XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia (portada)

Título: "¿Es la mediación obligatoria en Argentina un instrumento de acceso a la justicia?

Comisión: Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial) - Subcomisión 1 (Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos)

Autor: Leandro J. Giannini - https://unlp.academia.edu/LeandroGiannini

Dirección postal: calle 49 n° 557, 1° piso, of. 3, La Plata (1900)

Teléfonos: 0221-482-0392 / 422-5953

Breve síntesis de la propuesta: El presente trabajo busca analizar críticamente uno de los principales fundamentos con los que modernamente se auspicia la mediación prejudicial e intrajudicial obligatoria en nuestro medio, al considerársela como un instrumento de "acceso a la justicia". Si bien se comparte la idea de que no es únicamente en el Poder Judicial donde pueden encontrarse respuestas para la restauración de desigualdades o para la vigencia efectiva de los derechos conculcados, se cuestiona la tendencia de considerar que el régimen vigente de mediación obligatoria pueda ser considerado un mecanismo de "acceso a la justicia", cuando descuida metas fundamentales de todo instrumento que tenga dicha finalidad. Se sostiene que la mediación tiene ventajas en sí mismas suficientes para ser promocionada como mecanismo valioso de solución de conflictos, sin necesidad de afirmar que se trate de un mecanismo de acceso a la justicia.

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento: sí.

¿ES LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN ARGENTINA UN INSTRUMENTO DE ACCESO A LA JUSTICIA?

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo busca analizar críticamente uno de los principales fundamentos con los que modernamente se auspicia la mediación prejudicial e intrajudicial obligatoria en nuestro medio, al considerársela como un instrumento de "acceso a la justicia".

Si bien existe consenso en nuestro medio acerca de la incorporación de esta institución como uno de los instrumentos de acceso a la justicia, las bases sobre las que se sustenta dicha calificación son discutibles, como intentamos demostrar a continuación.

II. LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL: ¿INSTRUMENTO DE DESCONGESTIÓN O DE ACCESO A LA JUSTICIA? LOS VERDADEROS FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCIÓN.

Cuando la mediación previa obligatoria fue implantada en nuestro país (ley 24.573 [1995]), el discurso oficial era conteste al justificar dicha iniciativa en la necesidad de contar con *instrumento de descongestión* de un Poder Judicial afectado por un excesivo cúmulo de tareas, mientras se pondría en marcha una reforma estructural de la Justicia civil. Se trataba de un justificativo de estricta eficiencia del gasto público, muy en boga en un contexto económico-político caracterizado por la desregulación, la reducción de la intervención del Estado en diversos ámbitos de la vida económica, privatización de funciones y servicios tradicionalmente reservadas a agencias gubernamentales o a empresas estatales, etc.

La necesidad de descongestión judicial como meta central del régimen de mediación implementado en la década del '90, surge claramente del debate parlamentario del proyecto que se transformara en la ley 24.573[1]. Al elevar dicha iniciativa el 8 de noviembre de 1994, el Poder Ejecutivo sostuvo en la exposición de motivos:

"... La situación de notoria crisis en que se encuentra la justicia justifica la introducción de soluciones que procuran responder a esta emergencia.

[1] Los antecedentes parlamentarios completos de la ley 24.573 pueden encontrarse en *Antecedentes Parlamentarios*, La Ley, 1996-A, pp. 245-333.

A través de aquellas medidas, se intenta reducir el alto nivel de litigiosidad que nuestro tribunales padecen actualmente. Al mismo tiempo, se intenta provocar una mayor celeridad en la solución de las cuestiones que deben ser resueltas judicialmente, ya que parte de la gran masa de juicios que abarrotan los juzgados, será desviada por medio de estos métodos alternativos no extrajudiciales [sic]" [2]. La misma tendencia puede apreciarse en la intervención de los legisladores del oficialismo que apoyaron la medida, que en los principales pasajes de su exposición hacen referencia a la inserción de la mediación obligatoria como un instrumento de descongestión frente al colapso evidenciado por la sobreexposición de la Justicia nacional a un cúmulo de causas que no puede materialmente atender en un tiempo razonable[3].

No hay otro fundamento en la presentación de la iniciativa que permita afirmar que el sistema de mediación haya sido pensado originalmente con un propósito diverso, como -por ejemplo- el acceso a la justicia. Sólo la descongestión y la necesidad de dotar de más eficiencia y celeridad a un sistema judicial colapsado motivaron la reforma. De este modo, el Estado reconocía las deficiencias del servicio de Justicia y proponía solucionarlo a mediano plazo, pero, entre tanto, le daba a la ciudadanía un mecanismo para negociar con la contraparte una salida más ágil y expedita: la mediación.

Este forma de abordar el problema fue cuestionado desde el inicio por los legisladores que se opusieron a la iniciativa. Así, en el dictamen de minoría presentado en el Senado en rechazo de la propuesta del Poder Ejecutivo, se sostenía: "... La exposición de motivos del proyecto de referencia señala que uno de sus objetivos principales tiende a paliar el 'alto nivel de litigiosidad' que existe en la sociedad argentina, estableciéndose por ello una etapa obligatoria previa a la tramitación judicial de dichas causas. Sin embargo, el argumento se basa en una visión errónea o por lo menos distorsionada del problema. En realidad, no es nuestra sociedad la que promueve un número de litigios mayor al que pudiera promover otra

[2] *Antecedentes* ..., cit., p. 253. La nota de elevación llevó la firma del entonces Presidente de la Nación, Carlos Saúl MENEM y del Ministro de Justicia, Dr. Rodolfo C. BARRA.

[3] Pueden recordarse la intervención del Senador BRANDA, informante por la mayoría (*Antecedentes*... cit. pp. 259 y ss.), quien destacó la crisis la que el sistema judicial de la Argentina se encontraba por el cúmulo de causas que debe afrontar. Si bien se destaca en esa exposición la existencia de proyectos tendientes a revisar distintos capítulos del proceso civil (mesa general de entradas, procesos voluntarios, registro de auxiliares de la justicia, oralidad), considera que el objetivo último para poder resolver definitivamente esa morosidad era la construcción de una Ciudad Judicial. Mientras se avanzaba en esas reformas, sostuvo el citado legislador, convenía introducir un mecanismo de descongestión obligatorio, con un plazo determinado de vigencia.

sociedad cualquiera en iguales circunstancias, sino que nuestros tribunales no se encuentran en condiciones de soportar tal cúmulo de tareas. Por ello, de no proponerse una alternativa seria y de fondo para todas esas cuestiones que aquejan a la Justicia argentina, no se ve cuál sería la ventaja de una mediación obligatoria previa a todo juicio ..."[4].

La iniciativa prevaleció y -como fuera anticipado- el régimen de la ley 24.573 se fue prorrogando sucesivamente en el tiempo hasta que la ley 26.589 la transformó en una opción "definitiva" y no "de emergencia", como oportunamente fuera diseñada.

Para llegar a esa última conclusión, la reforma del año 2010 hizo hincapié en fundamentos diversos a los sostenidos originalmente. La mediación no sería ya el mecanismo de descongestión provisional que se elegía para paliar los padecimiento de un Poder Judicial colapsado mientras se avanzaba en otras reformas de fondo. Ahora el instituto analizado era algo diverso: un *mecanismo de acceso a la justicia* que debía ser preservado como tal, con independencia de lo que se haga en el ámbito judicial.

La nueva línea de apoyo del sistema de mediación ya venía siendo sostenida por sus promotores, preocupados con razón por la identificación de un motivo que permita profundizar el camino iniciado, alejándolo de la visión original que se tuvo del mismo, al pensárselo como un mecanismo de emergencia, provisional y de descarga. Incluso la Corte Suprema había incluido a la mediación dentro de su conocido Mapa de Acceso a la Justicia, creado por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia[5] para identificar el grado de avance de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en las distintas jurisdicciones del país.

Claro que para sostener que un mecanismo de "descongestión de la Justicia" es, a la par, un instrumento de "acceso a la Justicia", hay que definir cuidadosamente, en una y otra expresión, qué es aquello a lo que nos referimos cuando hablamos de "Justicia".

---

[4] *Antecedentes* ..., cit. p. 251.

[5] La Comisión Nacional de Acceso a la Justicia (http://www.cnaj.gob.ar/cnaj) fue creada por la Corte Suprema de la Nación en septiembre de 2007 (acordada CSN n° 37/07) y tiene a su cargo promover e incentivar el acceso a justicia a través de métodos alternativos de resolución de controversias, disminuir la litigiosidad judicial y optimizar el servicio de Justicia que se brinda a los ciudadanos en todo el territorio argentino.

Una premisa inicial para enfrentar el dilema es relativamente sencilla de sostener: basta con afirmar que la "justicia" intrínseca o material no sólo se puede obtener en el Poder Judicial. O, lo que es lo mismo, que es posible arribar a soluciones equitativas acudiendo a mecanismos diversos de resolución de disputas. Siguiendo esa obvia reflexión, es fácil concluir que la noción de "acceso a la justicia" no puede ser equiparada a la de "acceso al Poder Judicial". Lo contrario, equivaldría a propiciar la judicialización de todo conflicto como principio de política pública, lo que nadie está dispuesto a sostener. Semejante distorsión en la visión del acceso a la justicia (que se ha sintetizado en la idea de "un conflicto = un litigio") sólo puede ser tomada como un modelo de análisis abstracto; es decir, como la construcción de una visión extrema de la que cualquiera se aparta apenas es enunciada o descripta, a efectos de explicar más adecuadamente el fenómeno estudiado. Pero no es más que eso, ya que se trata de un extremo que nadie afirma como un objetivo valioso o siquiera posible, por más que haya quienes crean que esta vocación de ver "un juicio para cada conflicto", subyace en nuestra "cultura del litigio"[6].

Pero la idea de que la garantía de acceso a la justicia no puede ser confundida con la promoción de la judicialización de toda contienda, premisa sobre la que -reitero- nadie puede estar inteligentemente en desacuerdo, no soluciona el problema enunciado, sino que se limita a describir una obviedad. Lo que interesa en cambio es verificar si de dicha premisa puede concluirse que la mediación es un instrumento de acceso a la justicia.

En otros términos: una cosa es afirmar que "acceso a la Justicia" y "acceso al Poder Judicial" son nociones distintas, y otra es sostener, a partir de allí, que auspiciar el "acceso a medios alternativos de resolución de disputas" como la mediación equivale a propiciar el "acceso a la justicia". Entendemos que equiparar el "acceso a la justicia" con el "acceso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos" es tanto o más absurdo que igualar las nociones de "acceso a la justicia" y "acceso al Poder Judicial".

Antes de avanzar en el examen de este dilema, podemos recopilar lo hasta aquí expresado señalando que: 1) la mediación, originalmente instaurada en

[6] "La óptima directriz desde la cultura del litigio sería lograra el máximo posible de litigiosidad, en que la correlación entre agravio a un sujeto de derecho e intervención jurisdiccional fuera de uno a uno. Dicho 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" (HIGHTON, Elena I., "La mediación como método de resolución de conflictos", cit., p. 23.

Argentina como un dispositivo de descongestión, ha pasado a ser valorado sobrevinientemente por las autoridades como un mecanismo de acceso a la justicia; 2) con este justificativo el sistema analizado pasó a consolidarse como un instrumento final de política pública de inclusión social, y no como un analgésico provisorio para paliar la emergencia infraestructural del Poder Judicial; 3) la descongestión del Poder Judicial sigue siendo considerado una finalidad valiosa de la mediación, aunque entendiéndosela compatible con el propósito de acceso. Lo que corresponde verificar es si dichas percepciones son correctas.

Dejando a un lado algunas valiosas experiencias recientes, como los diseños de mediación comunitaria (en los que existe una marcada impronta de acercamiento a grupos vulnerables y a la solución de controversias convivenciales o coexistenciales)[7], cabe que nos preguntemos si entre el modelo general de mediación prejudicial civil consagrado en 1995 y el actual (vigente a partir de 2010), han existido cambios significativos al diseño que expliquen el aludido cambio de los objetivos con los que se ha justificado la instauración de este mecanismo prejudicial obligatorio.

La respuesta al interrogante es, a nuestro juicio, negativa. Pese a que la sanción de la ley 26.589 ha buscado perfeccionar el funcionamiento del sistema de mediación, no vemos que existan novedades en dicha norma que permitan hablar de un cambio significativo en los propósitos del sistema. Lo que sí ha variado es la percepción general de las autoridades acerca de las razones por las que cabe auspiciarlo. Ahora bien, para lograr que la mediación verdaderamente constituya un mecanismo de acceso a la justicia (aun aceptando una acepción amplia de este concepto, que desborde la idea de "acceso al Poder Judicial"), no basta con cambiar

[7] Se trata de un modelo gratuito y voluntario de solución alternativa basada en la proximidad de la estructura de mediación y en la especial informalidad con la que son resueltas ciertas controversias coexistenciales o vecinales. En la órbita **Nacional**, el Ministerio de Justicia de la Nación presta este servicio a través de los Centros de Acceso a la Justicia distribuidos en algunas ciudades del país (puede verse el elenco vigente de Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación, en http://www.jus.gob.ar/accesoalajusticia/caj/centros.aspx).

Muchas provincias también vienen avanzando en este camino. Al sólo título ejemplificativo, puede mencionarse la experiencia de la **Ciudad de Buenos Aires** que brinda el servicio a través de los 16 Centros de Gestión y Participación Comunal ubicados en los distintos barrios de la ciudad, en los que se abordan problemáticas variadas, que incluyen temas vecinales, uso indebido es espacios públicos, conflictos referidos a consorcios de propiedad horizontal, etc. También en la **Provincia de Buenos Aires** se encuentra en fase de implementación el programa de "Composición Vecinal" organizado por el Ministerio de Justicia, con la cooperación de los Colegios de Abogados de los departamentos judiciales en los que el servicio sea prestado. A través del mismo se busca una servicio voluntario y gratuito de mediación a las personas o instituciones que enfrentan un conflicto de convivencia vecinal, que mantiene las características generales de confidencialidad e informalidad.

el discurso con el que se justifica la decisión de política pública, sino que es necesario además plasmar esta meta en el funcionamiento concreto del sistema.

Para ello, no es suficiente consagrar un mecanismo cercano, relativamente económico y flexible para acercar a las partes y asistirlos en la composición de sus diferencias. Esas características del sistema pueden transformarlo en un diseño auspiciable, pero no necesariamente en un dispositivo de Acceso a la Justicia. Para ser entendido como tal, el régimen instaurado no debería desentenderse de factores como: a) la ruptura de la desigualdad material que las partes portan consigo al dirimir una contienda y que inciden seriamente en el proceso de negociación (por ejemplo, diferencias económicas, culturales, educativas, obstáculos para el acceso a la información, capacidad de esperar las resultas de un pleito extenso y costoso, etc.); y b) la justicia intrínseca del resultado final del proceso de mediación.

La aclaración conceptual que se propicia es necesaria por dos razones fundamentales. La primera, es que la eficacia de toda política pública debe ser evaluada teniendo en cuenta los propósitos para los que se implementó, por lo que precisar adecuadamente sus cometidos constituye un requisito *sine qua non* para verificar si la misma se justifica o es necesario reformularla. En segundo lugar, porque uno de los objetivos fundamentales de las modernas investigaciones sobre los mecanismos de resolución de controversias ajenos al Poder Judicial, es precisamente discernir si los sistemas analizados constituyen o no prácticas que coadyuvan al acceso a la justicia. Es por ello precisamente que el CEJA pretende evaluar el caso argentino en materia de mediación dentro de su programa de investigaciones sobre mecanismos alternativos para favorecer el “acceso a la justicia” en América Latina.

No vemos que la mediación prejudicial obligatoria diseñada en Argentina logre los objetivos previamente identificados como necesarios para poder incluir a un instrumento dentro del elenco de medios de acceso a la justicia; o, mejor dicho, no parece siquiera que la persecución de dichos cometidos predomine en la implementación del sistema. Ello no importa un demérito para la mediación, sino simplemente una precisión que la aleja del elenco de mecanismos prioritariamente ordenado a permitir el acceso a la justicia de grupos postergados de la sociedad (sea que entendamos a esta noción en un sentido restrictivo o amplio).

Respecto de la superación de los obstáculos materiales de acceso, cabe advertir que las partes llegan, transitan y salen del proceso de mediación en la

misma posición de desigualdad que traían al ingresar. El mediador debe conservar un papel neutral que ni jueces tienen, por lo que no está dentro de sus cometidos re-balancear los típicos obstáculos de acceso (diferencias económicas, de acceso a la información, etc.) ni desarrollar acciones positivas que mejoren esos factores[8]. Los verdaderos mecanismos de acceso a la justicia no pueden permanecer ajenos a las desigualdades materiales evidenciadas por las partes, y deben propender a superarlas mediante acciones positivas que traten de modo diferente a quienes están en condiciones materiales diversas[9]. Por ello es que las conocidas Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia[10], incorporan a los MAPJ (entre ellos: la mediación) como instrumentos que pueden contribuir en tal sentido, pero para ello no basta que sean un instrumento de descongestión, sino que deben tender a "mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad" (sección 5°, art. 43). Parte de los programas de mediación comunitaria desarrollados en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación y de algunas provincias argentinas, parecen estar enderezada en esta línea, pero no la mediación prejudicial civil y comercial que venimos analizando.

Tampoco interesa sustancialmente en los regímenes generales de mediación la justicia intrínseca del resultado final. Las pocas herramientas a través de las cuales se pretende supervisar la equidad de los acuerdos, como la homologación judicial de los convenios que atañen a menores (régimen nacional) o la regla general estatuida para todas las transacciones concluidas en la Provincia de Buenos Aires, no alcanzan para desmentir la afirmación inicial. En primer lugar, porque el examen de la justicia intrínseca del acuerdo es imposible sin que exista un dispositivo racional para determinar la plataforma fáctica de la contienda, que en nuestro sistema sólo puede tener lugar mediante el desarrollo de un proceso probatorio constitucionalmente aceptable y ajeno a la celeridad y confidencialidad

[8] Sostiene en tal sentido Elena HIGHTON: "El mediador no 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 desaconsejado a ambas partes que se asesoren jurídica o técnicamente, indicándoles que busquen más información fáctica o recomendándoles que acudan con patrocinio letrado si no lo tienen" (HIGHTON, Elena I., "La mediación como método de resolución de conflictos", cit., p. 36.

[9] La desigualdad material de las partes es destacada en general como la debilidad de todo mecanismo alternativo de resolución de conflictos. V. FISS, Owen, "Against Settlement", en *The Yale Law Journal* vol. 93, n° 6, 1984, pp. 1073-1090 (v. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/againstsettlement.pdf); OTEIZA, Eduardo, "Puntos de vista ..." cit., cap. 4.

[10] "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Su texto oficial puede encontrarse en: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110. La Corte Suprema de la Nación adhirió a las mismas mediante Acordada 5/2009, del 24 de febrero de 2009.

impuesta en este ámbito. Diseñada como está, la homologación judicial sólo podría en la práctica impedir que se consoliden acuerdos cuyo desequilibrio sea tan notorio que no se necesite ir más allá de sus palabras para apreciarlo, lo que atenúa seriamente la eficacia del control ejercido. En tercer lugar, porque en nuestro régimen sustantivo, la justicia de un acuerdo no es condición arribar a una transacción sobre derechos disponibles, por lo que imposiciones genéricas de revisión axiológica de los acuerdos como la prevista en la Provincia de Buenos Aires resultan difíciles de compatibilizar con la Constitución Nacional.

III. CONCLUSIÓN.

En síntesis, puede compartirse la idea de que no es únicamente en el Poder Judicial donde pueden encontrarse respuestas para la restauración de desigualdades o para la vigencia efectiva de los derechos conculcados. Lo que no convence es la tendencia a considerar que un dispositivo que se desentienda de estas metas, pueda ser considerado un mecanismo de “acceso a la justicia”. Sin estas finalidades, por más que el dispositivo analizado pueda servir a propósitos relevantes, como lo es el de brindar soluciones rápidas y económicas a cierto tipo de controversias (efecto indudablemente logrado por la mediación cuando se arriba a un acuerdo o cuando se desiste de accionar por comprender la sinrazón del reclamo), no puede afirmarse que, además, sirvan para garantizar el acceso a la justicia (aun interpretando este concepto en un sentido amplio). Ello -repito- no implica un menoscabo para la mediación, que no tiene por qué ser un mecanismo de acceso a la justicia para ser considerado una herramienta auspiciable de política pública. Lo que no parece adecuado es seguir promoviéndoselo como tal, si no tiene dichos cometidos. No se nos escapa que la opinión que aquí se expone es minoritaria en la Argentina, ya que tanto la doctrina especializada como las autoridades públicas son contestes en considerar a la mediación como un instrumento de acceso a la justicia, por las razones que han sido anticipadas. Las bases para llegar a dicha conclusión, por los motivos explicados, no llegan a persuadirnos.

En otras palabras: la mediación tiene ventajas en sí mismas suficientes para ser promocionada como mecanismo valioso de solución de conflictos, sin necesidad de afirmar que se trate de un mecanismo de acceso a la justicia. En primer lugar, es un sistema más cercano, flexible y ágil de solución de controversias. En segundo

término, tiene aptitudes cualitativas diferenciales que resultan especialmente atractivas cuando la contienda versa sobre conflictos coexistenciales, ya que permite penetrar en facetas de los conflictos que muchas veces resultan opacados (o directamente relegdos) en la discusión judicial. El proceso judicial, como es sabido, está sometido a reglas procesales que buscan concentrar el debate en aquellos hechos relevantes para solucionarlo desde una perspectiva estrictamente normativa, con reglas de debate preclusivas, todo lo cual supone muchas veces relegar la discusión sobre circunstancias vivenciales, humanas, etc., que han propiciado el conflicto, pero que pueden ser intrascendentes para solucionarlo jurídicamente. La mediación tiene en estos casos un papel cualitativo diferencial a cumplir. En tercer término, en caso de actuar satisfactoriamente sobre el conflicto para desactivarlo razonablemente, la mediación produce una descongestión en el sistema judicial, al menos respecto de las contiendas que -de no haber transitado por ese medio- habrían culminado en la Justicia.

Estos últimos son los verdaderos fundamentos de la mediación y, según creemos, son suficientes para promover su utilización, por más que no se trate -según entendemos- de un mecanismo de acceso a la justicia propiamente dicho, del modo en que ha sido estructurado en nuestro país.