

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia

Título: La confidencialidad y los sistemas informáticos de mediación.

Sumario

- Marco legal en distintos ámbitos y derecho comparado**
- Caracterización de la Confidencialidad y acercamiento a una definición.**
- Caracterización y breve reseña de los sistemas informáticos de gestión de la Mediación.**
- La base del problema.**
- Sobre el dilema y sus interrogantes**
- Soluciones propuestas**

Comisión: 1.Derecho Procesal Civil y Comercial.

Tema: Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos

Autor: Trucco, Jorge Oscar

Dirección postal: Yrigoyen 9542. Lomas de Zamora. Buenos Aires.
Argentina CP: 1832

Teléfono: 4243-9190

Dirección de correo electrónico: jorget10@ciudad.com.ar

Síntesis de la propuesta: Una aproximación al problema que han generado los nuevos sistemas de gestión de mediación en contraste con el siempre presente principio de confidencialidad, y sus posibles soluciones.

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

La confidencialidad y los sistemas informáticos de mediación.

Marco legal en distintos ámbitos y derecho comparado

Comencemos por establecer el marco legal de la confidencialidad en el ámbito de la Mediación prejudicial. Si vamos a la ley de promulgación relativamente reciente de la Provincia de Buenos Aires, nº 13.951, ésta deja establecido en su artículo 1º, como principio, el de la confidencialidad: *“ARTICULO 1º: Establécese el régimen de Mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la Provincia, declarándose de interés público. **La Mediación se caracteriza por los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado.** El Estado proveerá la capacitación, utilización, promoción, difusión y desarrollo de la misma como método de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares. La Mediación podrá ser Obligatoria o Voluntaria, de acuerdo con lo establecido por la presente Ley.”*; agregando en el ARTICULO 16: *“Las actuaciones serán confidenciales. El Mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad...”*

En el ámbito de la Justicia Nacional, se le da mas especificidad a este principio, estableciendo las reglas de alcance y excepciones, de la manera siguiente: Ley 26.589, en su artículo 7º, establece entre los principios, *“e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;”* y agrega en sus artículos 8º y 9º los alcances y las excepciones de dicho principio. *“ARTICULO 8º — Alcances de la confidencialidad. La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes. ARTICULO 9º — Cese de la*

confidencialidad. La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos: a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron; b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.”

Brevemente podemos ver reglas análogas en el derecho comparado, por ejemplo en los Estados Unidos 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.” (Texas Civil Practice and Remedies Code, Secciones 154.001-154.073--"Alternative Dispute Resolution Procedures" (West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, EE.UU., 1996). La Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del estado de Texas entró en vigencia en 1987.)

De similar manera, en España se ha legislado en este extremo, en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, reza: **Artículo 9. Confidencialidad.**

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.”

Ante tal número de legislaciones más o menos análogas sobre el tema, y acepte el lector que estamos dejando muchas sin mencionar, intento acreditar que la confidencialidad es universalmente aceptada como primordial para el exitoso desarrollo del procedimiento de Mediación y sin la una, no podría ser posible la otra..

Caracterización de la Confidencialidad y acercamiento a una definición.

Como dijimos, el principio de confidencialidad es fundamental en el trámite de la mediación e inseparable a este. Es establecido por ley, en todos los ámbitos en que se ha optado por la mediación prejudicial obligatoria, se informa del mismo en el discurso de apertura y no puede vulnerarse ni aun cuando no hubiera firmado convenio expreso que la establezca. Mas aún que ser obligatoria por ley es provechosa para establecer la confianza mutua de las partes, y ayuda a lograr la mayor sinceridad posible entre los concurrentes, para así lograr ellos mismos llegar a un acuerdo provechoso para todos.

Establece esta regla la imposibilidad por parte del mediador o las partes, de ventilar fuera del ámbito de la sala de mediación todo lo manifestado en ésta. Están incluidas dentro de esta reserva los hechos conocidos durante en el procedimiento y los ocurridos en el proceso en si. Inspira, como dijimos, a las partes a una sensación de seguridad: Sus secretos serán guardados y tienen en el ámbito de la mediación la plena libertad de manifestar sus deseos e intereses, siempre que no importe delito o agravio contra persona alguna.

Una vez pasada la primera etapa del procedimiento, volvemos a echar manos a la herramienta de la confidencialidad al pedir a las partes que aporten ideas, que de otra manera se verían reacias a mencionar. De tal manera se hace más fácil llegar a una solución beneficiosa, estimulando la originalidad y la innovación entre las partes y hasta sus letrados quienes, esperamos, aportaran dicha resolución al conflicto. Siempre es más fácil ser creativo cuando se nos asegura el secreto de dicha creación.

En cuanto al acuerdo en sí, es dable determinar que debe ser también alcanzado por la cobertura de la confidencialidad. De tal suerte, las partes ven resguardada su privacidad y su patrimonio en cuanto a los números arribados en el convenio final.

Cabe la aclaración haciendo un paréntesis que los mediadores, al menos en la Provincia de Bs. As. y CABA, y con la actual legislación, no tenemos obligación alguna de actuar como agentes fiscales o gubernamentales.

Ahora bien, la doctrina mayoritaria distingue tres situaciones en las cuales el mediador debe ser guardián de la confidencialidad de lo actuado:

- Debe guardar reserva entre las partes de lo que una le ha contado en la intimidad del “Caucus” o reunión privada.
- Debe guardar secreto en el litigio, de manera que no puede ser llamado como testigo o interrogado de manera alguna sobre lo ocurrido en las audiencias.
- Debe ocultar todo lo actuado ante terceros, salvo ante cuestiones que impliquen un delito.

En ésta ultima es que encontramos cierto conflicto con los novedosos y absolutamente útiles sistemas informáticos de gestión de la mediación.

Pero antes de mencionar la raíz de la colisión, debemos analizar el segundo extremo de la misma

Caracterización y breve reseña de los sistemas informáticos de gestión de la Mediación.

.Empezaremos por aclarar que, a opinión de quien suscribe, los sistemas informáticos de gestión de mediación, son un instrumento provechoso, eficaz e interesante que sin duda alguna reduce el tiempo y el trabajo de manera evidente. Dable es el ejemplo el “Mediare” de la Provincia de Buenos Aires. Estos sistemas, para brevemente caracterizar su funcionamiento, facilitan la vida del mediador y de las partes. Al aprender a usarlos debidamente, tenemos a mano todos los datos de las partes, los abogados, los conflictos, las actas y los acuerdos; asimismo tenemos toda la legislación pertinente y hasta doctrina valiosa que refuerza y apoya la labor

del intermediario neutral tendiente, siempre, a llegar a un arreglo provechoso para todos.

Cada mediador ingresa a su sistema de gestión on-line con una contraseña propia y ahí se le facilita toda la información necesaria para acelerar el trámite de confección de actas de audiencia o de cierre del proceso de Mediación, notificaciones a las partes o a terceros, así como apoyo en la gestión de la agenda, pasadas y próximas reuniones, legajo donde consta el abono de la matrícula y los cursos de capacitación realizados. En si mismo, una herramienta completa para ayudarnos en el día a día de la tarea del Mediador.

Vale también comparar con los viejos sistemas de redacción del acta, siempre a mano alzada o a máquina; repitiendo una y otra vez los mismos conceptos en actas similares. Ingresando todos y cada uno de los datos de las partes y abogados. Haciendo copias de manera engorrosa y en las que cada error era susceptible de provocar que se reinicie toda la operación de redacción.

La base del problema.

Estos nuevos sistemas fueron implementados por las autoridades y al parecer, las actas ingresadas en ellos pueden ser contempladas por personal perteneciente a quien sea la autoridad de aplicación. Al margen que sea por cuestiones fiscales, estadísticas o informativas es aquí donde radica la grave violación al principio de confidencialidad que avala todas las mediaciones.

Veamos un ejemplo palpable, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se nos intima a los mediadores a ingresar copias digitalizadas de las notificaciones con el fin que la autoridad de aplicación pueda analizarlas y aplicar las multas pertinentes por incomparecencia. Este es solo un ejemplo que pone a las claras que las actas incorporadas en dicho sistema no están en modo alguno resguardadas de la intromisión. De poder ingresar y revisar dichos archivos digitalizados, claro está que también se puede ingresar en el cuerpo del acta en sí y revisarla, también por ejemplo (y este es el que más preocupa) con fines fiscales.

Una vez arribado el acuerdo, es práctica común incorporarlo al acta e informar al sistema que la mediación fue cerrada. Si bien el acuerdo, acorde a la ley debe ser homologado en sede judicial, fuera de ésta y la publicación que implica, estimo que sigue vigente la obligación de confidencialidad por parte de los Mediadores. Cabe decir también que la homologación obligatoria es una medida complementaria para darle seguridad a las partes de la imposición de cumplimiento del convenio. V.g. Con un acuerdo que se cumple en tiempo y forma, la parte no se verá llevada a homologar el mismo. La homologación va a aparecer en caso de incurrir alguna de las partes en un incumplimiento.

Sobre el dilema y sus interrogantes

Seguido lo cual surge una importante cuestión: ¿Estamos los mediadores violando el principio de secreto o reserva al ingresar el convenio en el sistema y, de tal manera, informando a un tercero no participante de las cláusulas arribadas por las partes? La respuesta, estimo, es afirmativa.

El estado, sea Provincial o Nacional, no está contemplado de manera alguna como excepción en cuanto a los terceros que deben ser tenidos en las tinieblas en cuanto a lo ventilado en el procedimiento de mediación. Es más, en cuanto a las cuestiones propias de las partes que no importen delitos ni agravios, no hay excepciones. El principio nos indica que debemos guardar secreto ante TODOS los terceros, sean personas jurídicas o físicas, públicas o privadas ¿Como es entonces que los mediadores le informan de manera casi inocente de los acuerdos a los que lograron llegar en la mesa de negociaciones?.

Mas aún, ¿Debemos informar los mediadores de esta cuestiona las partes, incluso cuando esto pueda significar la pérdida de esa sensación de libertad de los concurrentes que en una gran cantidad de casos nos ayuda a destrabar una situación negocial difícil o casi imposible?

Las partes, de ser informados de esta cuestión, ¿Gozarían de esa sensación de libertad de expresar sentimientos, ideas, y posibilidades de acuerdo cuando esta suerte de “gran hermano” Orwelliano es prolijamente informado del convenio al que van a eventualmente arribar?.

Y ahondando en el tema ¿Podrán los mediadores hacer entender a las partes y sus letrados que van a gozar un ámbito de total secreto en la elaboración del compromiso, pero que este sigilo caerá cual castillo de naipes en un vendaval en el mismo momento en que se oprima el botón “guardar” con el mouse del intermediario? Intermediario quién, por otra parte, está legal y éticamente constreñido a ser el fiel guardián de la confidencialidad de todo lo actuado.

Soluciones propuestas:

Planteados los problemas, vamos a dedicarnos a indagar en las soluciones. Intentaremos no entrar en las utopías y en los sinsentidos. Trabajemos, en principio, con las herramientas con las que contamos.

1. Sobre el consentimiento informado

Empezaremos por el final, al ser la incógnita de más simple respuesta. Estimo que sin duda alguna y, cambiando radicalmente los hábitos de los mediadores actuantes, las partes deben ser debidamente informadas que los datos ingresados en el sistema no son completamente privados, sino que gozan de una intimidad acotada de la forma descripta. No cabe duda que dicha comunicación es o debiera ser parte del llamado “consentimiento informado”.

La manera más eficiente de comunicar este extremo es, sin dudarlo, en el discurso de apertura. Es entonces el momento en que se informa la confidencialidad el apropiado para manifestar, también, su falencia.

Los sujetos tendrán, una vez avisados, la opción de no sentirse plenamente independientes con lo cual tornaría titánica la labor de llegar a un convenio original y provechoso para los mismos.

Tenemos, entonces que buscar la manera en que, si bien utilizando las herramientas provistas, saciemos la sed que tienen los justiciables del comprensible manto de secreto que protege sus asuntos privados.

2. Sobre la colisión entre la Confidencialidad y los nuevos sistemas informáticos.

Por lo pronto, y con la innovación que la misma praxis obliga, quien redacta este artículo ha encontrado un recurso por el cual se dejan, estimo, conformes a las partes y se cumple asimismo con toda la legislación vigente y nunca menos importante, la ética del profesional. Cabe agregar que este extremo debiera ser, también informado en el discurso de apertura antes de iniciar las charlas y negociaciones.

Dicha solución consta de la sencilla escritura del acta, de manera simple y transparente, manifestando que “Las partes han arribado a un acuerdo” (con todas las particularidades que cada uno de los mediadores ponemos en nuestra redacción, sean artículos de las distintas leyes, manifestaciones en cuanto a las notificaciones, poderes otorgados, honorarios del mediador, etc); pero el acuerdo en sí, incluirlo en un documento aparte, redactado fuera del sistema, al que se le es dable llamar “anexo”.

En este anexo podemos incluir las cláusulas del convenio, los montos, así como la manera en que se arribó y demás manifestaciones que los sujetos eligen no develar a terceros fuera de la mesa de mediación. Este escrito complementario debe estar debidamente firmado y sellado por las partes y el mediador, lo respectivo a los honorarios del mediador, de tal manera que forme parte del acta que podrá ser posteriormente homologada y/o ejecutada pero no parte del sistema informático.

En el caso en que las partes cumplan voluntariamente con el contrato, y liquiden debidamente los honorarios del mediador como de los demás profesionales (si bien y dejando aclarado que hay un imperativo legal) el sentido común indica que no tienen por que emplear el servicio de justicia. Vale decir, y es incuestionable, que no hay convenio más pétreo y más incólume, aún más que los realizados por instrumentos público con todas las formas legales y ante el oficial correspondiente, que aquellos que son voluntariamente cumplidos por las partes.

Si alguna de las partes decide no cumplir con el acuerdo arribado en alguna de sus cláusulas, o elige evitar sufragar el monto destinado a honorarios de alguno de los intervinientes, el acta y su anexo van a ser

absolutamente apropiados y admisibles para su homologación y posterior ejecución judicial.

En modo alguno, como dijimos, es ni debe ser el mediador prejudicial un agente de recaudación del Estado. Solamente tiene las obligaciones establecidas por leyes y decretos reglamentarios en sus respectivos ámbitos de aplicación. Entiendo que esta solución suene dudosa, lóbrega u oscura. A lo cual se puede responder que simplemente lo es. La misma confidencialidad genera esta sensación de turbiedad. El deber que implica es de esconder las situaciones que las partes determinan que, por ser propias y privadas, no deben ser iluminadas. No es, entonces, un defecto, sino una cualidad del guardián del secreto.