en una misma audiencia. Eso renueva en la víctima temores y desconfianza. Es necesario tener siempre en cuenta que donde hay violencia hay dominio, hay relaciones desiguales de poder y, por tanto, la presencia del agresor puede acallar y atemorizar a la persona que ha sido agredida.

En ese sentido, la ley que estamos analizando es clara, en su parte procedimental prohíbe las audiencias de mediación o conciliación.

La mediación en los casos de violencia y las diferencias de género

Las siguientes reflexiones surgen a partir de las recientes jornadas realizadas por la Escuela Ricardo Núñez, del Poder Judicial, tendiente a acercar a los operadores del fuero de Menores y de Prevención de herramientas y técnicas utilizadas en mediación.

²⁷ Capítulo III. De las audiencias de conocimiento y acuerdo. Art. 12. Citación. Dentro de un plazo máximo de 5 (cinco) días de recibida la comunicación, el Defensor General, Juez de Paz o Jefe del Registro Civil, deberá realizar la o las audiencias de Conocimiento y Acuerdo, a las que concurrirán las partes, y toda otra persona cuya presencia sea conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos. Las mismas se llevaran a cabo en forma individual y sucesiva, a excepción de los casos en que las autoridades intervinientes consideren la conveniencia de realizarla en forma conjunta; y, en ellas se podrá contar, cuando estuviere disponible, con la asistencia de personal técnico especializado perteneciente a cualquiera de las instituciones registradas conforme lo establecido en el.

Sabido es que el Poder Judicial es una institución receptora de conflictos, a propósito de ello, recientemente, la Doctora María Esther Caffure de Batistelli realizó manifestaciones públicas respecto del significativo aumento de casos de denuncia de violencia en el hogar en el presente año.

Las personas que sufren de violencia y que concurren a pedir ayuda, ignoran, en principio, que consciente o inconscientemente han colaborado con ese modo de interactuar con los demás. Hay un sinnúmero de denuncias cruzadas con acusaciones mutuas. Evitan involucrarse en la toma de decisiones. La modalidad instalada es la de que un tercero resuelva su conflicto en contra de otro.

El modo tradicional de actuar es muchas veces insuficiente. Por ello, es de suma necesidad que quién les brinda atención pueda ampliar su marco operativo y, sin dejar de detectar los hechos graves de violencia con riesgo actual y cierto, que motivan una resolución urgente, puedan recurrir a la utilización de otros medios alternativos. En casos en los que no estamos en presencia de delitos, los aportes de la mediación son absolutamente enriquecedores.

En efecto, hay muchos que creen que no tienen otra alternativa en un primer momento y que luego a través de un proceso diferente al judicial descubren que su accionar ha provocado violencia y que, si se mueven de ese lugar, si entienden al otro como otro y pueden modificar su conducta, ello implicara sin lugar a duda un cambio del contexto en el que interactúan. Procesos que incluyan tanto a la víctima y al victimario, sin que ello genere riesgos para el otro, tendientes a evaluar la posibilidad de comunicarse y relacionarse de otro modo y, en muchos casos, se produce el cambio deseado.

La realidad nos demuestra que es necesario ampliar la mirada, más allá de lo normado, para una debida atención del justiciable. (Sucarúa de Gotero, 2009).

La mediación supone un proceso colaborativo en que las partes por sí mismas sean capaces de llegar a la solución de un conflicto. Operando a base de Principios rectores, como son los de Igualdad, Voluntariedad, Confidencialidad, Imparcialidad, Neutralidad. Es así que la mediación exige que sus participantes se encuentren en una condición de igualdad para resolver sus diferencias. Es precisamente este principio el que se ha cuestionado cuando se trata de incorporar la perspectiva de género a la mediación, ya que si se efectúa una mirada profunda, es fácil constatar que las relaciones de las mujeres frente a los hombres han sido y son históricamente desiguales. (González Ramírez, 2013).

Los varones tradicionalmente han ocupado el espacio público o el ágora, el trabajo formal y la política; y las mujeres en general han permanecido en el ámbito de lo privado, siendo su espacio natural de desarrollo la maternidad, el cuidado de la casa, del progenitor y de los/as ascendientes, descendientes, en resumen, la familia y el hogar.

A esta construcción social no ha estado ajena el Derecho, que desde la visión del legislador (mayoritariamente masculino) regula las conductas de hombres y mujeres, configurando una estructura jerárquica de la familia que ha contribuido a reproducir y reforzar la desigualdad de género en perjuicio de la mujer.

La mediación, al promover relaciones igualitarias entre las partes, permite que este mecanismo ofrezca una oportunidad de equilibrar poderes, ya que mediante el diálogo se fortalece un proceso de empoderamiento de los participantes, quienes asumen en el análisis y resolución del

conflicto un rol protagónico que favorece la oportunidad de discutir los problemas bajo condiciones de respeto y reconocimiento mutuo. (González Ramírez, 2013).

La discusión doctrinaria sobre la pertinencia de la mediación se basa precisamente en las características que definen a este mecanismo. Es decir, la mediación como un proceso colaborativo, voluntario, confidencial, donde las partes trabajan sobre la base de equilibrio de poderes que les permite situarse en un plano de horizontalidad para resolver un conflicto, buscando la satisfacción de sus necesidades.

Según Cristina Campiña (2015), la mediación ofrece un ámbito de dialogo y comunicación que puede ayudar a restablecer, de modo consensuado, pautas de conducta familiar erradicando la violencia. Admitir la mediación en supuestos de violencia de género requiere mesura. La violencia es sí misma no es mediable. Resulta inadmisibile un acuerdo en el que la víctima asume determinados compromisos a cambio de que la violencia cese.

Como acertadamente razonan los psicólogos Guerra y Lizardi, “es obvio que en parejas en las que el desequilibrio de poder sea insalvable, no se podrá mediar, pero en otras muchas, este desequilibrio, aunque haya existido violencia, o bien no está presente, o bien lo está en la misma medida que lo encontramos en nuestro quehacer mediador en parejas donde no han acontecido episodios violentos, y podría restaurarse con las propias técnicas que se utilizan en el proceso de mediación”. (Citado por Cristina Campiña, 2015).

La mediación se presenta como una solución pre y extrajudicial a conflictos derivados del ejercicio de la violencia de género que pudieran en el futuro tener repercusiones jurídico-penales por existir determinada proclividad a poner en peligro o lacerar bienes jurídicos penalmente protegidos a partir de conductas que se desencadenan. (Águila Gutiérrez y Pino Rosa, 2016).

La mediación se presenta entonces como un recurso que permite solucionar el conflicto antes de que se tipifique el delito. Lo cual también contribuirá a descongestionar las salas penales de los tribunales, en tanto disminuiría la radicación del delito o el índice delictivo.

Hay un mecanismo que aparece bajo las teorías de la justicia restaurativa y la resolución de conflictos, denominado mediación, que podría ser útil frente a la situación que vive la sociedad y frente a las necesidades que se plantean de cara a su conflicto. (Águila Gutiérrez y Pino Rosa, 2016).

Para Águila Gutiérrez y Pino Rosa (2016), La violencia de género es un problema de proporciones pandémicas que afecta cada vez a más jóvenes convirtiéndolos en sujetos activos y pasivos de delitos múltiples. La prevención primaria de los delitos surgidos del ejercicio de la violencia de género se presenta como la solución más favorable para disminuir la criminalidad y favorecer así la descongestión de las salas penales de los tribunales.

Por esto mismo, concluye que la mediación es una herramienta idónea para solucionar de modo prejudicial y extrajudicial, los conflictos generados por violencia de género que pudieran en el futuro generar una relación penal.

Mediación y Violencia de género. Una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal.

¿Podría la mediación actuar como instrumento de prevención, disponible en la detección de los primeros síntomas? Posiblemente, la mediación no sea aplicable en una mayoría de estos supuestos, ¿pero resulta útil negar siempre y de forma sistemática, a las partes y por tanto a la propia mujer, esta posibilidad, cuando podría significar una respuesta positiva y útil en algunas ocasiones?

Desde la óptica contraria, también pueden darse supuestos, aparentemente mediables, en los que no existe una denuncia formal de violencia de género, pero en los cuales, el mediador detecta que una de las partes, que puede ser la mujer, está cediendo en el planteamiento de sus intereses y necesidades, por temor, por coacción o por dependencia emocional respecto a la otra y que por ello, la parte más débil pierde fuerza y oportunidades a pesar de los intentos del mediador de reequilibrar la incidencia de ambas partes. En estos casos, ¿la mediación debe seguir adelante? Entendemos que, aún sin que se haya producido una denuncia, en los supuestos en que el mediador, después de aplicar técnicas de reequilibrio, no pueda garantizar la igualdad y la plena libertad en el proceso de toma de decisiones, la mediación debería suspenderse antes de que pudiera favorecer un resultado no deseado y contrario a la propia filosofía de la mediación, en la que todos ganan y se comprometen con la misma voluntad y total libertad. (Vall Rius, Rubio, 2011).

La decisión del mediador de no seguir adelante con la mediación, se fundamenta en su conocimiento de las características del supuesto concreto, en principios éticos y en los propios fundamentos de la mediación, que en ningún caso se aplica para favorecer a una parte a costa de la debilidad de la otra.

Los conflictos intrafamiliares, comportan una elevada carga emocional y son generadores de malestar, desconcierto, resentimiento y emociones contradictorias e intensas como la ira, la frustración, el temor, el odio o la venganza.

Este magma emocional y el sufrimiento que conlleva, potencian la generación de comportamientos agresivos y, en ocasiones, de actitudes violentas y, como reacción, la interposición de denuncias por parte de las personas que se sienten afectadas por el comportamiento agresivo del otro, que consideran inapropiado, lesivo e incluso constitutivo de delito y por tanto denunciabile.

Si la interposición de una denuncia de violencia o agresión física o psíquica, se lleva a cabo por una mujer, respecto a su marido o a un hombre al que le une una análoga relación de afecto, esta denuncia sitúa el caso, abriendo la posibilidad de aplicar todas las consecuencias que determina la ley, entre ellas la prohibición de la mediación.

Pero si esa denuncia, posteriormente, es archivada por el juez, porque entiende que, en base a la ley, no se dan las circunstancias necesarias para seguir adelante con la acusación penal, el varón denunciado como agresor, deja de considerarse como tal y por tanto, se le considera inocente y libre de todo cargo.

En estos supuestos de archivo de la causa penal, la mujer que interpuso la denuncia, en la mayoría de los casos, sigue pensando que la denuncia era necesaria y por tanto el archivo judicial y la falta de respuesta a su petición, lo vive con frustración, con la sensación de indefensión y de desamparo por parte de la administración de justicia.

La aplicación de la mediación en estos casos de denuncia de violencia de género, una vez que han sido archivados por la autoridad judicial, ha demostrado ser un recurso de gran utilidad, ya que posibilita una respuesta positiva a las partes, evitando la sensación de vacío y de frustración que supone para la mujer el archivo de una demanda de justicia que para ella era necesaria e importante, y a la vez, abre un canal de comunicación con la persona inicialmente acusada, ofreciéndole la oportunidad de colaborar conjuntamente en la búsqueda común de soluciones consensuadas al conflicto subyacente que generó el episodio o la situación denunciada. (Vall Rius, Rubio, 2011).

Análisis de Jurisprudencia

Causa F.P.W. s/art. 1 Ley 13.944- C.P. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. (22/02/2017).

Hechos:

La sentencia fijó una audiencia de mediación en los términos del art. 204 del Código Penal de la Ciudad de Buenos Aires en un proceso por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La cámara lo confirmó.

Sumarios:

1. Los incumplimientos en los deberes de asistencia familiar que se verifiquen en un contexto de violencia económica entre las partes no siempre conducen a negar la posibilidad de autocomposición del conflicto entre ellas cuando no se evidencia un sometimiento o vulnerabilidad tal de la víctima que impida propiciar un acercamiento con el objeto de que pueda negociar ese aspecto, pues, de lo contrario, la mera subsunción de un hecho de este tipo penal vedaría sin más y para todos los casos la posibilidad de acceder a esta solución alternativa del conflicto, lo que no sería razonable.

2. Violencia doméstica y violencia de género no son necesariamente situaciones equiparables, ya que, si bien la primera de ellas es una de las modalidades mediante las que se puede ejercer la segunda, para que ello sea así es necesario que primero se cumpla con el requisito esencial de que se trate de un supuesto de discriminación hacia la mujer, es decir, que se ejerza violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, o cuando la afecte de una forma desproporcionada a como aquélla afectaría a un hombre.

Se le imputó al Sr. W.P.F. haber incumplido desde el mes de septiembre de 2015 hasta el 15 de septiembre de 2016 los deberes de asistencia familiar respecto de su hijo menor de edad, H.J.F.F.

Al momento de prestar declaración en los términos del art. 161, C.P.P., la defensa solicitó que se realizara una audiencia de mediación. Tras a oposición fiscal de fs. 61 del principal, esa parte reitero aquel pedido por escrito.

En su escrito de impugnación el M.P.F. manifestó que en virtud de las características del hecho- contexto de violencia doméstica- y de los dispuesto por la Res. F.G. N° 219/2015 resultaba imposible derivar este caso a la instancia de mediación. Consideró que en autos existía una relación desigual de poder entre las partes en el aspecto económico y patrimonial, por lo que a su criterio la situación encuadraba en un caso de violencia contra la mujer. (El resaltado me pertenece.)

Al momento de fundamentar su recurso, el acusador público sostuvo que ese criterio general de actuación debía interpretarse de conformidad con el art. 28 de la Ley 26.485 que prohíbe la mediación o la negociación en conflictos de violencia de género y con los lineamientos internacionales que provienen de la Convención de Belem do Pará y de los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el informe realizado por el equipo interdisciplinario de la O.F.A.V.y T.²⁸ del M.P.F se determinó que la denunciante estaría inmersa en una situación de violencia doméstica- de tipo simbólica y económica- de riesgo bajo.

Asimismo, no todo incumplimiento de deberes de asistencia familiar que se verifique en un marco de violencia económica entre las partes conduce a negar la posibilidad de autocomposición del conflicto entre ellas cuando no se evidencia un sometimiento o vulnerabilidad tal de la víctima que impida propiciar un acercamiento con el objeto de que pueda negociar ese aspecto, como ocurre en este supuesto. (El resaltado me pertenece.)

Causa A.V. R. s/infr. Art(s). 149 bis, Amenazas- CP (p/ L 2303). (30/10/2012).

Hechos:

El fiscal requirió la elevación a juicio del imputado en orden al delito previsto en el art. 149 bis del Código Penal porque habría amenazado de muerte a su ex pareja. Al correrse vista a la defensa, ésta solicitó la realización de una audiencia de mediación y planteó la nulidad del requerimiento. Dichas solicitudes fueron denegadas por el a quo. Ante ello interpusieron recurso de apelación. La Cámara rechazó el recurso.

Sumarios:

1. Los fenómenos de violencia de género, graves tanto por su naturaleza como por la repercusión social que producen, presentan, entre otras circunstancias un profundo abismo entre las partes que limita la posibilidad de mediación entre la víctima y agresor.

²⁸ Sigla que pertenece a la Oficina de Asistencia a la víctima y al testigo del Ministerio Público Fiscal.

2. La situación de alto riesgo en la que se encuentra embarcada la víctima tras sufrir una situación de violencia familiar de larga data, da cuenta de la inexistencia de igualdad de las partes lo que permite rechazar la vía de mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, ante la clara desigualdad de las partes (del voto de la doctora Manes).

3. Sin perjuicio de que en los casos de violencia familiar es posible efectuar una mediación a los fines de que las partes puedan llegar a un arreglo, la ausencia de igualdad entre el damnificado y el encartado hacen inviable la mediación requerida (del voto del doctor Franza).

1) Vienen los autos a conocimiento de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa (fs. 71/78 vta.), contra la resolución que no hizo lugar a la solicitud de mediar y rechazó el planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio impetrados por esa parte (fs. 66/68).

2) El recurso ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo y en tiempo y forma, conforme lo establecido en el art. 279 del CPPCABA. Si bien la decisión recurrida no ha sido declarada apelable por el ordenamiento ritual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que existe gravamen irreparable en las decisiones que privan al interesado de utilizar, con eficacia, remedios legales posteriores para obtener la tutela de sus derechos (Fallos 300:642; 306:1778; 307:549 y 1132; 308:1631; 312:772). Por ello, la vía intentada resulta formalmente admisible.

3) La fiscalía requirió la elevación a juicio del imputado, a quien se atribuye haber amenazado de muerte a su ex pareja, J. M. F. G., hecho que fue tipificado como constitutivo del delito reprimido por el art. 149 bis del código penal (fs. 47/49 vta.). Al corrersele vista a la defensa,

solicitó la realización de una audiencia de mediación y planteó la nulidad de dicho requerimiento por considerar que carecía de motivación suficiente, por cuanto sólo se cuenta en la causa con la denuncia formulada por la supuesta víctima y porque no se produjo prueba alguna tendiente a acreditar la materialidad del hecho denunciado (fs. 51/60 vta.). La a quo no hizo lugar a la solicitud de mediar, fundado en la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal y los informes de situación de riesgo en que se encontraba la presunta víctima.

El planteo de nulidad del requerimiento lo rechazó porque la interesada no explicó cuál habría sido la garantía constitucional afectada, lo que equivalía a declarar la nulidad por la nulidad misma; porque el requerimiento cumplía los requisitos exigidos por el art. 206 del C.P.P.C.A.B.A. y porque el juicio oral era el momento apropiado para analizar la prueba de cargo (fs. 66/68). Contra ese decisorio la defensa interpuso el recurso de apelación en trato (fs. 71/78 vta.). Se agravó porque la decisión en crisis vulneraría la presunción constitucional de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el principio de razonabilidad de los actos públicos. Hizo reserva de recurrir ante el Tribunal Superior.

4) En el presente caso nos encontramos ante un hecho que habría tenido lugar en un contexto de violencia de género. El Estado Argentino asumió compromisos internacionales que reconocen legalmente los derechos humanos de las mujeres. Entre otros, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y de su Protocolo Facultativo, que incluyó en el art. 75, inc. 22, de la C.N. y de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará). De estos instrumentos emana la obligación del Estado Argentino de adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, obligación que compete a todos los órganos del Estado, entre los cuales se encuentra el Poder

Judicial. Consecuentemente con las obligaciones asumidas, el 11/03/2009, el Poder Legislativo sancionó la ley 26.485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. En el sentido que me expido, se ha resuelto in re "C.A.,M. s/recurso de casación", en que se dispuso que: "este es un caso en el que la suspensión del proceso a prueba constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), por cuyo art. 7 los Estados "condenan todas las formas de violencia contra la mujer" y se han obligado a "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos", "la suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que tiene el estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías", "la fiscalía al oponerse a la suspensión y promover la realización del juicio para escuchar a mujer, para esclarecer los hechos acaecidos, y para establecer qué sucedía en la vivienda y para pedir una condena adecuada al hecho, no sólo ha satisfecho las exigencias del fallo plenario nº 5, Kosuta, sino que se ha ajustado a las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina por el art. 7 de la Convención de Belém do Pará" (Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal).

5) Llegado el momento de expedirme, habré de avocarme en primer lugar al rechazo de la posibilidad de mediar en estos actuados.

Sin perjuicio de dejar a salvo mi posición sobre la inconstitucionalidad del instituto de la

mediación vertida in re "Incidente de nulidad en autos, A., R. M. y F., N. A. s/infr. Arts. 96 y 183 del C.P." Causa N° 44832-01-00/09, he de atenerme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia, en torno al instituto.

Todo el proceso y solución judicial de conflictos tiene un componente de enfrentamiento entre intereses contrapuestos, que los medios alternativos de solución de conflictos logran sacar de primer plano.

La mediación es uno de los medios de solución alternativa de conflictos, constituye un instituto alternativo al judicial, caracterizado por la intervención de una tercera persona (mediador), cuyo objetivo es facilitar al arribo a una solución dialogada entre las partes enfrentadas.

La doctrina analiza si la mediación es adecuada como medio de resolución de conflictos, en la materia conocida como violencia de género.

Ello por cuanto los fenómenos de violencia de género, graves tanto por su naturaleza como por la repercusión social que producen, presentan, entre otras circunstancias, un profundo abismo entre las partes que limita la posibilidad de mediación entre víctima y agresor. Ello por cuanto existe desigualdad entre las partes.

Es que la violencia de género es una de las expresiones más tangibles de desigualdad entre mujer y hombre, es manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Esta desigualdad debe ser corregida, mediante la tutela judicial.

Atento que la mediación, por definición implica la intervención de un tercero que aproxima a las partes, no resulta un método que puede corregir el desequilibrio que los hechos de violencia de género, en su mayoría, contienen intrínsecamente.

La mediación exige que las partes estén situadas en una posición de igualdad que posibilite la capacidad y autonomía de ellas en pos de lograr acuerdos. Es así que en este tipo de casos mayormente se advertirá una desigualdad y ante ello debe protegerse a la víctima de violencia porque a priori los acuerdos que se obtendrían en el procedimiento de mediación podrían ser el resultado de una imposición de una parte sobre otra, más que de la libre voluntad de ambas.

Debe concluirse entonces que la mediación debe existir cuando existe igualdad entre los mediados, y no cuando se parta de una situación de desequilibrio o inferioridad cuya represión debe ser precisamente uno de los objetivos de la legislación interna del país para eliminar radicalmente el posible "dominio" de una persona sobre otra, su sometimiento, que en definitiva es, la desigualdad. (El resaltado me pertenece).

Para que la mediación sea voluntaria, la negociación entre partes debe realizarse con capacidad de razonamiento, comprensión y autonomía, lo que debe analizarse en el caso a estudio.

En ese contexto, cabe señalar que los informes de riesgo expedidos por la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Ministerio Público Fiscal (fs. 5/10 y 18/19) y la Oficina de Violencia Doméstica de la C.S.J.N. (fs. 28/30 vta.), dan cuenta de la existencia de una situación de alto riesgo; estiman necesaria la implementación de alguna medida para resguardar la integridad física de la denunciante y consideran que ésta no estaría en condiciones de acceder a un método alternativo de resolución de conflictos.

Todo ello me permite concluir que no resulta viable en este caso particular utilizar un método alternativo de solución de conflictos, razón por la cual corresponde confirmar la resolución recurrida en cuanto no hizo lugar a la solicitud de mediar en estos actuados teniéndose presente la reserva efectuada. (El resaltado me pertenece).

Causa: R., F. E. s/infr. Art(s) 149 bis, Amenazas, C.P. (23/05/2012).

Hechos:

El defensor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja contra el auto que rechazó el recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la decisión de la Cámara que había rechazado la solicitud de mediación formulada por la defensa, considerando que el denunciante y el imputado no se encontraban en igualdad de condiciones para realizar una mediación por estar ante un caso de violencia familiar. El Tribunal Superior de justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó el recurso de queja.

Sumario:

1. Debe ser rechazada la queja interpuesta contra la sentencia que no hizo lugar al planteo de la defensa dirigido a controvertir la decisión de primera instancia de no convocar a las partes a una audiencia de mediación, pues, dicha sentencia no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 y la parte recurrente no ha demostrado que deba ser equiparada a una de esa especie (del voto del doctor Lozano).

2. En tanto no se ha demostrado que la decisión que confirmó la denegatoria de una solicitud de mediación propuesta por la defensa pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos, ni se ha logrado conectar la decisión impugnada con garantías que requieran la inmediata tutela del Superior Tribunal, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto contra la mencionada decisión (del voto del doctor Casas).

3. El recurso de queja interpuesto contra la resolución que rechazó el planteo de convocar a las partes a una audiencia de mediación debe ser rechazado, pues, la simple invocación de afectaciones constitucionales no guarda relación con lo ocurrido en el caso, en tanto no se advierte una explicación seria y razonada que permita dilucidar que dichas afectaciones se encuentren

presentes ni que la controversia propuesta –que remite al análisis de la eventual situación de desigualdad o sometimiento en el cual podría encontrarse la mujer víctima de violencia doméstica para sentarse con su posible agresor- sea apta para ser revisada (del voto de la doctora Conde).

4. Es procedente el recurso de queja interpuesto contra la sentencia que no hizo lugar al planteo de la defensa dirigido a controvertir la decisión de primera instancia de no convocar a las partes a una audiencia de mediación, en tanto fue deducido en tiempo y forma y contiene una crítica concreta y suficiente del auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad (del voto en disidencia de la doctora Ruiz).

5. El recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado cuando la referencia ritual a derechos constitucionales es insuficiente en tanto no se acredita precisa y fundamentadamente su cercenamiento, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional el Superior Tribunal se vería convertido de ordinario en tercera instancia de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (del voto en disidencia de la doctora Ruiz).

El doctor Luis Francisco Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada porque la sentencia de Cámara, que no hizo lugar al planteo de la defensa dirigido a controvertir la decisión de primera instancia de no convocar a las partes a una audiencia de mediación, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402; y la parte recurrente no ha demostrado que deba ser equiparada a una de esa especie.

2. En ese orden de ideas, no se ha acreditado cuál sería la conexión que habría entre las garantías constitucionales invocadas como de tutela inmediata (v. el punto 2 de los "Resulta") y lo resuelto por el a quo. Ello así, principalmente, porque la mencionada sentencia de Cámara encontró apoyo, tal como indica mi colega Alicia E. C. Ruiz, en la valoración de extremos de hecho y prueba

(los informes "psicológico de situación de riesgo de la OVD de la CSJN" y "de la Oficina de Asistencia de la Víctima y Testigo", que daban cuenta, a juicio de las magistradas que conformaron la mayoría, de que la supuesta víctima del delito cuya comisión acá se investiga no estaba en condiciones de "... igualdad para someterse a un proceso de mediación con F. E. R.", fs. 27); cuestiones que resultan ajenas a las competencias revisoras de este Tribunal.

Por lo demás, vale destacar que no viene controvertido que el MPF se ha opuesto a la celebración de la mencionada audiencia de mediación (cf. las fs. 10/11 y fs. 26, entre otras). En ese marco, y conforme lo he señalado en otras oportunidades, la defensa no está en condiciones de lograr la modificación de ese temperamento para convertirlo, por imposición de los jueces, en un supuesto de mediación obligatoria, en desmedro de la potestad que asiste al fiscal de solicitar la emisión de una sentencia definitiva que se expida en relación con la pretensión del pleito.

3. Por las razones que di en mi voto in re "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC —apelación— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’", expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/05, a las que remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley n° 402.

Por ello, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto.

El doctor José Osvaldo Casas dijo:

1. Tal como lo expone el doctor Luis Francisco Lozano en su voto, la queja interpuesta por la defensa del señor R. no puede prosperar.

2. Este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley n° 402 ("Ministerio Público —Defensoría en lo

Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255 —apelación—’”, expte. n° 3338/4, resolución del 01/12/04, entre muchos otros).

Además, el recurrente no ha demostrado que la decisión cuestionada, que confirmó la denegatoria de una solicitud de mediación propuesta por la defensa, pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. En ese sentido, la defensa no ha logrado conectar la decisión impugnada con garantías que requieran de una tutela inmediata por parte de este Tribunal (ver, entre otros, mutatis mutandi "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benítez, Sergio David s/ art. 189 bis del CP’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007).

3. Por lo demás, la defensa no ha demostrado que la interpretación de los arts. 204 y concordantes, CPP, realizada por la Cámara ponga en juego el principio de legalidad (art. 18, CN) —ni el principio pro homine—. En efecto, tras valorar los elementos de prueba incorporados a la causa, los magistrados intervinientes concluyeron que no se daban en el caso las condiciones de igualdad que entendieron, por principio, imprescindibles para que víctima e imputado utilicen la vía alternativa que la defensa requería. Al respecto, la mera afirmación de que la igualdad entre las partes no sería un requisito establecido por el legislador para llegar a la mediación en el ámbito penal, sin efectuar una crítica fundada de los argumentos que sobre el punto brindaron los magistrados, no es suficiente para demostrar que los camaristas hubieran fallado con desapego al texto de la ley. Los argumentos desarrollados a ese respecto, entonces, de ningún modo alcanzan a poner en crisis la sentencia como acto jurisdiccional válido, esto es, fundado en las disposiciones legales pertinentes. Ninguna lesión a los principios constitucionales invocados por la defensa puede derivarse del solo hecho de que el recurrente discrepe con el modo en que los jueces de

mérito aplicaron la ley procesal.

La doctora Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto y a la solución propuesta por mi colega, el doctor José Osvaldo Casas, y comparto las consideraciones desarrolladas por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz (puntos 2 y 3 de su voto), y por el doctor Luis Francisco Lozano (puntos 1 y 2, primer párrafo, de su voto).

En concreto, al margen del ropaje bajo el cual la defensa buscó cubrir los motivos de agravio mencionados en el recurso denegado por el tribunal a quo, los planteos efectuados por el recurrente no alcanzan para suscitar una controversia constitucional. Dicho en otras palabras, la simple invocación de afectaciones constitucionales que la defensa expuso no guarda una relación estrecha con lo ocurrido en el caso, en tanto no se advierte una explicación seria y razonada que permita dilucidar que esas afectaciones se encuentren presentes, ni que la controversia propuesta —que remite necesariamente al análisis de mérito respecto de la eventual situación de desigualdad o incluso de sometimiento en la cual, en atención al tenor de los hechos denunciados, podría encontrarse la mujer víctima de "violencia doméstica" para sentarse a mediar con su posible agresor— sea apta para ser revisada por este estrado o que haya sido resuelta de manera absurda o insostenible.

A mayor abundamiento, considero necesario indicar que la pretensión de que la mediación tenga lugar en cualquier momento del proceso, cuando el imputado la solicite —como quiere interpretarlo la defensa—, más allá de convertir una facultad discrecional del Ministerio Público Fiscal en una suerte de obligación automática —omitiendo todo estudio serio y razonado de las características de cada causa concreta y de los involucrados en particular—, importa consolidar un procedimiento sui generis en detrimento de aquél otro que, con acierto o error, ha sido establecido

por los encargados de legislar y reglamentar la resolución alternativa de conflictos, en esta clase de asuntos y en cada una de las etapas procesales (según mi voto, in re, "Del Tronco", expte. n° 8027 del 24/11/11; entre muchos otros).

En consecuencia, corresponde rechazar la queja interpuesta y diferir la consideración de la cuestión referida al depósito de ley a las resultas de lo que se decida con relación al beneficio de litigar sin gastos que ha iniciado el imputado (fs. 48/49).

Para Andrea Paola Costa, la mediación penal constituye un mecanismo que privilegia los intereses de la víctima en el proceso penal, devolviéndole una participación activa en la resolución del conflicto, brindándole la posibilidad de lograr una reparación integral del daño que le fuera provocado con la comisión del delito.

Creo que para que dicho proceso de mediación penal arroje resultados satisfactorios y se logre una resolución del conflicto, las partes deben hallarse en condiciones de igualdad, de tal forma que la víctima del delito se encuentre en absoluta libertad para decidir y aceptar o rechazar la propuesta de la otra parte.

Por ello resultaría conveniente que en los casos de violencia doméstica no se descarte la posibilidad de utilizar esta herramienta de resolución de conflictos, que en algunos casos puede brindar una solución más completa e integral que la aplicación de una condena penal para el problema que aqueja a la víctima, pero siempre y cuando se extremen los recaudos para constatar si esta última se encuentra en igualdad de condiciones con la otra parte, para lo que resultaría útil actualizar, antes de resolver la aplicación o no del instituto, los informes confeccionados por los profesionales en dicha problemática glosados a las actuaciones. (El resaltado me pertenece).

Nociones de Orden Público

Antes de finalizar, quisiera analizar este Principio, que tiene una actuación muy importante en nuestro ordenamiento jurídico y en este tema en particular.

En el derecho privado argentino han subsistido históricamente dos esferas limítrofes que podríamos denominar individual, por un lado, y social, por el otro. La primera, la de la autonomía de la voluntad- también referida como ámbito contractual-, incluye las cuestiones que pueden ser libremente pactadas por las partes. La segunda, la del orden público, constituye un límite para el anterior, excluyendo ciertas cuestiones del ámbito contractual, en atención al valor que representan para los individuos y para la sociedad en su conjunto. Medina (2015).

Como el orden público limita la libertad de autodeterminación, resulta de suma importancia aclarar qué es el orden público.

Somos conscientes de que tratar de definir el orden público es extremadamente dificultoso, tanto que se ha considerado como “verdadero suplicio para la inteligencia”, caracterizado como “enfant terrible du droit international prive”, “camaleón del Derecho Internacional Privado”. Estas advertencias nos inclinan a aproximar una noción que nos ubique en el tema y no a definirlo.

Para Medina (2015), el Orden Público puede ser conceptualizado como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (esto es: un conjunto de reglas o normas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes ni por la aplicación de normas extranjeras, ya que su promulgación se basó en ciertos principios que la comunidad considera fundamentales).

Creemos que el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para

defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable, de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezca sobre los intereses particulares.

Para cumplir con la finalidad de proteger y hacer prevalecer el interés general de la sociedad, ante el peligro de que los particulares puedan afectarlo o impedir su efectiva vigencia, el orden público produce efectos jurídicos predeterminados por el sistema, que actúan como limitativos de la autonomía de la voluntad, como, por ejemplo, la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos o la nulidad de los actos infractores.

Para Kaller de Orschansky, “El concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad; por ello debe rechazarse toda tentativa de encerrarlo en un catálogo rígido. El conjunto de principios fundamentales que lo integran deben ser apreciados (...) en cada Estado, en cada caso concreto (...) en el momento de decidir, quienes deben valorar el derecho competente y emplear la excepción sólo cuando la aplicación del derecho amenace perturbar gravemente la paz social del Estado”. (Citado por Graciela, Medina, 2015, Página 142).

Úrsula Basset sostiene, “en cuanto a la mutabilidad del orden público, puede afirmarse que éste contiene un núcleo de mínima, y que es invariable; está más allá del espacio y del tiempo y se aprehende racionalmente de la experiencia respecto de sus facultades humanas y de su perfección, que será necesariamente comunitaria. De otra parte, en estas mismas normas imperativas puede haber cuestiones de hecho que requieran de una apreciación variable, o bien que puedan integrar el orden público en una determinada comunidad cultural y política y no en otra; o en un determinado tiempo, y no en otro”. (Citado por Graciela, Medina, 2015, páginas 419 a 456).

Advertimos que ante la dificultad de la caracterización del orden público, y por ende de la ley de orden público, alguna parte de nuestra doctrina tiende a identificar la ley de orden público

con la ley imperativa.

Lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público: verbigracia, las que determinan las formas solemnes para determinados actos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, es decir, no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes con lo cual se define la característica más importante de la ley de orden público. Medina (2015).

En base a todo lo analizado en los cuatro capítulos, en cuanto al Proceso de Mediación, a su principio más importante, el de Confidencialidad, y la Ley de violencia de género, ley de orden público, estoy en condiciones de realizar una Conclusión al problema jurídico planteado al inicio de este trabajo final de grado.

CONCLUSIÓN FINAL

Comenzare mi conclusión haciendo un repaso de los temas más importantes hasta llegar finalmente a exponer mi opinión sobre el problema jurídico planteado en mi trabajo final de grado.

Los medios o métodos alternativos de resolución de conflictos, han crecido a pasos agigantados a lo largo de estos últimos años; después de leer lo que los autores expresan sobre ellos, no me cabe duda de que son medios “alternativos” de Resolución de conflictos, ¿Por qué?, Porque ofrecen una serie de ventajas que actualmente el sistema judicial no da, sobre todo porque creo que más importante que la celeridad, o la economía de costos, o sus otras características, la autocomposición, como posibilidad de poner a las partes frente al conflicto en la responsabilidad de buscar ellas mismas la solución , en vez de esperar que sea otro, es decir, un tercero, ya sea, un juez, un árbitro, el que decida por ellas y les de la solución la cual nunca llegará a ser totalmente satisfactorio para ambas partes, es la característica más relevante.

El Proceso de mediación es uno de estos métodos que permiten a un tercero neutral colaborar con las partes para que logren llegar a un acuerdo exitoso para ambas partes, Elena Highton de Nolasco y Gladys Alvares, nos dan el concepto, en su libro Mediación para resolver conflictos, “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto.”

Entre los principios que tiene este procedimiento, el más importante y significativo por lo que implica es el Principio de Confidencialidad, ya que permite desde el primer momento que las partes lleguen a una mesa de mediación, propiciar la confianza entre las partes, entre ellas y el mediador y sobre todo la confianza en que el procedimiento de mediación, les permitirá lograr el

objetivo tan deseado que es llegar a un acuerdo que resuelva su conflicto.

Este principio es fundamental para el éxito del proceso, ya que permite que las partes puedan confiar en el mismo y así abrirse a expresar sus sentimientos, emociones, intereses y necesidades, se sinceren sin miedo de que lo que puedan decir pueda salir del ámbito privado que les brinda la mediación.

El centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, nos brinda a través de la Dra. Cristina Oddone un Código de Ética para Mediadores, y en su introducción dice: “La Mediación es una profesión alcanzada por responsabilidades y deberes éticos. Quienes emprendan su práctica, harán sus mayores esfuerzos para que las partes desavenidas negocien y solucionen sus diferendos. También serán conscientes de que sus derechos y obligaciones se relacionan con el proceso de Mediación, con quienes contratan sus servicios, con otros Mediadores y con la Comunidad en general. Frecuentemente, los Mediadores son profesionales sujetos a obligaciones regidas por otros códigos de ética. El presente no es un código competitivo de conducta, sino como pautas adicionales para profesionales que se desempeñan en el proceso de Mediación. En el ejercicio de la Mediación, los profesionales se sujetarán a los criterios éticos de este código, tendientes a establecer principios aplicables a los Mediadores profesionales”.

Nuestra ley Provincial de Mediación N° 8858, específicamente reglamenta este principio y nos dice: Artículo N° 5, Confidencialidad. “El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las Partes, los abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y todo aquél que intervenga en la mediación, tendrán el deber de Confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso. Por su parte el decreto reglamentario de la Ley de mediación N° 1773/00, en su art. 5 expresa: El compromiso de

confidencialidad deberá contener: Nombre y apellido de las partes y número de causa; Fecha de suscripción del compromiso; Expresión clara y precisa de que nada de lo dicho, conocido, ocurrido o información obtenida por medio de la documentación aportada, deberá ser revelada, excepto casos en que se ejerza o se haya ejercido violencia contra un menor, o se hubiere transgredido lo dispuesto en las convenciones sobre derechos del niño ratificadas por la República Argentina. Firma, aclaración y número de documento de identidad de todos los intervinientes en el proceso de mediación. Se deberán confeccionar tantas copias como participantes haya en el procedimiento de mediación, debiendo entregar a cada uno copia autorizada”.

Lo que queda claro aquí, es que la única excepción del Principio de Confidencialidad para suspenderlo y denunciar el mismo por parte del mediador, es que se vulneren los derechos de menores, es decir, como dijo el Dr. Barmat, “Se incorpora por vía del Decreto reglamentario una excepción a la garantía de confidencialidad no contemplada en la ley, la cual se circunscribe al ámbito de protección legal de la minoridad...” (Citado por María Victoria Cavagnaro, 2011, página 55).

Lo que me permite reflexionar acerca de que debe hacer un mediador, ¿si en una mesa de mediación toma conocimiento de una situación de violencia de género sufrida por una de las partes, es decir, cuál debe ser su accionar, que es lo que debe hacer primar, su deber ético de mantener reserva o secreto sobre lo conocido, o superar este conflicto ético y denunciar tal situación haciendo prevalecer el orden público para proteger los derechos de la parte vulnerada en los mismos?

La ley 26.485 de Protección para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, en su artículo 4 expresa: “Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de

manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Jorge Eduardo Buompadre dice, “La Ley que estamos abordando es definida como de orden público, es decir se trata de una ley imperativa e irrenunciable; no puede ser dejada sin efecto por acuerdo de partes”.

Por último de los casos de jurisprudencia aportados, puedo concluir que en los tres se hace referencia a que la desigualdad de condiciones o de poder entre las partes constituye el delito violencia de género, por lo tanto, no propicio para lograr llegar a un acuerdo satisfactorio, ya que la persona víctima de violencia de género, no va a encontrarse en libertad para decidir, y más aún, si se encuentra en una situación de sumisión, esto surge de los informes aportados en la causa sobre la víctima de violencia de género; lo que no implica que no pueda en aquellas situaciones de violencia de bajo riesgo, mediar y lograr un acuerdo satisfactorio empoderando a la mujer para lograr sus derechos.

Por todo lo analizado concluyo, que debe incluirse en la Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba N° 8858 como causal de suspensión del Principio de Confidencialidad , las situaciones de violencia de género que vulneran los derechos de las mujeres configurando un delito, ya que la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales es de orden público, por

lo tanto imperativa, lo que implica que no puede ser dejada de lado por ninguna de las partes, primando así el orden público de protección de los derechos de la mujer, ya que en mi opinión cualquier situación que genere desigualdad, inequidad y un desequilibrio entre las partes tal que afecte la dignidad impidiendo la libertad y plenitud de los derechos es violencia contra las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Aguila Gutierrez, Yaíma, Pino Rosa, Marileydis. (2016). La mediación como herramienta eficaz en la prevención de conflictos jurídicos penales, derivados de la violencia de género. [Versión Electrónica]. Vol.37. 103. Pp.171-187. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4957>.
- Alvarez, Gladys S., Highton, Elena I., Jassan, Elías (1996), Mediación y Justicia. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Baruch Bush, Robert A., Folger, Joseph P. (2008). La promesa de Mediación. Como afrontar el Conflicto mediante la Revalorización y el reconocimiento. Editorial Granica. Buenos Aires. 1ª ed. la reimp.
- Bellotti, Margarita Inés. (2012). La Ley 26.485 como Recurso para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Recuperado de Revista de Pensamiento Penal. [Versión Electrónica]
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina33396.pdf>

- Buompadre, Eduardo Jorge., (2013), Violencia de género, Femicidio y derecho penal: los nuevos delitos de género. (Buenos Aires, Barcelona, México). Editorial Alveroni. 1ª ed.
- Campiña, Cristina. (2015). La mediación en casos de violencia intrafamiliar. Recuperado de www.infojus.com.ar. Id SAIJ: DACF 150287
- Cavagnaro, Ma. Victoria. (2011). Derecho de los niños, niñas y adolescentes: Alcance del Principio de confidencialidad en la ley Provincial de Mediación N° 8858 de la Provincia de Córdoba. Recuperado de www.infojus.com.ar. Id SAIJ: DACF 110156.
- Demestre, Isabel Viola. (2010). La Confidencialidad en el procedimiento de mediación. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confidencialidad-procedimiento-mediacion-332319450>
- Entelman, Remo F. (2009). Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo Paradigma. Editorial Gedisa. Barcelona. 2ª reimp.
- González Ramírez, Isabel Ximena. (2013). Justicia Restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. Revista de derecho. Vol. XXVI-N°2- Diciembre 2013. (Páginas 219-243). Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n2/art09.pdf>
- Gozaíni, Osvaldo A. (2015). La confidencialidad en la mediación de la Provincia de Buenos Aires. La Ley Online. Publicado en: LLBA2015. (agosto), 701. Cita online: AR/DOC/2662/2015
- Highton, Elena I., (2013), Mediación para resolver conflictos. Editorial Buenos Aires. 2a. ed., 4ª.reimp.

- Highton de Nolasco, Elena I. (2008). Entrevista a la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Elena I. Highton de Nolasco. La Ley Online. Publicado en: Sup. Act. 12/08/2008, 1. Cita Online: AR/DOC/2182/2008
- Mauro, Rodrigo. (2001). Material Didáctico de la Cátedra de “Mediación Arbitraje y Negociación.”
- Maqueda Abreu, María Luisa. (2006). La violencia de Género, Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social. [Versión Electrónica] Recuperado de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo2126608>.
- Medina, Graciela. (2015). Orden Público en el Derecho de Familia. La Ley. Año LXXIX N° 212. Tomo La ley 2015-F. ISSN 0024-1636 Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Medina-Orden-publico-en-el-derecho-de-familia.pdf>
- Oddone, Cristina. Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. Código de Ética para Mediadores. Recuperado de <http://www.medyar.org.ar/codigo-etica.php>
- Paszucki, Samuel (2013), Casos y Cosas de Mediación. Compilado por Samuel Paszucki. Editorial Brujas. Córdoba. 1ª. Ed.
- Phyllis, Beck Kritek., (1998), La negociación en una mesa desapareja .Ediciones Granica S.A.
- Puleo, Alicia H. (2005). El Patriarcado: ¿Una organización social superada? Texto publicado en "Temas para el debate" n°133, diciembre 2005, p.39-42. Recuperado de <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article739>

- Vall Rius, Anna, Guillamat Rubio, Ansel. (2011). Mediación y Violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal. [Versión Electrónica] Recuperado de www.revistademediacion.com/articulos.

- Wright, Walter A. (2014). La Protección de la Confidencialidad en la Mediación. Recuperado de https://www.mediate.com/articles/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm

Legislación

- Ley N° 8858 de Mediación de la Provincia de Córdoba. Recuperado de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/files/LEY%20PROVINCIAL%20DE%20MEDIACION%208858.pdf>

- Decreto Reglamentario 1773/00 de Ley N° 8858. Recuperado de <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/36704c1158c32011032572340058a002/a631140f2c284be80325768800534588>

- Ley N° 24.685 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Recuperado de https://oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_Mujeres_Argentina.pdf

- Decreto reglamentario 1011/2010 de Ley N° 24.685. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169478/norma.htm>

-

Constitución

Nacional, artículos N° 33 y 75 inc. 22

-

Ley N° 24.632

Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la

Mujer- “Convención de Belem do Pará”. Recuperado de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

-

Convención

Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-)

[32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación de La mujer.

Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Jurisprudencia

-

Cámara de

Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, Sala III. (22/02/2017)” F., W. s/ Art. 1 Ley 13.944- C.P”.

-

Tribunal

Superior de Justicia. (22/05/2012) “Rodríguez, Fabio Edgardo s/ art. 149 bis del

Código Penal”

-

Cámara de

Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, sala III. 30/10/2012, A., V. R. s/infr. art(s). 149 bis, Amenazas- CP (p/ L 2303)

ANEXO

Convenio de Confidencialidad

El presente convenio se celebra entre los abajo firmantes (requiriente, requerido y sus respectivos letrados) y el mediador.

Los que suscriben, manifiestan conocer que las sesiones de mediación son de carácter confidencial y que el mediador no podrá ser citado a prestar declaración testimonial sobre los hechos que conozca con motivo de este proceso.

Si a pesar de ello fuera citado, el mediador se excusará de declarar, amparándose en el secreto profesional y el consiguiente deber de preservar la confidencialidad.

Ningún documento redactado durante el desarrollo del proceso de mediación podrá ser exigible en ningún procedimiento, salvo que todas las partes de la presente mediación y el propio mediador presten expreso consentimiento para ello.

Los abajo firmantes se comprometen a guardar absoluto sigilo sobre los hechos que se ventilen en el transcurso de la mediación, con excepción de aquellos casos en que se tomará conocimiento de un delito que pueda ocasionar la condena de un inocente, el perjuicio actual y continuado de un tercero, el abuso de un menor o incapaz o, en el supuesto que aún no se haya cometido y pueda ser evitado quebrantando la reserva.

Se firman _____ ejemplares del mismo tenor y a idénticos efectos, en Buenos Aires, a los _____ días del mes de _____ de _____

