

COMISION N°1

Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos

TEMA: El abogado negociador y el rol de la Universidad.

AUTOR: Juan Carlos Pandiella Molina

Dirección postal: Jujuy 455 – sur – Edificio Sigma III – 3er piso dpto. E- CP.
5400

Teléfono: 264 4391195

Dirección electrónica: dricpm@yahoo.com.ar; icpandiella@gmail.com

Breve síntesis:

Nos proponemos realizar un breve análisis de la situación de los abogados que ejercen la profesión liberal y los que cumplen funciones en la magistratura en relación a esta alternativa de solucionar los conflictos como es la mediación.

Su conceptualización, antecedentes históricos y en otros países. La situación en nuestro país.

Por último, consideramos que en las Facultades de Derecho, debe generarse esta modalidad que no se contrapone con la jurisdicción, sino que es una manera diferente de abordar el conflicto. Dejando a salvo, hay cuestiones que por su naturaleza de manera alguna pueden ser Mediabiles, es decir necesitan de una resolución Judicial; pero una gran mayoría se solucionan por medio del entendimiento entre las partes, donde el asesoramiento del letrado capacitado en la mediación es de gran relevancia.

1.-Introducción.

Agradecemos desde ya a los organizadores de este prestigioso evento, en especial a los Drs. Angela Ledesma y Jorge A. Rojas, que en su visita a nuestra querida Provincia de San Juan, con motivo de las Jornadas Preparatorias (que fueron un éxito rotundo) contagiaron a todos su entusiasmo para participar en este Congreso.

En una de las tantas charlas surgió el interrogante ¿tenemos los abogados la preparación científica para ser mediadores? ¿nos prepararon en la Universidad al respecto? Lamentablemente, la respuesta fue negativa.

En lo personal, por haber trabajado en tribunales mientras estudiaba, algo había escuchado, pero la información al respecto, en honor a la verdad era casi nula. Tuve conocimiento de la mediación, gracias a una compañera de trabajo, la Dra. Delia Quintar de Massara, que tomo con pasión el tema tanto que fue una de las impulsoras en la Provincia de San Juan, que se sancionara la Ley de Mediación (7454), abocándose a la reglamentación de la misma en el ámbito del Poder Judicial , lo que posibilito el funcionamiento del Centro Judicial de Mediación del que fue su directora hasta mediados del año pasado, por acogerse a los beneficios jubilatorios.

Luego de esta breve digresión, nos centremos en el tema, al revisar algunos programas analíticos de las distintas cátedras de Derecho Procesal Civil y de Práctica Procesal Civil, nos encontramos que en algunos se estudia la mediación muy escuetamente, solo porque se encuentra establecido en los distintos códigos de procedimiento.

Ante ello, nuestro objetivo en esta ponencia es que los destacados titulares de cátedras presentes en este Congreso tomen conciencia de la importancia de esta herramienta y lo transmitan a sus alumnos, formándolos no solamente para el litigio sino también para mediar, si es posible, en una etapa prejudicial, sino en cualquier oportunidad una vez que se haya iniciado un proceso judicial.

Estimamos que la labor del **abogado como negociador**, puede tener como resultado una mejor y más efectiva justicia, recordando el viejo lema “que si la justicia es lenta, deja de ser justicia”.

2. Mediación.

Como señala Lezcano¹, las formas de resolver conflictos han sido variadas en la historia de la humanidad. Desde aquellos inicios donde la capacidad del más fuerte resultaba el orden imperante en determinar la solución de una disputa hasta sofisticados sistemas de resolución de conflictos vía Internet, se podría hacer un extenso recorrido del desarrollo de los medios de los que disponemos. Es así que, desde las primeras manifestaciones de organización social -como puede ser una tribu o una pequeña comunidad-, el interés y cuidado en encontrar formas de contener un conflicto y establecer mecanismos para resolverlo, ha sido prioritario en cualquier tipo de estructura social. Básicamente, el interés se encuentra en cuidar y controlar que un determinado conflicto entre dos o mas actores sociales (individuales o colectivos), no se extienda y afecte al resto de los integrantes, tornándose de una dimensión tal, que pudiese en riesgo la misma organización social. Así podemos encontrar formas sociales de resolución de conflictos, centradas en buscar canales de resolución que no agredan el tejido social. Por la forma y dinámica que la Mediación propone como medio, la identificamos como una de estos medios.

2.1. Breves antecedentes.

Es menester aclarar, en atención al auge que está tomando el instituto de la mediación como “método alternativo novedoso” para la solución de conflictos, controversias o litigios, que estos no son tan novedosos como se nos pretende inducir. En honor a la verdad, como ya lo señalaba Jorge Rojas al presentar su ponencia en el XVII Congreso del Derecho Procesal del año 1993, sino que todo lo contrario, datan de tiempos inmemoriales.

Así, Lezcano señala, que podemos mencionar que en la Antigua China, se enmarcan en su filosofía Oriental los Comités Populares de Conciliación en la República Popular China. En la República Popular China, a través de la institución de los Comités Populares de Conciliación, la mediación a gran escala se continua ejerciendo en la actualidad, y en el

¹LEZCANO, José María; “ Mediación: una práctica profesional. Anotaciones a la ley de mediación bonaerense”; LLBA2012 (octubre), 937

sistema legal chino se concede una importancia considerable a la autodeterminación y a la mediación.

En general puede reconocerse la importancia de la autodeterminación y conciliación en el sistema legal Chino (Ginsberg, 1978 cfr. Folberg y Taylor) así como la consideración que la persuasión moral y el acuerdo son pilares para logra la resolución óptimas de desavenencias (Cohen, 1966 cfr. Folberg y Taylor, 1997).

También podemos encontrar coincidencias en las costumbres japonesas. Un claro reflejo de lo comentado ha sido expuesto por el profesor Yashuei Taiguchi en las conferencias brindadas en el marco del International Council for Commercial Arbitration ("ICCA.") de 1996, sobre la evolución histórica de los diversos mecanismos de solución de controversias en Oriente, expresando: "...un típico ejemplo es Japón, en donde, bajo el régimen feudal que duró por más de 250 años hasta 1868, no existía ejercicio del Derecho permitido; había un fuerte sistema comunal para promover la amigable conciliación de las disputas y eliminar el litigio. Litigar estaba condenado como una falta moral hacia la sociedad y hacia la otra parte. No se suponía que un buen juez dictara sentencia sino que intentara alcanzar una buena conciliación. Esta tradición estaba profundamente arraigada en la mente del pueblo y formó la cultura de resolución de disputas en Japón. Los cambios políticos y económicos radicales que tuvieron lugar en los últimos 100 años han ciertamente afectado esta cultura, pero ella persiste en muchas formas perceptibles"

En partes de África existía la costumbre de reunirse en asamblea o juntas de vecindario, las que podían ser convocada por cualquier contendiente o vecino, para que una personalidad respetada o autoridad actuara como conciliador y los ayudara a resolver la disputa.

Se puede mencionar también que la iglesia y los templos desempeñan un papel destacado en la resolución de conflictos entre sus miembros. En el Nuevo Testamento se menciona que Pablo se dirigió a la congregación en Corinto pidiéndoles que no resolvieran sus desavenencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corinto 6. 1-4). También se pueden nombrar el perdón, la reconciliación y la comunidad como valores religiosos destacados.

También grupos étnicos y religiosos, han establecido sus propios sistemas alternativos para resolver disputas, con lo cual pretenden eludir la imposición de los valores gubernamentales de la mayoría y conservar sus propios medios de resolución de conflictos. El Beth Din Judio es un consejo formado por un grupo local de rabinos que ha existido con este propósito durante muchas generaciones y circunstancias.

La necesidad de resolver conflictos sin la imposición de una autoridad externa ha sido un interés compartido por grupos de mercaderes, gremios comerciales, gitanos, e incluso por el crimen organizado. La resolución de conflictos interpersonales y comerciales entre miembros de un grupo con la asistencia de terceras partes, respetadas del mismo grupo, es una manera de conservar la independencia y establecer normas.

El destacado doctrinario Rojas, citaba como ejemplo de ello, un trabajo de las Dras. Alvarez y Highton², en donde señalan concretamente al referirse a la mediación que "...nació con la vida del hombre en sociedad", y a continuación agregan: "lo que sucede es que hace algunas décadas apareció una nueva idea sobre la mediación que implica principios técnicos, conocimientos y habilidades del mediador, y normas éticas para su ejercicio".

En esa misma ponencia, se señalan ejemplos elocuentes, como el Tribunal de la Aguas de Valencia, España, que desde 1239 media entre los campesinos para regular el tipo de conflicto más importante y constante en aquélla región, que es el uso del agua. Como así también, "que sin perjuicio de que pueda plasmarse como un convenio entre partes, y así tener fuerza vinculante, en la mediación, el mediador no actúa como juez, ni tampoco tiene fuerza o autoridad para imponer una decisión."

Es decir, que la tarea del mediador debe consistir en enfrentar a las partes y utilizar técnicas que le permitan escucharlas, cuestionar sus posturas, crear opiniones, negociar tratando de permitir que las partes se sientan ayudadas para alcanzar la propia composición de sus derechos.³

² Revista Libro de la Fundación Mitre - Año 1, n°1, p.9

³ Rojas, Jorge A.; "El abogado negociador", Ponencia presentada en XVIII Congreso del Derecho Procesal del año 1993

No se utilizan en este supuesto, procedimientos formales como los que existen en el proceso judicial, como por ejemplo el procedimiento probatorio, por el contrario, señalan las mismas que en el ánimo del mediador debe existir el estímulo a las partes para ayudarlas a resolver su conflicto, sintiendo que ambas ganan de ese modo.

Para indicar la contundencia de la identificación que hace Mariscal⁴ del mecanismo en cuestión, cuando señala que “el mediador opera como un facilitador de luz en el campo tenso y brumoso de las posiciones enfrentadas, irreductibles, temerosas de perder.”

2.2. ¿Qué es mediar?

Entre las siete acepciones que nos da el diccionario de la Real Academia Española (versión digital)⁵, nos pareció apropiado citar las siguientes tres:

1. intr. Llegar a la mitad de algo. .
2. intr. Interceder o rogar por alguien.
3. intr. **Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.**

Por nuestra parte, entendemos que se puede ver a la mediación en un sentido amplio y en un sentido estricto.

Así, en un sentido amplio, hablamos de mediación cuando nos referimos al uso de técnicas y herramientas propias del método, y que se manifiesta en las intervenciones que un tercero tiene frente a una disputa determinada. Hasta puede ocurrir que las partes ni siquiera convoquen a tal tercero para ayudarlas, sino que su presencia e intervención se deba a otros motivos (afecto, interés superior, normativa de actuación, etc.). Pero el uso de las técnicas, procedimientos y destrezas del tercero, hacen que nos encontremos ante una mediación en un sentido amplio. Aquí, el concepto de "caja de herramientas" que encierra la mediación, es el que hace referencia a las distintas habilidades, capacidades y destrezas que aporta el método, sirven para orientar la resolución de conflictos.

⁴ Enrique Mariscal, Revista Libro de la Fundación Mitre - Año 1, nº1, En nota 1, p.6., citado por Jorge A Rojas en ponencia “El abogado negociador”

⁵ www.rae.es

Por su parte, hablamos de mediación en un sentido estricto, cuando estamos frente a un procedimiento estandarizado, donde interviene un tercero mediador que además de estar capacitado, se encuentra habilitado por una autoridad específica. Al mismo recurren las partes para tratar un conflicto, y éste lleva adelante un procedimiento pautado para trabajar en la búsqueda de una resolución. En términos específicos, nos referimos a la mediación que surge del ordenamiento jurídico.⁶

En el excelente trabajo, al que hicimos referencia anteriormente, Lezcano cita la definición de algunos autores; como por ejemplo, Rubén Calcaterra considera que mediación **"es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de la misma"** (Calcaterra, 1995, Cfr. Calcaterra, 2006); por otra parte, las mediadoras Caram, Eilbaum y Risolía (2006) exponen que es **"el Proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos"** o también se puede mencionar la definición de las Dras. Highton y Álvarez (1995) para quienes mediación **"es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable."**

En la doctrina internacional la definición de Folberg y Taylor para quienes mediación es **"el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades"** y la de Christopher Moore, para quien **"La mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder**

⁶ LEZCANO, José María; " Mediación: una práctica profesional. Anotaciones a la ley de mediación bonaerense"; LLBA2012 (octubre), 937

autorizado de decisión, para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable".

En todas estas definiciones podemos encontrar los siguientes puntos coincidentes: la necesaria calidad de neutralidad en el tercero que interviene en el conflicto, el cual no tiene autoridad decisional, cuya función es ayudar a las partes analizar el conflicto que las vincula, mejorar la comunicación entre ellas, gestionar el conflicto para que logren encontrar soluciones que resulte objetivamente ventajosa para ambas, y que esta solución que logren satisfaga subjetivamente sus intereses y necesidades.

Los principios que configuran el instituto de la mediación, en su proceso son determinantes: 1) la confidencialidad; 2) la voluntariedad; 3) la flexibilidad o informalidad del procedimiento; 4) la presencia de un mediador neutral e imparcial; 5) la conducción de las partes a un comportamiento colaborativo; 6) la orientación a las partes a poner la mirada en el futuro; 7) buscar la autocomposición del conflicto.-

En este estadio, nos parece interesante citar las conclusiones a las que arribaron alrededor de noventa (90) mediadores, Primer Encuentro de Mediadores Prejudiciales de la Provincia de Buenos Aires⁷, reunidos en Santa Teresita, los días 21 y 22 del mes de septiembre de 2012, que a continuación se detallan:

- a) El acuerdo en la mediación, no es para el mediador, sólo un dato estadístico, no es sólo una forma de "aliviar" el trabajo tribunalicio. Significa un camino recorrido por todos los que han intervenido en el proceso: partes, letrados y mediadores.
- b) Arribar a un acuerdo significa, para las partes, haberse dado la oportunidad de poder hablar de su conflicto, de ser escuchado y escuchar, de ser legitimado y legitimar. De haberse dado la oportunidad de buscar en conjunto una solución que fuera beneficiosa para todos los involucrados.
- c) El acuerdo logrado en mediación es para el letrado interviniente la reafirmación de su rol como consejero para su cliente. Un acuerdo logrado en mediación es para un abogado, un triunfo tan grande como una sentencia

⁷ Conclusiones Primer Encuentro de Mediadores de la Provincia de Buenos Aires; Sup. Act. 15/11/2012, 15/11/2012, 1 - LLBA2013 (abril), 237. Cita Online: AR/DOC/5422/2012

favorable, pues no sólo ha logrado plasmar un beneficio para su cliente, sino que además, lo ha logrado en un tiempo y a un costo que seguramente superará la expectativa de cualquier juicio.

d) El acuerdo para el mediador es un logro, porque denota que logró abrir un espacio de diálogo, donde las partes pudieran apropiarse de su conflicto, donde se sintieran respaldados por sus letrados, y aún respaldados por un sistema jurídico al que sabían que podían acudir de ser necesarios, pero que, en esta oportunidad, comprendieron que ellos tenían una mejor alternativa e hicieron uso de ella.

e) Pero aún cuando el acuerdo no llega, si las partes se retiran habiendo analizado opciones y alternativas, habiendo podido escucharse, analizando los pro y los contra de un acuerdo en esta etapa, y deciden, con una mejor comprensión de la que tenían antes de comenzar la mediación, entonces, para el mediador, eso también es un logro, pues pudo cumplir su función.

3. La Mediación en Argentina

Nos enseña Lezcano, que en nuestro país, a principios de la década de 1990 se puso en marcha el proyecto de Mediación en Argentina. Mediante Resolución 297/91 del Ministerio de Justicia de la Nación (hoy Minis. De Justicia y Derechos Humanos) se crea una Comisión de Mediación encargada de poner en marcha el plan o programa Nacional de Mediación.

Posteriormente, a través del decreto presidencial 1480/92 se la declara de interés nacional este medio, se dispone la creación de un Cuerpo de Mediadores, una Escuela de Mediación y la realización de una prueba piloto en el ámbito de la Capital Federal. Finalmente, se sanciona la ley 24.573 (B.O. 27/10/1995), comenzando a regir en la Justicia Nacional y Federal Civil y Comercial a partir de 1996. Esta ley tuvo una serie de leyes que prorrogaron el tiempo de su obligatoriedad, siendo su última modificación a través de la ley 26.589, que además de establecer un sistema específico sobre la mediación en temas de familia (Art. 30 y ss).

El ámbito laboral también fue incluido en la implementación de medios de resolución "alternativa" de conflictos, pues mediante la ley 24.635 (B.O. 03/05/1996) se establece el Servicio de Conciliación Laboral Prejudicial Obligatoria (SECLO).

Fuera de la Mediación en un sentido estricto, pero desde las perspectivas de resolución de conflictos que los sistemas auto-compositivos, en base a la informalidad, agilidad, menores costos y muchas veces, grados de satisfacción diferentes al sistema del proceso judicial, podemos mencionar las formas de conciliación en aspectos tales como defensa del consumidor, las mencionadas instancias administrativas de conciliación en temas laborales, las estrategias que proponen el Defensor del Pueblo, entre otros. Incluso dentro del propio sistema judicial se encuentran formas conciliatorias, como el caso del proceso de Familia y las audiencias previas a la apertura a prueba de procesos laborales.

Distintas provincias Argentinas han seguido la orientación del Poder Judicial Nacional, incorporando en sus ordenamientos a la Mediación como medio de resolución de conflictos. Ello se ha realizado, sea a través de leyes especiales, así como también los poderes Judiciales han propiciado su implementación a través de Acordadas de las Supremas Cortes provinciales.

4. Conclusiones:

Consideramos que si bien la mediación no es la panacea posee grandes beneficios. Así, siguiendo el pensamiento de Lezcano⁸, podemos señalar que en relación a las partes, procura la autonomía de la voluntad, una individualidad que tenga en cuenta al otro, y que las empodere en las actitudes de las mismas a hacerse cargo de la relación conflictiva y participar en la solución del problema. También, la confidencialidad es una ventaja significativa, principalmente en relación a determinados tipos de conflictos, donde la exposición, los temas que se tratan o los términos precisos de la solución, sean necesarios que queden en el ámbito privado de las partes y el mediador. La flexibilidad del proceso y su informalidad también es otra ventaja que debe mencionarse, en tanto permite a las partes una agilidad y dinámica adecuada para abordar sus conflictos. Además, debemos mencionar los menores costos que implica la mediación, en comparación con el proceso judicial. Ello en tanto a lo que se refiere a costos económicos,

⁸ LEZCANO, ob. cit.

ahorro de tiempo, así como también menores costos emocionales que implican las tensiones de estar en un juicio.

Por otra, parte n relación a los abogados, la mediación tiene como ventajas la posibilidad de resolver en menor tiempo mayor cantidad de asuntos; le permite dividir su actividad profesional en el asesoramiento de su cliente, y en la participación directa en el momento específico de negociar opciones y resolver la disputa. Por otro lado, implica ciertamente menores gastos de justicia, la posibilidad de estimular capacidad del trabajo interdisciplinario, así como también el desarrollo del pensamiento lateral, creativo, y el aumento del cúmulo de herramientas y estrategias de negociación, entre otros.

Para el sistema judicial, las ventajas del método se pueden ver en la ayuda al descongestionamiento de los tribunales, favoreciendo el mejor aprovechamiento de recursos (humanos y materiales), agiliza y mejora la dinámica del propio sistema así como también permita la especialización del mismo, entre otros.

Finalmente, los beneficios que la mediación plantea a la sociedad está en el cambio de mentalidad, el cambio colectivo que persiga comportamientos más sociales de abordar disputas, que busque reemplazar la cultura del enfrentamiento y violencia, por otras que se interroga por otras alternativas, un reconocimiento del "otro" de una manera más integral, buscando en definitiva, reducir la violencia llegando a niveles más aceptables de paz social.

Consideramos que en las jurisdicciones en donde existe una ley que prevé la Mediación como una alternativa para resolver los conflictos, se impone que el abogado y todos los operadores del derecho entiendan que el conflicto existente entre las personas y la posibilidad de que entre ellas lo solucionen no es nada más ni nada menos que dar la participación a la ciudadanos en aras de ir generando la cultura de la pacificación y no seguir incentivando la confrontación, que cada día nos demuestra, se aleja de la realidad y la justicia.-

Por último, en nuestro humilde conocimiento, propugnamos que en las Facultades de Derecho, debe generarse esta modalidad que no se contrapone con la jurisdicción, sino que es una manera diferente de abordar

el conflicto. Dejando a salvo, hay cuestiones que por su naturaleza de manera alguna pueden ser Mediabiles, es decir necesitan de una resolución Judicial; pero una gran mayoría se solucionan por medio del entendimiento entre las partes, donde el asesoramiento del letrado capacitado en la medición es de gran relevancia.

DIOS LOS BENDIGA