

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión: “Derecho Procesal Civil y Comercial”

Subcomisión: “Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos”

Autores: **ROBERTO PEREZ CASCELLA**

Tema: **Mediación extrajudicial previa – Propuesta de debate para evitar el fracaso del sistema impuesto de resolución de conflictos.**

Dirección Postal: Balcarce 109 - Rosario CP 2000

Teléfonos 0341 4263810 / 251365

Email: perezcascella@arnet.com.ar

Breve Síntesis:

La generalización en la instauración de la mediación previa extrajudicial en diferentes ordenamientos provinciales genera rechazos de letrados y tibias aprobaciones de la ciudadanía. La carencia del conocimiento de la teoría del conflicto, la inobservancia del principio de igualdad de armas y la tan difundida escasa retribución de los profesionales partícipes atenta contra su positiva implantación, debiendo reformularse su procedimiento para superar los inconvenientes de la imposición.

Sumario:

I.- ¿Es un método alternativo la mediación obligatoria?

II. Qué hacer cuando el proceso de mediación suma al peldaño de obligatoriedad

II.1. Comprensión de la teoría del conflicto

II. 2. Aplicación del principio de igualdad procesal o igualdad de armas

III. Corolario

I.- ¿Es un método alternativo la mediación obligatoria?

La temática convocante del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal incita a pensar los “nuevos sistemas de resolución de conflictos” como elementos orientadores del servicio de justicia al ciudadano, una constante preocupación de los jueces, letrados y demás actores del servicio de justicia.

Hablar de nuevos sistemas de resolución de conflictos no es lo mismo que invocar “*métodos alternativos de resolución de conflictos*” como se los conoce por reiteración académica. La terminología optada por la doctrina mayoritaria a lo largo de estos años no ha sido en vano, ya que ha sido instrumento útil de justificación de la emergencia judicial, imponiéndose la obligatoriedad de la mediación como sistema alternativo, sin constituir una variación optativa con el arbitraje y la negociación al justiciable

Es válido recordar que la locución “*alternativo*” deriva de alternar (del lat. *alternāre*, de *alternus*, alterno)¹ que significa “variar acciones, decir o hacer a unas cosas, ya otras, que complementan a distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente”. Del análisis de su acepción se colige que el término permite poner en perspectiva la dimensión alternativa y en modo obligatoria que no lleva consigo el vocablo. He aquí que no es alternativa si no hay posibilidad de elegir.

La mediación, como así también el arbitraje, son sistemas de resolución de conflictos alternativos al judicial. Como tales, la doctrina ha reiterado que circulan por fuera de la estrictez dogmática del derecho de los ciudadanos a la obtención de tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos “bajo el libre acceso a jueces y tribunales, fallos motivados y la exigencia de su cumplimiento”, por ser una negociación asistida.²

1 Real Academia Española, 22ª Edición

2 Falcón Enrique. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni 2006, pág. 967; Highton Elena y Alvarez Gladis. Mediación para resolver conflictos. 2ª Ed. Ad Hoc. B.s. As. 1998; Lorenzetti, Ricardo. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Edit. Rubinzal Culzoni. 2015 Santa Fe, quienes establecen la naturaleza “no jurisdiccional” de la mediación obligatoria.

Los constantes e incesantes cambios de conductas de la sociedad, donde prima la precariedad laboral, la inestabilidad emocional, la concentración urbana, como así también las políticas erráticas en materia de convivencia social encuentran fiel reflejo en la multiplicación de juicios y contiendas judiciales. La dinámica de los conflictos sociales derivados de crisis económicas, políticas o sociales en nuestro país impactan en los distintos actores de la sociedad, requiriendo de los poderes del estado una modificando el ***statu quo*** de normas, estructuras y roles en procura de agilizar y dar pronta respuesta a la conflictividad.

En tren de ello los poderes públicos han encontrado en la mediación un medio de contención y satisfacción de dichas necesidades, descentralizando y desacralizando el proceso como modo de abordar la solución de conflictos derivados de la saturación judicial, entendiendo que se trata de una crisis que representa una seria amenaza a las estructuras básicas y normas fundamentales del sistema judicial, y por ende del servicio de justicia.

Si bien en sus comienzos los ataques a la constitucionalidad de la mediación como método de resolución de conflictos impuesto fueron numerosos, han sido desestimados por el máximo órgano judicial nacional, quedando el debate fuera de las esferas tribunalicias.³

Bajo estas premisas acuciantes surge una justicia co-existencial como dijera el maestro Berizonce⁴, una cultura alternativa en contraposición con la cultura de los derechos, una proliferación en las políticas judiciales con instrumentos alternativos de composición de controversias que constituyen una tendencia irreversible en todos los sistemas. Lo que fuera primero en controversias de menor cuantía para posibilitar el acceso más amplio de la población a la justicia, prontamente se extendió a todo tipo de controversias.

¿Cuál ha sido el motivo que solo algunas provincias como medio de modernización del estado hayan establecido la obligatoriedad de la mediación previa y otros no?

3 CSJN Fallo "Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter s/ sumario" del 27/09/2001 T. 324, P. 3184 y ED. 08-02-02, nro. 51.260 que convirtieron al método en una conducta incuestionable desde el punto de vista jurídico.

4 Berizonce, Roberto. Sistemas alternativos de resolución de conflictos. Edit. Rubinzal Culzoni. 2010-2, pág. 241 y sgtes.

Las respuestas tienen diversas paternidades, sea quien las esgrima desde los poderes provinciales de acuerdo a su realidad geográfica y social.

Decía el constitucionalista español Tomás y Valiente en su conferencia Buenos Aires hace más de una década que *“No hay Dogmática sin historia. O no debería haberla, porque las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y como consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”*.⁵

Y aquí la historia quizá nos esté marcando – con sus estadísticas, resultados y escaso éxito - que se ha llegado demasiado pronto en la búsqueda de descomprimir a los poderes judiciales. Se han modificado *“las reglas del pleito”* imperantes por centurias a través de una extensa doctrina, conducta judicial y consenso social en el procedimiento civil europeo continental, con nuevas reformas al procedimiento - con mayoritario rigorismo de una audiencia preliminar - , y previo a esta un método de mediación, cristalizando la autocomposición privada previa, metodológicamente obligatoria, que conlleva un cambio de paradigmas y costumbres en los operadores judiciales que valga esta pequeña reflexión... no estábamos preparados.

Entonces, esa precalificación se convirtió de buenas a primeras de requisito previo a mero trámite, ya que así lo desnuda la totalidad de los comentaristas jurídicos y las estadísticas que por doquier proliferan. No hay preparación para abordar la teoría del conflicto, y menos aún para aprovechar esta oportunidad de abordar el conflicto desde otra perspectiva. La situación nació así bajo la premisa del remedio paliativo, y no de una solución restauradora.

II.- Qué hacer cuando el proceso de mediación suma al peldaño de obligatoriedad

La mediación, como procedimiento previo al acceso a la jurisdicción llegó para quedarse, lo cual implica que los poderes públicos no resignarán la disposición obligatoria prejudicial en aquellas jurisdicciones que así lo

5 Francisco Tomás y Valiente. Conferencia magistral de “Independencia Judicial y Garantía de los Derechos Fundamentales” en 1995 en la U.B.A..Citado por Bartolomé Clavero en la Revista Española de Derecho Constitucional Año 18. Núm. 52. Enero-Abril 1998.

establecieron. Hasta tanto nos adaptemos a la realidad y encaminemos nuestro andar hacia un ideal, o al menos un sistema viable y posible, cabe pensar algunos aspectos.

¿Dónde posicionarnos desde el marco académico, contradictorio y de aporte de soluciones al proceso? El modelo ideal que pensara el legislador de profesionalización en especialidades, optimización de recursos y análisis continuo de estadísticas que permitan descomprimir la labor judicial no resulta tarea sencilla. Para llegar a este idilio se requieren adaptaciones, incentivar cambios en la estructura del proceso, mentes abiertas y superadoras.

Los mediación, como sistema auto-compositivo, trabaja con el poder de las partes, a quienes se les devuelve, con la consecuente asunción de responsabilidad de sus decisiones, y mediante el desarrollo de un proceso estratégico organizado para la consecución de un fin, con fijación de metas y elección de tácticas. Este trabajo es dirigido no solo por el mediador sino fundamentalmente por los letrados, verdaderos partícipes del éxito o fracaso. Dado que no se elige esta herramienta por conveniencia ni convicción sino por imposición legal, es necesario comprender que el acceso a la justicia invariablemente aumenta costos y tiempo.

Para eso estimamos procedente abordar como disparadores de discusión en este Congreso Nacional sendos tópicos:

- 1. escasa preparación de grado en la teoría del conflicto**
- 2. inobservancia del principio de igualdad de armas en el proceso de mediación**

Para que el paradigma⁶ de la mediación obligatoria despierte adhesión frente al proceso judicial, como proceso ágil y dinámico, contrapuesto al modelo escriturario, generalmente lento y secreto, deben integrarse con la reforma elementos que satisfagan al operador a su

6 EL vocablo paradigma refiere a valores, creencias, experiencias y argumentos compartidos por el conjunto de la comunidad científica local de modo generalizado. Mientras no se generan cuestionamientos, enigmas o severas anomalías a una estructura de pensamiento esta subsiste en el tiempo, hasta su reemplazo por nuevos valores que se afirman en su reconocimiento según el pensamiento de Thomas Kuhn en la obra "La estructura de las revoluciones científicas" allá por los años sesenta. (Fondo de Cultura Económica, Bs. As. 1996, citado por Jorge Peyrano en "El cambio de paradigmas en materia procesal civil". Ateneo de Estudios Rosario. Rubinzal Culzoni. 2011.

aprovechamiento, donde cada componente sepa las consecuencias de su falta de cooperación, y encuentre satisfacción en la negociación.

En la generalidad de las jurisdicciones se establece un registro de mediadores, con acreditación de horas de capacitación continua y oficinas centralizadoras por turno y de acuerdo al ámbito de aplicación. No siempre gozan de aceptación uniforme ni menos aún generalizada de los operadores, impetrándole falta de profesionalismo y dedicación de los mediadores. El sistema, como herramienta científica y técnica, requiere aparte de los mediadores que los otros partícipes estén capacitados, entrenados y sabedores de la ventajas de su utilización. Hay incentivos para fomentar la colaboración a este método “alternativo” que no solo refieren a la cuestión alimentaria de los letrados litigantes.

II.1. Comprensión de la teoría del conflicto

Respecto al abordaje en el grado universitario del conflicto como estructura inevitable de la organización humana y no necesariamente negativa, fue escasamente abordada en los planes de estudio como herramienta de comprensión, y aceptada por las nuevas generaciones bajo la expresión gestión de conflictos.⁷, más cercano al rasgo inevitable de las relaciones sociales.

No hay preparación académica ni experticia en los operadores judiciales acerca de la teoría del conflicto en los actuales operadores judiciales. El estudio del conflicto como tal sólo se tamiza como contenido curricular en materias diversas como derecho procesal civil y procesos penales, siendo la mayor parte de los letrados autodidactas en su formación, preparación y desarrollo profesional.

En la teoría del conflicto, la argumentación del litigante en la escena auditiva - visual de la mediación es el lugar apto para convencer y escasamente persuadir a la contraparte sea esta: tomando postura, convenciendo al adversario con subjetividad del razonamiento, explayando argumentos formales, retóricos, en definitiva demostrando con pruebas solventes e irrefutables la seriedad de la pretensión.

⁷ La definición de conflicto como “combate, lucha, pelea” de la RAE va cediendo ante la psicología social que define como “desacuerdo intenso u oposición de intereses e ideas.” Alzate Saez de Heredia, Ramón. “Análisis y resolución de conflictos”. Madrid. 1998.

La tendencia cada vez más constante a modificar los planes de estudios en las carreras de grado de abogacía para incorporar en los estudiantes la teoría del conflicto, los conocimientos rudimentarios de los métodos complementarios de resolución y la debida orientación práctica con asistencia a mediaciones, presencia de negociación y talleres orientadores es una transformación positiva, deseable y transformadora de los futuros profesionales.

II. 2. Aplicación del principio de igualdad procesal o igualdad de armas

La obligatoriedad de la mediación previa extrajudicial nos obliga a pensar en el cambio de paradigmas de la concepción del proceso, por cuanto al formar parte del acceso al servicio de justicia del Estado la mediación como requisito previo, deben aplicarse los principios y reglas que regulan el proceso en su contexto. Al ciudadano o justiciable que se le impone la instancia de mediación debe ser conciente que si bien las tratativas y debates ante el mediador serán confidenciales, ello no implicará su deber de exhibir y hacer saber las pruebas que habrán de valerse para sostener su pretensión en sede judicial en caso de fracasar la instancia.

El legislador deberá prever que las herramientas diseñadas para eficientizar el servicio de justicia sean eficaces debe remover los obstáculos que impida a los litigantes encontrarse con "igualdad de armas".

Al encontrarse en una instancia de mediación previa impuesta, sin dejar de tener presente que las tratativas y debates serán confidenciales, no lo debe ser las pruebas que habrán de valerse para sostener su pretensión de sede judicial. Si dicha pretensión se reitera en la demanda, no puede contener distinta prueba que la esgrimida en la mediación. Es una consecuencia que en igual circunstancia debe darse un igual tratamiento a las partes, en definitiva una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa ⁸.

Debe otorgarse garantías a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, que se mantendrá el equilibrio de sus derechos de defensa, prueba y debate.

8 COUTURE: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Bs. As., Depalma, 1993, pág. 185

Derivado del principio de igualdad ante la ley reconocido en la Constitución Nacional en su art. 16 y sgtes, el principio de igualdad permite obtener eficacia, garantía y confianza en el proceso. Igualdad en las etapas del proceso implica tener las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo de no ocasionar una desventaja en ninguna de ellas respecto de la otra.⁹

Si estamos contestes que en el trámite procesal ambas partes deben tener indefectiblemente igualdad de derecho y oportunidades, y nadie puede sobrepasar o aprovecharse del otro sin la correspondiente posibilidad de debate y contradicción... ¿por qué no podemos aplicar las reglas de la igualdad de oportunidades en la instancia de mediación?

Si es el Estado, a través de una política judicial consensuada entre sus operadores de los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial quien impone una etapa previa a la jurisdiccional para satisfacer el acceso al poder judicial... ¿bajo que premisa se desobliga a las partes a no respetar la igualdad de armas con que sostendrán sus pretensiones en la siguiente etapa?

Se trata de una mediación parte integrante del engranaje del proceso judicial o de un partido de cartas... donde gana el más hábil en las arts del engaño, la sorpresa y la manipulación. Si ante el reclamo que sea, donde no queda debidamente acreditado el daño o la lesión se obstruye la posibilidad de pruebas periciales para determinar los daños... ¿Por qué no pensar en una sanción al litigante que oculta pruebas para evitar una negociación?

Numerosos códigos procesales contienen la figura de la audiencia preliminar donde el juez procura que las partes arriben a una solución negociada, como instancia previa a continuar el proceso judicial. Si a ello sumamos la etapa de mediación ¿por que no calificar de abuso procesal, conducta maliciosa a quienes ocultan pruebas que luego presentan en la etapa judicial posterior?

El principio de igualdad de armas debe ser contemplado en la mediación. Una posible reforma será establecer la *“obligatoriedad de acompañar con la pretensión la totalidad de la prueba documental que habrá*

9 Carbone, Carlos. “La razón del actor y nuevos principios procesales. La razón del actor y la igualdad de armas”. Ateneo de Estudios Rosario. Rubinzal Culzoni. 2011

de valerse en juicio y referencia de aquella que no estuviere en poder de las partes”, bajo sanción de nulidad si la misma solo es ofrecida y presentada en el juicio posterior.

Con ello se evitará el abuso del proceso, el ocultamiento de las pruebas en poder de las partes y la modificación de la pretensión, consagrándose la preclusión procesal de la prueba documental no ofrecida ni exhibida en la mediación.

Genera ello debate?

Se legislaría a priori de la etapa jurisdiccional?

Nuestra respuesta es negativa desde el momento que el legislador impone la mediación obligatoria, y por consiguiente el sistema impuesto pasa a ser elemento integrante del proceso. Si es un elemento del proceso, lo es para los derechos y principios que lo rigen, respetándose la igualdad, debida contradicción y debido proceso en todas sus etapas, reiterando que la mediación debe ser considerada una etapa más del proceso por ser requisito previo inexcusable.

III.- Corolario

No podemos negar que la mediación, lejos de ser un sistema alternativo de resolución de controversias, es la herramienta eficiente del poder estatal para canalizar la conflictividad social y concomitantemente descomprimir el anquilosado sistema escriturario judicial en nuestro país.

Debemos reflexionar acerca de si la falta de mediaciones positivas pese a su obligatoriedad obedece a la falta de información del resultado posible o factible de sentencia judicial sobre los precedentes en la materia, o en las herramientas con las que se arriba a la mediación, esto es sus componentes. Si estos elementos son aprehendidos por los profesionales que asisten en el conflicto podrá ser escuchada y analizada la propuesta de la parte adversaria.

La reflexión en el cambio de concepción del proceso como integrador de la etapa previa, en aquellas jurisdicciones que establecen la obligatoriedad de métodos alternativos, obedece al inexorable cambio de los paradigmas. Deben fijarse parámetros mínimos de integración tales como congruencia de pretensión, igualdad de armas, derecho de contradicción y

justa retribución para lograr que la mediación revierta su escasa aceptación, brindando mejoras al servicio de justicia y gestión del poder público.

Las ventajas del ámbito académico de derecho procesal, con la exposición y debate de múltiples ponencias y la inestimable asistencia de profesionales de alto nivel será apreciada en tanto los participantes sean inducidos a pensar mejoras en la realidad circundante. Se habrá cumplido el objetivo de los organizadores si se obtiene el pensamiento crítico a los sistemas procesales imperantes, con el cenit como meta constructiva de los asistentes de mejorar el servicio de justicia a los ciudadanos.