

Ricardo Adolfo Bracamonte
ricardo@bracamonte.com.ar

Director Provincial de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos
Ministerio de Justicia de la provincia Buenos Aires.

LA MEDIACIÓN EN CLAVE CONVENCIONAL... A PROPÓSITO DEL MODELO DE LA PROV. DE BS. AS.(ARGENTINA)

OBJETIVO DE LA PONENCIA.

Es desarrollar la experiencia de la Provincia de Buenos Aires, mostrando los modelos de mediación incorporados por la Ley.- explicar el Modelo de mediación Voluntario o también denominado extrajudicial o prejudicial mediación, exponer el modelo mediación Judicial con participación de mediadores externos al poder Judicial dependientes de poder ejecutivo, y analizar sus particularidades.-

Presentar el modelo de gestión utilizado que permite en caso de la Mediación Judicial llevar estadísticas en tiempo real, sobre mediaciones, índice de litigiosidad, morfología y materia de litigio, estadísticas y variables temporales de su desarrollo, permitiendo actuar en tiempo oportuno en la corrección de re-adequaciones de capacitaciones.-

Avanzar sobre los resultados de esa mediación dentro de un marco jurisdiccional reconociendo a la mediación como paradigma del reconocimiento de acceso a Justicia y la expresión máxima de la dignidad de las personas cuando son creadoras de su propia solución.-

Estudiar sus consecuencias jurídicas en el marco de las convenciones Internacional de Derechos Humanos, y como las soluciones no pueden contravenir la dignidad de las personas, análisis empírico de sus resultados y nuevo paradigma incluido.-

INTRODUCCIÓN

En el año 2010 se regulo la ley de mediación en la Provincia de Buenos Aires determinándose singularidades que no enmarcaban al instituto de mediación tal cual se entendía en ese momento, toda la experiencia en la argentina provenía de un modelo de mediación facilitativa, pero características especiales del texto de su ley la encuadraban en modelos diferentes.-

Más allá dela enumeración de su desarrollo entendemos que la parte más enriquecedora de esta implementación es innovo en cuestiones dando una incumbencia ampliada para los mediadores por fuera de los estándares hasta ese

momento predominantes.-

Uno de ellos y que luego ampliaremos con mayor profundidad es la participación de un mediador externo al órgano jurisdiccional como auxiliar de la justicia muy engarzado o entrelazado con la actividad jurisdiccional, entendiendo que la mediación puede también actuar como operador de conflictos dentro de un proceso judicial y que esta participación es también virtuosa a los fines de lograr su finalidad que no es otra que la búsqueda de la pacificación social.-

Nuestro análisis de la experiencia de la Provincia de Buenos Aires, determina que la dinámica novedosa y singular de la mediación no fue ni es aun sencilla, como mencionara el gran ascendiente que la mediación facilitativa, significo que se magnificaran los esfuerzos de la dirección de mediación para redirigir y corregir las formas de interpretar la ley con miradas más encuadradas en modelos diferentes.-

En nuestra provincia encontramos un instituto de medición con dos modalidades o espacios bien diferenciados, por un lado una mediación ubicada jurídicamente fuera de ámbito jurisdiccional, donde las partes pueden arribar a ella a los efectos de resolver sus controversias conflictos contingencias , que como cuestiones novedosas se estableció por una lado la posibilidad de las partes de seleccionar según la materia o especialidad a una institución que aglutinara a los profesionales que se adecuen a sus necesidades; estas institución u organismos extrajudiciales dan marco de solvencia más acabado, por otro lado también innova asignando a dicha institución la selección del mediador a intervenir exaltando el respeto máximo de la neutralidad e imparcialidad en el proceso, estas dos cualidades se definen de forma simple en brindar una especificidad profesional neutral e imparcial que evita o minimiza la selección premeditada de un profesional no adecuado.-

Es cierto que al día de hoy este modelo le falta desarrollarse por la necesidad de que se incorporen otras disciplina dentro del marco de los colegios o entes de profesionales de esas disciplinas que se ofrezcan, sin una oferta multidisciplinar que posibilite a las partes elegir el ámbito más adecuado a las características o temáticas de sus controversias devendrá en imposible de cumplir como objetivo.-

Con respecto a la otra modalidad mencionada como mediación Judicial previa obligatoria, es quizás la significativamente innovadora, ya que se aparta de la concepción imperante en los espacios académicos de la resolución alternativa de conflictos contemporáneos a ese momento y a nuestro país, abordando un sistema mixto de intervención, sistema que por cierto como mencionara fue resistido por propios y ajenos, por defensores y por detractores de los procesos de mediación.-

Una mediación inmersa dentro del orden jurisdiccional, entendiendo que ante la necesidad de la parte de llevar su controversia a la jurisdicción en plena autonomía de la voluntad decidía que su conflicto se resolviera de modo

adversarial ante un juez, no debemos considerarla disvaliosa o contraria a derecho; Otorgarle una oportunidad enmarcada en lo que podemos llamar una nueva instancia dentro del proceso judicial, se proponga un espacio de mediación, es en si mismos un objetivo a cumplir, aunque esta mediación requiera condiciones específicas, como la exigencia de patrocinio letrado, mediador abogado, homologación judicial de la propuesta de acuerdo para perfeccionarla, y lo más novedoso, la homologación solo cuando la jurisdicción entienda que existe “Justa Composición de las Partes” .-

Cuando se mencionó la resistencia de propios y ajenos debemos remontarnos a tiempos pretéritos, aclarando que veinte años llevo a nuestra provincia concretar la incorporación de la mediación.-

Me referiré a algunas objeciones que se hacen a la mediación y trataré de exponer brevemente mis argumentos contrarios y de fundar los mismos sin recurrir a citas , no porque no las haya, sino porque ello alargaría demasiado esta charla.-

Se ha criticado a la mediación judicial previa -entre otras cosas-diciendo que en los años 90 ésta se instrumentó con la sola intención de descongestionar los tribunales y bajar los costos, o lo que es lo mismo, con el propósito de dificultar el acceso a la Justicia y al debido proceso y que, por sobre todo, se dice, que ella no es una institución que se corresponde con nuestra cultura.-

Tal vez sea cierto que en los años 90 la intención puede haber sido aquella y esta postura se ve corroborada por el hecho que en la práctica se presentó al modelo de la negociación como el más adecuado.-

No es esta la actitud asumida en la Provincia de Buenos Aires donde se ha instrumentado un proceso de mediación judicial previa obligatoria con un fuerte tinte publicista y la formación de los mediadores se ha enrolado en modelo transformativo.-

Esto-me refiero a la adopción de este modelo-es muy positivo ya que permite no sólo resolver el conflicto, sino que, cuando ello no ocurre, las partes salen empoderadas y satisfechas atento el reconocimiento mutuo de los sentimientos que se ha provocado.-

Digo que hay un **sesgo publicista** ya que por un lado los mediadores son abogados con una formación específica y permanente, controlados por un órgano del poder administrativo, que no son elegidos por las partes sino que son sorteados de una lista previamente confeccionada y conjuntamente con el juez que habrá de entender en el caso y al que habrá de acudir cada vez que haya que usar del poder del estado y por último-a ello me referiré luego- el acuerdo al que lleguen requiere que sea homologado por ese magistrado y en la medida que éste considere que implica una justa composición del litigio.-

Es cierto tal vez, también, que la mediación no formó parte de nuestra cultura jurídica pero no es porque no la tuviéramos-entre los pueblos indígenas era y es

común-sino porque el positivismo la hizo desaparecer y encumbró al proceso judicial como el medio único para resolver conflictos sociales.-

Tan es así que en la materia penal donde más se pudo ver esta confiscación por parte del estado de la acción, se está volviendo a una progresiva devolución de la iniciativa a la víctima y su empoderamiento se ha tornado un tema central de esta rama del derecho.-

Por eso creemos que si algún proceso respeta las reglas del debido proceso es la mediación y la intervención del mediador y que a éste cabe considerar principal y no alternativo.-

El acceso a la justicia no se respeta solamente cuando las personas pueden llegar al sistema judicial sino también cuando se brinda a los justiciables una forma sencilla y respetuosa de por lo menos proponer una solución a sus conflictos y aquí la mediación es ese procedimiento.-

No por ello dejo de observar que hay casos donde las diferencias de poder pueden llevarnos a un abuso de una posición dominante y esto, que es bastante común en el procesos civil y comercial, también se da en los juicios.-

Pero justamente para eso está el patrocinio letrado obligatorio, para medir estas situaciones y hacer que la víctima/requirente, llegue al proceso de mediación judicial empoderada y a mi entender las medidas cautelares son una vía idónea a tal fin y ellas están exceptuadas de la mediación.-

Tal vez los abogados deban re plantearse sus estrategias previas y armar los litigios de manera diferente.-

En cierto que luego de tres años de enrolarnos en la defensa de una mediación intrajudicial con homologación obligatoria basada en la justa composición y sin menospreciar otras modalidades de mediación también valiosas por su finalidad, sea desencadenado una modificación normativa de nuestro código Civil y Comercial de fondo que no enrola específicamente, ya que la nueva normativa adecua sus estándares al cumplimiento de las convenciones internacionales de derechos humanos ya incorporados a nuestra Constitución Nacional, haya por el año 1994.-

Estas nuevas exigencias tanto se relacionan con el espíritu de la ley de mediación que incluso que aquellos que eran críticos al modelo de mediación diseñado por la ley hoy por el contrario la entienden como la única legislación que no requiere adecuación.-

La necesidad de homologación velando la justa composición, no es ni más ni menos que el cumplimiento armónico de observar el precepto enarbolado en la primacía de la dignidad humana, sin que ella pueda renunciarse o delegarse por la autonomía de la voluntad, nuestro CCyC establece como objeto prohibido de los contratos aquellos que vulnere la dignidad de las personas.-

Siendo así, surgen varias preguntas, la primera es quien puede analizar con calidad suficiente y con consecuencia jurídica específica que vulnera o no la dignidad de las personas, entendemos que la respuesta única es el juez, ya que es el único que le daría una cierta seguridad jurídica, siendo que lo contrario, su no intervención, dejaría a las partes a merced de si la otra parte se arrepiente por entender que se ha vulnerado su dignidad con el acuerdo.-

La segunda pregunta y quizás la más relevante para los mediadores es si la mediación dentro de la jurisdicción es un retroceso o es distorsivo de los principios en que se funda la mediación, a esto propondría abreviar en la finalidad de la mediación, en su objetivo último, este se relaciona con la búsqueda de pacificar a la sociedad de reparar parte del tejido social, y ese objetivo se debe cumplir adecuándonos a los nuevos tiempos y paradigmas, todos los métodos de resolución de conflictos son valiosos y ninguno debe desplazar al otro, sabemos que la mediación voluntaria se encuentra en crisis, y con respecto a ello se están evaluando desarrollando nuevas formas, esta que hoy analizamos es una de ellas.-

Como conclusión creemos fervientemente que la mediación a secas es el camino y que los mediadores deben cubrir todas los espacios donde se nos habilita a intervenir, y más allá de las incumbencias tradicionales, el ámbito jurisdiccional también es un espacio idóneo para desarrollar nuestra tarea, nosotros nos posicionamos ante esa supuesta crisis de la mediación desde la oportunidad de ir a un lugar de mayor incumbencias e intervención, despegados del cepe que nos significa intervenir solo en las materias disponibles.-

La mediación es por excelencia el modelo que magnifica la dignidad de las personas, y como tal es el lugar donde se debe dirigir la justicia.-