

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN ARGENTINA: SITUACIÓN ACTUAL

Oswaldo Alfredo Gozaíni

1. INTRODUCCIÓN DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ARGENTINA

En el año 1992, Argentina preparó con el Decreto 1480 un Plan Nacional de Mediación que tras sucesivas instancias de discusión parlamentaria y judicial, llegó a la sanción de la Ley 24.573.

La experiencia se repitió para los conflictos laborales con la Ley 24.635 y lo mismo ha sucedido con el decidido apoyo al arbitraje, como mecanismo complementario o concurrente con los mencionados modismos alternativos al proceso judicial para resolver conflictos.

Algunos autores han señalado que el fomento a estas instituciones obedece a la ausencia de confianza casi absoluta en los jueces, y que por ello, la reforma de los sistemas judiciales, impulsado parcialmente por instituciones internacionales de desarrollo, es parte de un proceso de cambio global que empieza por redefinir el rol del Estado y su relación con la sociedad civil.

El progreso económico depende y es contingente de la efectiva definición, interpretación y refuerzo de los derechos de propiedad. La reforma actual tiene que estar dirigida a aumentar la eficiencia y equidad en la resolución de controversias, promoviendo el acceso popular a la justicia.

A esta idea se agrega que existen muchos ejemplos en el continente de los problemas que aquejan hoy a la provisión de justicia. Un listado incompleto de ellos

En el mes de Marzo del 2001 entró en vigencia la Ley de Conciliación en nuestro país. Mientras que Perú recién se interna en esta experiencia, Argentina la atraviesa desde el año 1992, tiempo suficiente para determinar las ventajas y desventajas de este sistema de resolución de conflictos.

En el presente artículo, el autor detalla la manera como se ha regulado esta figura en su país, analiza los principios procesales que deben ser aplicados al trámite de los procedimientos de conciliación y señala como se ha desarrollado esta institución sobre la base de datos estadísticos.

incluye, necesariamente, la generalizada falta de independencia del poder judicial.

Todos los aspectos pertinentes, tales como la designación de magistrados, su evaluación y los sistemas de disciplina aplicables; la administración judicial, administración de casos y códigos de procedimientos; el acceso universal a la justicia y la existencia o no de medios alternativos de resolución de controversias tienen que ser reevaluados.

Aunque cada país tiene características específicas y requiere un diseño de reforma especial, los aspectos de administración de las cortes, independencia de la justicia, la capacitación de los jueces, personal de las cortes y abogados son básicos para una administración de justicia de calidad.

Estos problemas crónicos en los sistemas de justicia latinoamericanos, conjuntamente con regímenes políticos autoritarios, han causado un nocivo impacto psicopolítico en la gran mayoría de la población, manifestada como una generalizada percepción de la inutilidad o inaccesibilidad de la justicia. Barreras de oportunidad, costo, educación y lenguaje han colaborado para que el público en general perciba el acceso negado. La sensación generalizada es que la justicia es demasiado lenta, corrupta, costosa o simplemente ineficiente para resolver los problemas de la vida cotidiana de la población. Al rechazo se suma la desconfianza y el temor a la intervención de los abogados y jueces.

1.1. El rol del mediador en Argentina

La función del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cuando si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable.

El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas¹.

El informalismo circundante determina que sólo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las

partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan².

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo (verbigracia, plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades

Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto.

En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Ha dicho la Doctora Gladys Alvarez que la confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de práctica que se indague en los motivos por los cuales se arribó al mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ésta debe ser respetada³.

Pareciera ser éste uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, la cual, inclusive, podría estar suscrita

¹ Así lo indica el Decreto 1480/92 que implementa la Mediación en Argentina.

² Artículo 2 inciso h, Decreto 1480/92.

³ Su voto en el acuerdo del día 14 de Octubre de 1993 al considerar la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil de Capital Federal la solicitud del Poder Ejecutivo Nacional de poner en marcha la implementación dispuesta en el Decreto 1480/92.

entre partes y mediador como una especie de acuerdo formal tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

No obstante, como el mediador tiene deberes públicos que proteger y cumplir, podría ser relevado de guardar el secreto cuando tome conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a la acción pública.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 24.573 establece que "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...".

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema

En efecto, en la tarea compositiva tendrá que situarse en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Después, corresponderá eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, será preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desenvueltas.

La seriedad del problema quedará enfocada en el halo de luz preciso, dejando en zonas grises lo periférico que, por lo general, son los alimentos comunes del régimen judicial.

En el supuesto que la comunicación entre las partes resulte difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, logrando con ello, la comunicación necesaria.

Por otra parte -se agrega-, el mediador debe lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra persona. En la mediación se emplea mucho tiempo induciendo a la gente a escuchar los argumentos de la otra parte, por lo que específicamente en esta área deben estar objetivamente asesorados ⁴.

Otros autores, tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de

Estados Unidos, sostienen que el proceso tiene usualmente seis etapas: 1) contactos iniciales entre el mediador y las partes, 2) ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso, 3) obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda, 4) creación de alternativas de solución, 5) evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieron las partes, 6) conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento ⁵.

1.2 Dependencia del Mediador

La Mediación como instituto válido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria, debe responder a un interrogante previo. ¿Cómo se debe implementar la figura? y en su caso, ¿requiere de alguna dependencia?.

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas, corresponde ahora ver quien se encarga de llevarla a cabo para resolver el problema que significa descifrar si el arbitraje es o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Recordemos que ninguno de estos sistemas alternativos puede ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos en un proceso; porque la jurisdicción es antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogmático ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica, pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si pensáramos que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en base a un procedimiento libremente acordado, confundi-

⁴ WILDE-GAIBROIS, "¿Qué es la mediación?", editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56

⁵ LERER, ob. cit., p. 894

ríamos el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; solamente aconseja, acerca y colabora con entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos pero con puntos de coincidencia que liminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

La practicidad de su desenvolvura admite, en consecuencia, no adscribir a ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en Estados Unidos de América donde existen más de 650 compañías dedicadas a la solución alternativa de disputas⁶.

¿Privatización de la justicia?, puede ser, pero si el destino final no es resolver haciendo justicia, sino acordando modalidades donde confluyen voluntades antes enfrentadas, no vemos porqué tenga que hablarse de la justicia allí donde el problema es otro.

En todo caso no existe más justicia que la que tiene aceptada el consenso unánime de la sociedad, y por eso podemos hablar de un derecho a la desobediencia, o de una resistencia a la opresión.

La justicia individual que no trasciende el espacio que las mismas partes concretan no tiene que estar necesariamente unida a la participación de la jurisdicción como Poder Estatal.

Ahora bien, aceptada esta tesis, resta considerar cómo se implementa, porqué si la Mediación nace desde la iniciativa oficial para insertarse en la sociedad a través de mecanismos posibles, habrá que observar de qué forma se llega y como se involucran los aspectos institucionales respectivos.

En definitiva, es el problema del Decreto 1480/92 que al resolver por decreto presidencial, el interés del Estado en la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos (artículo 1), estableció en el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina la obligación de formular proyectos legislativos (función natural y propia en un sistema de colaboración en el ejercicio del Poder), y dictar normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución (función esta de

significativa importancia para evitar mortificaciones de los otros poderes -judicial y legislativo-).

Que el Cuerpo de Mediadores funcione dentro del ámbito del Ministerio de Justicia no apareja problema alguno, mientras la tarea sea independiente de la que actúa el Poder Judicial a través de sus jueces naturales.

Pero si el sistema se entromete en el proceso, aun ofreciéndole una herramienta válida y probadamente eficaz, será menester considerar el medio por donde ingresa y cómo llega a instalarse.

Es decir, al juez se le puede ordenar por ley -ex post facto- que utilice la mediación en aquellos procesos donde entienda auspiciosa su participación (verbigracia: Anteproyecto de Reformas al Código Federal); también un decreto podría generar consecuencias procesales de recepción inmediata (verbigracia: suspensión de procesos contra el Estado, etc.); o una resolución ministerial acercar ideas para solucionar cierta crisis manifiesta en otro órgano de poder.

La colisión está cuando el Poder Judicial recibe implementado el mecanismo y los jueces interpretan que resulta injerente en el ámbito de sus poderes y facultades.

La Cámara Nacional Civil en su acuerdo del día 14 de Octubre de 1993, debió decidir el pedido del Ministerio de Justicia para designar juzgados de familia y patrimoniales donde realizar la experiencia piloto.

Se observa en el debate la polémica que planteamos para el estudio. Algunos jueces estimaron que la forma como debía obrar el mediador significaba vulnerar el núcleo de atribuciones que el código procesal le asigna. Por ejemplo, las facultades de conciliación; sosteniéndose que, de acuerdo con la instrucción ministerial mencionada, y ante la falta de ley de mediación expresa, cualquier juez podría desligarse de sus deberes haciéndolos cumplir por otra persona que, precisamente, no dependa del Poder Judicial.

En tal dirección se agregó que el cuerpo de mediadores debe salir del área del Ministerio de Justicia e ir a la órbita del Poder Judicial para los supuestos de mediación judicial como ocurre con cualquier experto, pues el mediador es un conductor del proceso pero piénsese por analogía en el Juez americano que no dicta sentencia porque tiene un *jury* y sin embargo es

⁶ FLOYER ACLAND, Andrew, "Como utilizar la Mediación para resolver conflictos en las organizaciones". Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993, p. 33.

el conductor del proceso el que lleva el procedimiento dentro del juicio y piénsese también en el poder que tiene ese juez y de la seguridad que lo rodea. ¿Qué seguridad existe en que los mediadores van a conducir el proceso sin alterar la igualdad de las partes? La Justicia a través de sus órganos es la que debe determinar los requisitos que los mediadores deben reunir.

La presencia del mediador fue tomada, inclusive, como un rol del ejecutivo a través de funcionarios por ella capacitados dentro de la limitación exclusiva y excluyente de un poder independiente.

Lo cierto es que el temperamento opositor al proyecto no tiene más argumentos que el temor de los jueces a perder un espacio que nunca ejercieron eficazmente: la conciliación, la pacificación estricta sin necesidad del sofisma sentencial.

Lo hasta ahora expuesto respecto a la metodología de actuación del mediador releva de mayores comentarios, al estar justamente fuera del proceso su actividad central.

No sustituye ninguna función jurisdiccional, solamente coadyuva en la búsqueda de soluciones factibles y opina sobre conveniencias. Pocas veces sugiere o recomienda, apenas acerca intereses opuestos con el consejo autorizado de su experiencia e idoneidad.

Tales actitudes, supuesta presencia y mecanismo de participación, no importan injerencias extrañas en el proceso; menos aun de roles contrapuestos con la independencia entre poderes.

No hay agravio a investidura alguna, sino un complemento útil a la eficacia del servicio de pacificación entre los hombres que en parte alguna se reserva al dominio exclusivo del Poder Judicial.

El debate parlamentario de la Ley 24.573 reiteró la polémica. El dictamen de minoría en el Senado de la Nación, al respecto, fundamentó que la obligatoriedad de la mediación contraría una de las características fundamentales de la institución cual es la voluntariedad. Al respecto, debe suponerse que si no existe en las partes una voluntad negociadora dispuesta a ceder pretensiones a cambio del reconocimiento de otras por la contraparte, no habrá mediación posible. Es más, la obligación de las partes de exponer sus pretensiones a un tercero y de soportar todo el trámite de una mediación que no están dispuestas siquiera a considerar y menos aún a aceptar, sólo dilataría la intervención judicial, cuestión de vital importancia ya que en modo alguno puede restringirse

al justiciable su acceso a la jurisdicción. Párrafo aparte merece el carácter intervencionista del proyecto dado por intromisiones injustificables del Poder Ejecutivo en el Judicial. De la simple lectura de su articulado, aquél refleja que todo lo relativo a la persona del mediador queda en manos del Ministerio de Justicia. Ya en el artículo 1° se dice que las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia, vale decir que ni siquiera es posible evitar el trámite de la mediación obligatoria demostrando que se intentó, sin éxito, evitar el pleito, por ejemplo, a través de un intercambio postal o telegráfico entre las partes y sus letrados, o que hubo reuniones previas entre ellos.

En la exposición del miembro informante (Senador Jorge J. Cendoya) se dijo también que el proyecto no solamente violentaba el principio básico establecido en la Constitución Argentina de la división de poderes, y el mismo artículo 109 que prohíbe al Poder Ejecutivo entrometerse en el conocimiento de causas judiciales, sino también, fundamentalmente, al artículo 18 que consagra la garantía inmediata de acudir a la jurisdicción para dirimir las cuestiones entre partes.

Iguals críticas, aunque variando argumentos, el senador Romero Feris sostuvo que se estaba frente a un proyecto teñido por la ambición acaparadora del Poder Ejecutivo.

1.3 El trámite en la Ley 24.573

Señalamos recién que no es preciso dotar al sistema de un procedimiento ritual, bastando que se ofrezcan líneas de conducción administrativa.

No obstante, la Ley 24.573 articula un procedimiento muy preciso, casi meticuloso, que por su casuismo introduce algunas cuestiones difíciles de esclarecer si no es través de la experiencia que el tiempo y el desarrollo pueda brindar.

El artículo 4° dice: "El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecerán por la vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis".

En los tres días siguientes el interesado deberá notificar al mediador sobre el contenido y alcance del

conflicto, a cuyo efecto, aquél, apenas informado, ...fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes... (artículo 6).

Ambos litigantes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones (artículo 7).

El plazo para la mediación es de sesenta (60) días corridos a partir del emplazamiento a la parte accionada o al tercero requerido, salvo en los casos de procesos de ejecución o juicios de desalojo que se abrevia a treinta (30) días (artículo 9), o el acuerdo entre partes que permite ampliar el plazo vencido.

No se prevé un número determinado de audiencias, de manera que pueden ser tantas como necesarias mientras corra el término antes dicho.

2. PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES AL TRÁMITE DE MEDIACIÓN

Se destacan inmediatamente en la evolución del instituto, principios procesales que operan a pleno en el desarrollo del procedimiento de mediación.

La celeridad resulta quizá una de las bondades más evidentes, si tenemos en cuenta el breve tiempo que insumen las tratativas de solución.

La mediación prevista en el Decreto 1480/92 se inserta en un grupo más amplio de medidas tendientes a la gran reforma judicial argentina, y en éstas, el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene pensado el régimen alternativo en el artículo 310 apartado B, por el cual se indica que el Juez podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días.

También el estudio de los profesores Carlos J. Colombo, Raúl A. Etcheverry, Julio Cueto Rúa y Héctor G. Umaschi, de reformas al derecho adjetivo ha previsto en el anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, un libro completo (Libro VI) denominado Procedimientos alternativos de resolución de conflictos que trata en el capítulo I sobre la mediación (artículos 766/776), en el capítulo II sobre el tercero neutral (artículos 777/784) y en el capítulo III sobre el proceso arbitral en tres secciones: juicio arbitral; pedidos de

transformación de los procesos de conocimiento en arbitraje, y arbitraje laboral.

El anteproyecto, que tiene estado parlamentario, se encolumna tras el sistema de conciliación y mediación implementado por la Ley 24.573.

En los Centros de Mediación norteamericanos los reclamos se resuelven en una o dos audiencias que no toman más de tres semanas con un desarrollo aproximado de hora y media por acto celebrado.

Las primeras estadísticas señalan que sobre 4.000 pleitos un 82% logra conciliar⁷.

El principio de economía procesal luce en el cuadro sus perfiles más eficientes. No sólo por la economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además por la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a la mediación, o por los gastos y honorarios que eventualmente signifique.

La rapidez aparece nuevamente otorgando una gran eficacia al servicio prestado, aun cuando no hubiera logrado el acuerdo, jamás su tránsito puede ser absolutamente inútil.

La informalidad es otro de los beneficios que reporta. Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial, lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso, como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía, trae un nuevo contingente para alentar el uso de la mediación.

También promedia una ética de la mediación a partir de la confidencialidad del sistema y del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentará armonizar el conflicto de partes. Estos, a su vez, al admitir la colaboración del mediador, saben que no podrán

⁷ Cfr. Revista Libra nro. 1, cit., p. 17.

argumentar las confesiones recíprocas del procedimiento cumplido si, eventualmente, se frustrara la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto común.

Finalmente, a nadie escapa que a través de la mediación se descongestiona la actividad tribunalicia liberando a los jueces de tareas que muchos otros pueden realizar con mayor seguridad y eficacia.

3. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS CAUSAS QUE FACILITAN LA INSERCIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de esta situación, que impactan la vida diaria de los habitantes?

1. Falta de igualdad de oportunidades ante la ley. Sólo los ricos o educados, que pueden tener acceso a abogados reciben los beneficios de la justicia. Los habitantes de menores recursos están excluidos del sistema de justicia.
2. Falta de receptividad o comprensión de las circunstancias diferenciales de algunos conflictos, tales como problemas concernientes a indígenas, pobres, mujeres o analfabetos. Hay una gran población auto-marginada del acceso a la justicia por tener características diferentes a la mayoría blanca.
3. Riesgo de preferencias o corrupción de los jueces. Aun cuando ciertas poblaciones se acerquen a la justicia, se ven confrontadas a un sistema desigual que va a defender ciertos intereses de grupos con conexiones con la justicia o los jueces o el poder político dominante. Si la justicia es sensible a presiones de poder o dinero, litigantes pobres o tradicionalmente en desventaja, (tales como poblaciones analfabetas o indígenas) verán siempre la diferencia de poder mantenida por el sistema, que no se interesa en balancear el poder entre las partes.
4. En el caso de acceder a los servicios de la justicia actual, los resultados serán no adecuados a las necesidades del litigante, sino decididos por la óptica autoritaria de los abogados o jueces, quienes decidirán lo que ellos quieran sin consultar los intereses de las partes.
5. Las soluciones ofrecidas por el sistema legal están contenidas en leyes formales que, aplicadas estrictamente, no contemplan casos particulares

tales como problemas de minorías, o de género, en los cuales los jueces son ignorantes. Dada esta disparidad, las soluciones son injustas.

Hay, en consecuencia, dos niveles de análisis en el problema de la ineficiencia de la justicia. Un nivel lo constituyen los elementos formales de capacidad institucional y el otro está constituido por las consecuencias de dichas deficiencias, institucionalizadas en la sociedad en general.

3.1 Cuadro comparativo

JUSTICIA TRADICIONAL		
PRINCIPIOS Y VALORES SOCIALES ACERCA DE LA INTERACCION DE LAS PERSONAS	PERCEPCIÓN GENERALIZADA ACERCA DE LA JUSTICIA EN CRISIS	SISTEMA DE JUSTICIA INEFICIENTE
Normas no democráticas de interacción. Exclusión de algunos sectores sociales, generalmente aceptada, de la provisión de justicia. Alta competitividad (<i>win/lose</i>). Mentalidad autoritaria.	Corrupción y abuso de poder. Servicios lentos y no adecuados. Costo elevado. Insuficiente cobertura de la población. Procedimientos lentos y autoritarios. Desinterés popular por la justicia.	Demora en la resolución de los casos. Personal insuficientemente preparado. Jueces sin actualización. Mentalidad litigiosa y adversarial.

4. DESARROLLO INSTITUCIONAL

En Argentina, existe una dependencia oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Dirección Nacional de Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos, que desarrolla el Plan Nacional de Mediación y ofrece en su página de Internet las siguientes explicaciones:

¿Qué es la mediación?

- Es un procedimiento no adversarial, donde un tercero neutral—el mediador—conduce un proceso de negociación, asistiendo a las partes para que arriben a un acuerdo.
- Las características definitorias de la mediación son la voluntariedad y el consentimiento de las partes para participar y el acuerdo entre ellas en mantener la confidencialidad del procedimiento.
- El mediador asiste a las partes en una posición neutral en la construcción de un marco de colabo-

ración que les permita arribar juntos a una solución mutuamente satisfactoria.

- El procedimiento consiste en la celebración de audiencias con el mediador quien, utilizando técnicas específicas, facilita el diálogo.
- Un aspecto muy importante de la mediación es que la relación entre los participantes se plantee sobre las bases de la cooperación, de la disminución de la tensión y de una buena comunicación.
- El hecho de encontrarse los involucrados cara a cara, con la consiguiente oportunidad de hablar y escucharse, humaniza y personaliza la relación, produciendo un impacto positivo en la actitud de los participantes.
- La mediación tiende a que el proceso finalice con un acuerdo, el que puede ser parcial o total. De este acuerdo se deja constancia escrita, donde se indica el resultado obtenido y es firmado por los interesados.

Objetivos

- Promover un mecanismo no adversarial para la resolución de conflictos.
- Proporcionar una alternativa posible a la necesidad de solución de ciertas categorías de litigio para los que el sistema tradicional no tiene la mejor respuesta.
- Promover el protagonismo de los involucrados, ya que son ellos mismos quienes intervienen en la resolución de sus conflictos.
- Contar con un medio de solución de conflictos menos formal y más ágil, en contraste con los procesos judiciales.

Características

- La concurrencia a mediación puede ser obligatoria o espontánea.
- En la República Argentina existe la Ley 24.573, en vigencia desde el 23 de Abril de 1996 que estableció la concurrencia obligatoria a mediación, antes de iniciar un juicio en los fueros civil, comercial y federal en lo civil y comercial. El Decreto 91/98 reglamenta esta ley.

- Los reclamos en este caso son de orden patrimonial y es obligatorio para ambas partes concurrir con sus abogados.
- La falta de este requisito y la inasistencia a la primera audiencia se considera incomparecencia y se sanciona con la aplicación de una multa.
- Además del régimen previsto por la Ley 24.573, existen servicios comunitarios de mediación a los que se puede concurrir espontáneamente. Los hay privados, con aranceles variables y también gratuitos.

Rol del mediador

Su tarea básica es explorar las necesidades y los intereses de las partes a fin de que se replanteen el conflicto, sobre la base de los verdaderos temas involucrados y comprendan los de la contraparte.

Se puede decir entonces, que la función del mediador implica:

- Facilitar la comunicación, de manera que ambas partes puedan escucharse.
- Ordenar los reclamos sobre la base de las necesidades e intereses, para que puedan ser comprendidos por la otra parte.
- Consolidar las coincidencias.
- Ayudar a trabajar las disidencias.
- Asegurarse de que ambas partes tengan conocimiento de sus derechos.

Conflictos mediables

La mayoría de los conflictos pueden ser tratados en mediación, cuando se cuenta con la voluntad de las partes de constituir un espacio de negociación pacífica y examinar conjuntamente las alternativas de resolución de la disputa.

Salvo excepciones, en que las leyes exigen la intervención de un juez, varios conflictos pueden someterse a mediación y arribar a una solución extrajudicial. Tal es el caso de los siguientes tipos de disputas, entre otras:

Sobre negocios

- Alcances de cláusulas contractuales
- Organización, administración y divisiones societarias
- Cobros de sumas de dinero

Sobre familia

- Tenencia de hijos
- Régimen de visitas

- Alimentos
- Disolución de la sociedad conyugal

Asuntos entre vecinos

- Daños
- Convivencia
- Ruidos
- Medianería

Sobre inmuebles

- Locaciones
- División de condominio
- Cuestiones consorciales

Sobre sucesiones

- División de herencias
- Controversias entre sucesores

Sobre daños personales y reclamos a Compañías de Seguros

- Daños y perjuicios
- Responsabilidades por mal desempeño profesional (mal praxis de médicos, abogados, arquitectos, etc.)
- Gastos por siniestros
- Otros

Se debe tener en cuenta, que todo asunto que afecte la convivencia entre personas, es pasible de ser tratado en mediación.

Elección de un mediador

En el caso de la Ley 24.573, el mediador es sorteado en sede de la Cámara del fuero correspondiente. También puede ser elegido, a partir de un mecanismo predeterminado por el Decreto 91/98, con el acuerdo de las partes.

La Ley 24.573 de mediación y conciliación establece *la instancia previa y obligatoria antes de iniciar acciones judiciales* en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, dicha ley permite dar por cumplido el trámite de mediación previa, accediendo a un mediador de dos maneras:

1. Por sorteo o por la llamada mediación oficial, ante la mesa de entradas del Fuero donde correspondería iniciar judicialmente la acción.
2. Por decisión de las partes o la llamada mediación privada, en la cual:
 - a) El mediador puede ser elegido por acuerdo de partes, o
 - b) propuesto por una de las partes a la otra.

Es importante destacar que el trámite en la denominada mediación oficial o de sorteo como en la llamada privada, aquel que es designado mediador debe ser abogado, cumplir con la capacitación específica establecida reglamentariamente, matricularse e incorporarse al listado de mediadores en esta Dirección Nacional, certificando el cumplimiento de los requisitos correspondientes.

Entre los factores que hacen que la elección de un mediador en forma privada se torne una alternativa conveniente, podemos mencionar por ejemplo: la especialización del tercero neutral, ubicación geográfica y fácil acceso a las oficinas de mediación, disponibilidad horaria, etc.

Centro de Mediación

En la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia, también funciona un Centro de Mediación.

Este servicio es gratuito. Pueden solicitarlo abogados de parte o, individualmente, cualquier persona involucrada en un conflicto.

La recepción del servicio, está sujeta a la disponibilidad de recursos con que cuenta el Centro.

Para una mejor información, se puede concurrir al Centro de Mediación y mantener una entrevista de orientación con el mediador de guardia.

Instituciones formadoras en mediación y en conciliación laboral

La habilitación y registro de Instituciones Formadoras en Mediación y Conciliación Laboral se realiza previo análisis de las presentaciones de las instituciones solicitantes.

La tarea de habilitación requiere el estudio del legajo individual que contiene los aspectos formales – institucionales, el cuerpo docente y, los dispositivos pedagógicos.

La Resolución Ministerial 284/98 desarrolla este programa referido a la formación y capacitación continua de mediadores y la Resolución Ministerial 241/99, se refiere a la capacitación continua de conciliadores laborales.

Se prevé visitas a las Instituciones Formadoras habilitadas, con el fin de observar el desarrollo de los programas aprobados y controlar, los requerimientos formales de acreditación.

Asistencia técnica nacional e internacional

La Di.Na.M.A.R.C. brinda asistencia técnica a instituciones públicas y privadas, gobiernos provinciales y países, respondiendo a demandas formuladas por escrito, en relación con la elaboración e implementación de proyectos sobre mediación, tales como planificación y organización de Centros de Mediación o de Programas de Formación en mediación.

5. ESTADÍSTICAS *

Entre el 23/4/96 al 31/12/98 se someten al sistema de mediación pública 104,704 asuntos y hasta el 23/4/99: 6608, con un total de 111,312 mediaciones.

En el mismo período ingresan a la justicia 442,691 causas, entre el 23/4/96 al 31/12/98 y en el año en curso, hasta el 24/4/99: 26,008 juicios.

En porcentajes las mediaciones previas desviaron del sistema judicial el 20,09 % de los litigios, en el período extenso. En el año en curso la mediación captó el 20,26 %.

Ello demuestra una constante en la cantidad de asuntos absorbidos por la mediación oficial.

5.1 Modo de conclusión de las mediaciones

Del total de asuntos los mediadores informan la conclusión del trámite del 75,94 % al Registro. Ello llama a la reflexión sobre la eficacia de los controles por parte del órgano de aplicación.

Sobre un universo de 84,525 mediaciones informadas, las cifras muestran que el 27,09 % no fueron mediadas, el 30,63 % fueron acordadas y el 42,29 % cerraron sin acuerdo.

Sin embargo resulta útil pensar que sobre 61,631 mediaciones en las que las partes participaron del proceso, es decir se sentaron a la mesa el nivel de acuerdos alcanza al 42 % (25,888 con acuerdo y 35,743 sin acuerdo).

Con relación a los asuntos no mediados los datos estadísticos de las distintas variables se calculan sobre el total de las mediaciones concluidas e informadas que alcanzan a 84,525.

Otro enfoque interesante resulta de calcular las mismas variables sobre el número de asuntos "no mediados" que alcanza a 22,894, con los siguientes resultados:

No mediados por imposibilidad de notificación	21,94%
No mediados por incomparecencia requirente	5,65%
No mediado por incomparecencia requerido	47,01%
No mediado por incomparecencia del abogado	1,35%
No mediado por decisión del requirente	5,94%
No mediado por decisión del mediador	1,12%
No mediado por decisión de ambos	9,24%
No mediado por recusación o excusación	0,15%

De tales porcentajes se desprende que el 68,95 % de los asuntos no mediados se debieron a la imposibilidad de notificación o a la incomparecencia del requerido;

- Que los abogados no ofrecen significativa resistencia a la mediación (2,70 % de las causas no mediadas por incomparecencia o decisión del letrado);
- Que las decisiones unilaterales de requeridos o requirentes de no mediar tienen parecida incidencia (5,94 % y 6,25 % respectivamente);
- Que la decisión de ambos de no mediar es del 9,24 %;
- Que la recusación o excusación del mediador carece totalmente de relevancia.

5.2 Sobre los mediadores habilitados y la cantidad de mediaciones mensuales: Crisis del sistema

Al implantarse el sistema en mayo de 1996 la frecuencia de mediaciones asignadas mensualmente a cada mediador era de 6,18%.

En abril del corriente año, sobre un total de 2,551 mediadores habilitados, la asignación de mediaciones, por mediador, alcanza a una mediación mensual.

Si el índice de mediaciones con acuerdo, conforme las estadísticas, es de 30,63 %, en el período medido, cabe suponer que un mediador cierra una mediación cada tres meses (una de cada tres mediaciones).

* Fuente: TULA, Antonio Ricardo, "La mediación pública a la luz de las estadísticas", En: Suplemento La Ley de Resolución de conflictos, del 11 de Junio de 1999.

Si promediamos los tres niveles de aranceles previstos por vistos por el Decreto 91/98, estimaríamos en \$ 350 las expectativas económicas trimestrales de un mediador; con la posibilidad de percibir \$ 116 mensuales (excluyendo los gastos administrativos que supuestamente se cubren con los \$ 20 previstos por el Decreto 91/98) más \$ 15,00 del arancel, por mediación.

Es imposible imaginar que con tales ingresos puede abonar la matrícula, capacitarse, sostener el lugar de mediación, cubrir sus necesidades personales y sentir estímulo por la tarea.

Si se pone el énfasis en la excelencia del profesional de la mediación, basada en la experiencia, sólo se puede contabilizar un promedio de 2 a 4 horas mensuales de práctica.

Las mediaciones no cerradas representan un crédito futuro de incierta cobrabilidad. Prueba de ello es que el 50,95 % de las mediaciones sin acuerdo, o no mediadas, informadas al Registro nunca regresaron a la justicia y tampoco se cobraron, conforme surge de la experiencia de los colegas consultados y de la propia del suscripto.

El Estado realizó una fuerte apuesta al ingresar la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos y los resultados son prudentemente favorables. Sin embargo no se entiende la torpeza de persistir en un sistema de matriculación sin límite en el Registro y la total omisión de controles hacia los mediadores habilitados.

Es necesario apostar a la formación de profesionales de la mediación destacados por su excelencia, basada en la experiencia y continua capacitación.

El instituto no representa un *hobby* o una tarea menor dentro de un estudio jurídico (o en el *living* de la casa de una letrada).

Su utilización es paradigmática en otras partes del mundo, como un procedimiento que permite desarrollar las habilidades negociadoras de las partes, en un clima de colaboración, ayudando a la paz social y a un mejor encuentro entre los hombres.

Como tal debe ser jerarquizado en la persona del mediador y ello no se compadece con una respuesta económica inferior al mediador y ello no se compadece con una respuesta económica inferior al menor nivel de salario de la escala laboral.

6. ACUERDOS EN MONTOS DE MEDIACIÓN

Las mediaciones conforme los montos de acuerdo arrojan resultados interesantes, agrupadas de la siguiente manera:

- a) Mediaciones de \$ 1,000 a \$ 5,000
(20,70% sobre total sorteo) 56,25% de acuerdos.
- b) Mediaciones de \$ 5,001 a \$ 10,000
(7,31% sobre total sorteo) 45,32% de acuerdos.
- e) Mediaciones de \$ 10,001 a \$ 40,000
(8,51% sobre total sorteo) más del 33% de acuerdos.
- d) Mediaciones de \$ 41,001 a \$ 70,000
(2,62% sobre total sorteo) 29,00% de acuerdos.
- e) Más de \$ 70,000
(5,59 % sobre total sorteo) 21,63% de acuerdos.
- f) Montos indeterminados
(55,26% sobre el total sorteo) 38,19% de acuerdos.

Si bien es importante la cantidad de mediaciones iniciadas por monto indeterminado, merituar su resultado, por montos acordados, no resulta posible por carecer de información al respecto.

Sobre las mediaciones con montos denunciados se advierte un buen nivel de acuerdos hasta \$ 10,000, (más de un 45 %), una prudente respuesta de \$ 10,001 a \$ 70,000 (cercana al 30 %), y una baja incidencia en los montos superiores a \$ 71,000 (21,63 %).

6.1 Acuerdos en mediaciones optativas

El artículo 3, de la Ley 24.573 expresa: En los casos de proceso de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante.....

En el período 23/4/96 al 23/4/99 se llevaron a mediación el 17,95 % de las acciones ejecutivas o de desalojo (un 3,75 % de las mediaciones de sorteo).

En el período que abarca hasta 23/4 del año en curso se llevaron a mediación el 28,51 % de las acciones ejecutivas o de desalojo (un 3,09 % de las mediaciones de sorteo).

Cerraron con acuerdo el 65,55 % de los desalojos y el 68,56 % de las ejecuciones

El alto índice de acuerdos permite afirmar la conveniencia de someter a mediaciones las cuestiones optativas, considerando el costo beneficio entre mediación y juicio.

6.2 Acuerdos en otros reclamos patrimoniales

En los casos de consignaciones, daños y perjuicios en propiedad horizontal y división de condominio los acuerdos superan el 50 % de las mediaciones realizadas.

En los casos de restitución de bienes, rescisión de contrato, resolución de contratos, escrituraciones daños y perjuicios en cuestiones de vecindad y cobros, los acuerdos superan el 40 % de las mediaciones realizadas.

En los casos de "cumplimiento de contratos" y "rendición de cuentas" las estadísticas marcan un promedio cercano al 40 % de las mediaciones realizadas.

En los casos de daños y perjuicios en general y daños y perjuicios en accidentes de tránsito sin lesiones, los acuerdos superan el 30 % de las mediaciones realizadas.

6.3 Acuerdos en mediaciones sobre responsabilidad profesional y mala *praxis* médica

Los acuerdos sobre responsabilidad profesional ofrecen un bajo rendimiento que se refleja en 28,57 % de las mediaciones realizadas.

Son destacables los exiguos resultados en materia de mala *praxis* médica, que arroja un nivel de acuerdos del 12,23

6.4 Acuerdos en temas de familia

En un área polémica y de gran sensibilidad social, los acuerdos sobre alimentos, liquidación de sociedad conyugal, régimen de visitas y tenencia de hijos superaron el 40 % de las mediaciones realizadas (en el caso de visitas el 48,91 %).

Destacamos que mientras se discute la controvertida ley de mediación familiar, mediadores de la matrícula, la mayoría de ellos sin formación especial ni equipos interdisciplinarios, lograron un nivel estadístico alto de acuerdos.

De todas maneras la protección a las problemáticas familiares exige que tales experiencias se realicen en un marco interdisciplinario y de especialización, lo que amerita la necesidad de reglamentar estas mediaciones, encuadradas en la Ley 24.573 por una deci-

sión de superintendencia de la Cámara Civil (con excepción de las cuestiones patrimoniales a las que refiere el artículo 2°, inciso 2° de la ley 24.573).

7. ESTADÍSTICAS DE ACUERDOS EN EL PLAN PILOTO DE MEDIACIONES, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN

Al 14/2/96 el Ministerio de Justicia publicaba la siguiente estadística:

a) Mediaciones de origen externo

	Familiar	Patrimonial	
Con acuerdo	49,23 %		49,16 %
Sin acuerdo	50,77 %		50,85 %

b) Mediaciones de origen judicial

	Familiar	Patrimonial	
Con acuerdo	52,34 %		42,79 %
Sin acuerdo	47,66 %		57,21 %

Como se puede advertir, las estadísticas históricas poco difieren de la experiencia de la Ley 24.573, en términos generales.

Destacamos sí que el nivel de incomparecencia en el Plan Piloto, a las primeras audiencias, en las mediaciones de origen externo alcanzaba al 51 %, en las de origen judicial mientras que en la Ley 24.573 alcanza al 4,31% (incomparecencia del requerido 2,78% más incomparecencia del requirente 1,53%).

Esto permite definir un alto nivel de deserción en las mediaciones no enmarcadas en la derivación de un órgano judicial o una ley.

8. MEDIACIONES PRIVADAS DECRETO 91/98

Lamentablemente resulta imposible determinar la incidencia del gran número de mediaciones privadas, canalizadas bajo el régimen del artículo 3, del Decreto 91/98 (en el marco de dicha norma, hay mediadores que tramitan más de 15 mediaciones mensuales).

Es importante que el Registro exija a los mediadores que informen sobre las mediaciones públicas y privadas, ya tramitadas. Este requisito permitirá sostener el análisis estadístico del sistema.