

**LA MEDIACION COMO CULTURA Y COMO GESTION PACIFICA DE
CONFLICTOS**

**Escribanos- Mediadores Daniel V. Cócola - Marina C. Zuvilivia
COLEGIO DE ESCRIBANOS DE SANTA FE 2ª CIRCUNSCRIPCIÓN**

I- INTRODUCCION:

Partimos de la idea, que por cierto nos agrada, de concebir a la mediación como un “proceso de cambio”. Y decimos nos agrada porque consideramos al cambio siempre como algo necesario, ya que sin cambio no crecemos. El cambio resulta necesario para obtener soluciones autogestionadas, más satisfactorias para todas las partes involucradas en un conflicto.

El objeto del presente trabajo es valorar las implicancias de la mediación en la gestión pacífica de los conflictos, y los nuevos componentes que la misma introduce en el medio social en el cual se inserta, especialmente en el sistema jurídico.

II-a-LA MEDIACION Y LA OPINION SOCIAL:

Para realizar el presente trabajo intentamos primeramente tener una idea básica de la asimilación del proceso de mediación en el medio social. Utilizamos en dicha tarea la técnica “del muestreo” y efectuamos cuatro preguntas a dos grupos de estudiantes uno de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR (de 5ª y 6ª año) y el otro de la Carrera de Contador Público de la Facultad de Cs. Económicas de la UNR (de 2ª año), ambos conformados por 18 alumnos . Estas entrevistas fueron realizadas el día 07 de mayo de 2009 en las ciudades de Rosario y Cañada de Gómez. Las preguntas realizadas fueron: 1-Diga si conoce el proceso de mediación y en qué consiste, 2- ¿Se sometería al proceso de mediación en una causa propia o se la recomendaría a un cliente?. 3-Mencione las ventajas que a su juicio tiene este mecanismo frente a los métodos adversariales (proceso judicial) de resolución de conflictos?, 4- A su criterio, ¿la mediación debe ser llevada a cabo por: a) funcionarios judiciales, por abogados o por profesionales de cualquier disciplina; todos formados para ello?-

Los resultados confirmaron la percepción que los autores del presente

trabajo teníamos: el 63,88 % de los entrevistados admite conocer en qué consiste la mediación , entre los que se cuentan los que sólo admiten haber oído de ella.-El 36,12% no la conoce. Pero el 72,22% del grupo que dice conocer la mediación no sabe describir con certeza en qué consiste. El desconocimiento de los entrevistados se agudiza en los alumnos de Ciencias Económicas, pero también es importante en los alumnos de Derecho.

El 52,77 % dijeron que recurrirían a la mediación , y el 25% aclaró que recurriría dependiendo del caso en cuestión.

Entre las ventajas de la mediación se mencionaron: la celeridad (41,66%), satisfacción (25%), economía (12%), sencillez, el ser no controversial (11,11%) , la inmediatez, la libertad, la justicia, el no formalismo, y la descongestión judicial (16,66%).

El 38,88% dijo que la mediación puede ser llevada a cabo por profesionales de cualquier disciplina, el 22,22% refirió que debe ser llevada a cabo por miembros de la justicia, y el 22,22% por abogados, siendo mayor el índice de quienes optaron por funcionarios judiciales entre los estudiantes de Ciencias Económicas.

II-b-CONCLUSIONES DEL MUESTREO:

Del muestreo que hemos realizado podemos concluir que si bien la figura de la mediación ha tomado divulgación recientemente, aún dista mucho de ser cabalmente conocida por el medio social (más aún si tenemos en cuenta que las entrevistas fueron realizadas a alumnos universitarios y entre ellos a alumnos de la carrera de Derecho).

Sí es importante que el 52,77 % del total de los entrevistados confíe en el proceso de mediación como método de solución de sus conflictos.

II-c-LA ESTADISTICA DEL PODER JUDICIAL DE SANTA FE:

En segundo término acudimos a visualizar las mediaciones a través de

estadísticas brindadas por el Poder Judicial¹ las mediaciones aceptadas durante el año 2008 tuvieron un éxito del 28%, siendo de una 10% en materia contractual, de un 2% en extra-contractual, de un 50% en familia y de menos de 1% en las restantes materias, habiendo obtenido especialmente en Rosario un éxito del 51%, en Santa Fe un 72% y en el interior de la Provincia de Santa Fe un 64%--

Y con una medición desde el año 1999 hubo un 55% de aceptación de la convocatoria a mediación, siendo entre ellas los más aceptados en materia de familia y contractual.

III-CONCEPTO DE MEDIACION:

La mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual el tercero neutral -el mediador- facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. Y ello nace con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones para lograr una avenencia y ampliar las posibilidades de resolución, a menudo más allá de los puntos jurídicos involucrados en la controversia.²

Se utiliza el término mediación técnicamente para “definir un proceso en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto”.³

Por ello, la Mediación como estrategia para resolver conflictos debe concebirse como un plan, como un camino en busca de asegurar las tomas de decisiones óptimas para resolver el conflicto, estructurándose en base al reconocimiento al otro, en la reciprocidad y en la construcción con el otro.

La doctrina ha definido algunas características que podríamos decir esenciales para la configuración de la mediación.

¹ Agradecemos en este punto la información brindada por el Dr. ççGustavo Valenti.

² Judge `s Desbook on Court Adr Naional ADR Institute For Federal Judges Havard Law School November 12-13 1993, citado por Álvarez, Gladys Stella en “La mediación y el acceso a la justicia”.- Ed. Rubinzal Culzoni, páag. 1352003-

Así: 1) Principio de la auto composición versus la solución impuesta: este principio consiste en el hecho que en la auto composición las propias partes son quienes dan la solución al conflicto. Es decir, no es el tercero, no es el mediador quien da o impone la solución, éste en todo caso será un facilitador, ya que el mismo sólo procurará que las verdaderas posiciones se manifiesten, salgan a la luz.

Con lo cual podemos decir que la mediación se opone a la heterocomposición donde la solución viene impuesta desde afuera, y no es aportada por las partes del conflicto.

2) Principio de la autonomía de las partes para lograr su propio acuerdo: ⁴ Suele ser llamativo que en la mediación pese a no imponer el mediador ninguna solución a las partes, el mismo actúa con autonomía para incentivar la discusión y el arribo a un resultado: la solución del conflicto.

En este sentido, “es un sistema informal aunque estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Justamente el mediador es un intermediario, no es un juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina, a las partes, ni un terapeuta que las cura. Su función es acercar a las partes, pero lo hace en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones, abriéndolos- en fin- a soluciones creativas“.⁵

Este principio no deja de resultar interesante y también imprescindible: todos hemos presenciado, o participado de tendencias, que fundadas en una insuficiente justificación, aún contando con un conocimiento especializado del profesional, por la falta de iniciativa o ignorancia de las partes ha producido un acuerdo “ a medida del mediador” y no a medida de los mediados.

Si bien el profesional debe utilizar sus habilidades del mejor modo,

³ Alvarez, Gladys Stella ob. cit.pág. 136

⁴ Highton y Alvarez, en Mediación para resolver conflictos citado por Alvarez, G. ob. cit. pág 136.

⁵ Alvarez, Graciela S. ob. cit. Pág.137.

siempre puestas al servicio de los requirentes, en la mediación, ello ni implica ni justifica que imponga su criterio, sino que debe permitir que los mediados auto-decidan.

En este sentido el mediador “debe ...despojarse de algo del poder que se le atribuye, definiendo el campo en que está dispuesto y es capaz de ejercer su cometido: debe controlar el proceso, pero las partes deben ser dueñas del contenido y del resultado”⁶. Es decir, el poder del mediador debe ser utilizado limitadamente a la conducción ordenada del proceso y a equilibrar las fuerzas de las partes.

IV-LA MEDIACION Y SU CONTEXTO:

No hay dudas que el medio impone a los individuos la imperiosa satisfacción de ciertas necesidades-algunas reales y otras creadas por él-. Es en ese marco que el individuo debe desarrollarse dentro también de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Esas necesidades “son producto de los prejuicios que inculca el medio, a través de las campañas publicitarias y otra múltiples formas de presión social, a tal punto que algunos procuran satisfacerlas y viven esta situación como si fuera un acto de libertad y hasta de diferenciación. Si no lo consiguen, sienten frustración. Los deseos o preferencias autónomas, legítimas, suelen ser objetos de elección deliberada, en cambio las otras suelen ser impuestas en circunstancias no fácilmente neutralizables por el individuo”.⁷

En realidad, en virtud de los signos de humanidad que nos distinguen deberíamos poder abstraernos de la presión que el medio ejerce sobre nosotros en cuanto a la creación de necesidades no fundamentales, pero sabemos que lograrlo enteramente es, y también por nuestra propia naturaleza, algo imposible.

Sucede que el hombre es un ser inserto en una sociedad determinada, en un tiempo determinado, con sus especiales y diversos valores. Y en

⁶ Alvarez, Graciela S.ob. Cit. Pág. 139.

⁷ Ares de Giordano, Consuelo.” Mediación, conflictos y soluciones razonables”.Ediciones Jurídicas Cuyo.2004, pág,48.

ese marco social es en el cual debe desarrollarse. Pero para desarrollarse también deber participar en proyectos de la comunidad, y entre ellos en los que procuren la disminución de conflictos de todo tipo, sean basados en cuestiones económicas, sociales, culturales, o la yuxtaposición de todos ellos.

Con lo cual afirmamos que los individuos (y nos incluimos en la falencia) debemos inmiscuirnos en la sociedad, participando activamente, sea desde la política, sea desde organismos no gubernamentales. Es común escuchar decir al ciudadano promedio, que “no es político” o que “la política no le interesa” con un dejo de orgullo, refiriendo con ello que “tiene las manos limpias”; pero no es común escuchar a ese mismo ciudadano promedio que refiera que “participa en tareas comunitarias o en entidades no gubernamentales”. Es cierto que los hay, pero la conciencia general de la necesidad de participación en ellas todavía es baja porcentualmente. Y entendemos que esto es también algo que debe enseñarse y fomentarse, como uno de los derechos fundamentales del individuo.⁸

La “vida colectiva se organiza y se desenvuelve en el marco del orden público impuesto desde allí”⁹

Se ha dicho:”un presupuesto esencial de la participación es la convivencia en un cierto orden social, garantizado por el sistema institucional. En toda sociedad civilizada encontramos una compleja trama de técnicas o procedimientos, instituciones y valores que, si bien no son coincidentes, armonizan entre sí, y facilitan la convivencia en paz. Esa estructura institucional es un elemento básico de su dinámica política y económica, de su desarrollo. La vida colectiva se organiza y desenvuelve en el marco del orden público impuesto desde

⁸ Al respecto se ha dicho que :” Para lograr una participación plena de los ciudadanos deben tenerse en cuenta dos requisitos: la eficacia- que la toma de decisiones se efectivice en soluciones concretas y no se dilate indefinidamente-y la disponibilidad individual-aceptar que cada uno se involucre en los problemas comunes desde su situación particular, - pues no existe un único modo exigible. Ambas son condiciones posibilitadoras, y a la vez limitantes, de la participación para la construcción de a vida social. Si no se atiende suficientemente a ellas se puede llegar a provocar apatía en los ciudadanos, que se retiran de los espacios sociales abiertos, al ver que nunca se toman en cuenta sus aportes, o bien que se lo condiciona constantemente en vistas de lograr determinados resultados, ajenos a las posibilidades reales de cada uno”.Ares de Giordano, Consuelo, ob.cit. Pág. 48,

⁹ Ares de Giordano, Consuelo, ob. Cit. Pág. 49.

allí. Desde ella pueden establecerse los modos de gestión democrática, la participación colectiva, la determinación de prioridades, con el consiguiente mecanismo de control posterior. Las instituciones no son sino hechos sociales reglamentados, formalizados y sometidos al dispositivo jurídico- político.

Y mediante el funcionamiento de dichas instituciones el llamado orden público, en una sociedad dada persigue la seguridad jurídica como basamento de paz social y disminución de la conflictividad.¹⁰

Pasaremos entonces a analizar qué entendemos por seguridad jurídica.

V-LA SEGURIDAD:

“El concepto de seguridad se caracteriza por oposición al de riesgo. La seguridad, se obtiene eliminando el riesgo y aún puede decirse que la seguridad es un riesgo negativo. El riesgo, según la noción usual, “es la contingencia de un daño“.¹¹

El concepto de seguridad jurídica se “siente” más que se define y es una de las aspiraciones de todo Estado.

En cada ordenamiento existen numerosas normas que persiguen lograr esta finalidad en sí misma, que en la generalidad de los casos tienen raigambre constitucional.¹² Nos remitimos a las políticas federales de seguridad . El derecho que tratamos obliga, pues, a instrumentar una policía de seguridad por parte del Estado, que obviamente supera la simple misión de custodiar el orden público, y también un ministerio público cuya primera tarea sea bregar por la legalidad constitucional,

¹⁰ En este sentido se ha afirmado:”Actualmente , la paz social es un valor que se complementa con el de la justicia. Por eso, las vías o modos alternativos pueden reconocerse como genuinas en ese sentido. Existen pequeñas tensiones , aunque por su repetición se vuelven graves, como problemas de convivencia entre vecinos, reclamos puntuales de los consumidores, que afectan tanto la vida cotidiana, aunque objetivamente no tengan entidad suficiente, que su solución no puede esperar. En muchos de ellos no es determinante la aplicación rigurosa del derecho, por lo tanto, casi se impone aceptar esas vías complementarias para atenuar la conflictividad entre los ciudadanos. “Ares de Giordano, Consuelo, ob. cit. Pág. 72.

¹¹ Olivera, Julio H. “Oferta y demanda de seguridad“.Boletín del Centro Naval, nº 745, Bs. As. 1986, pág. 89, citado por Milla, Fernando A. ob.cit. Pág.115-

¹² Así en el derecho argentino, encontramos: los deberes estatales de consolidar la paz interior, proveer a la defensa común (Preámbulo de la Constitución Argentina), disponer el estado de sitio si hay conmoción interior o ataque exterior (art. 23), cuidado de los presos (art. 18) establecer impuestos excepcionales si la seguridad común lo justifica (art. 75 inc 2) a más de velar por la seguridad de las fronteras (art. 75 inc. 16), etc

incluso ante los desbordes de las autoridades.-¹³

Justamente es el derecho quien contribuye al logro de la seguridad. Como expresa Legaz Lacambra: “el carácter fundamental de la seguridad es lo que han expresado en todas sus versiones, las doctrinas del contrato social... Lo mismo, pues si se interpreta la doctrina pactista en sentido histórico que si se hace en un sentido paradigmático o racional, se ve que la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un derecho, o , dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico. En efecto, puesto que el Derecho es un orden y una forma de vida, es claro que ha de responder constitutivamente, ante todo, a la exigencia de hacer posible esta misma vida contribuyendo a crear una situación general de pax et tranquillitas, es decir, asegurar la paz.”.¹⁴

Para Elías Díaz: “ En cuanto sistema normativo, el Derecho se manifiesta como sistema de seguridad: control social para la implantación y realización de un determinado modelo de organización social. En su forma más primaria e inmediata, pero dotada ya de un cierto contenido, el valor “seguridad jurídica” aparece , por tanto , no como algo que el Derecho debe hacer, sino como algo que el Derecho, tal y como es, irremediabilmente hace en su funcionamiento normal”¹⁵

La seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho , pero no es ni el único ni el supremo, pues en el Derecho deben plasmar una serie de valores de rango superior: justicia, utilidad común, etc- Ahora bien, aunque el Derecho se refiera a esos

¹³ En “Montalvo” LL 1991-C-80, la Corte Suprema de la República Argentina, admitió que la “sociedad espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud, y seguridad públicas, admitiendo de tal modo el rango constitucional del concepto que tratamos. #

¹⁴ Filosofía del Derecho, Bosch, 19 79, pág. 604, citado por Cuenca Anaya Francisco, “El notario y los fines del derecho”, conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, el 22 de marzo de 1984, y publicada en “LA seguridad jurídica y el notariado”, Ed. Revista de Derecho Privado, 1986, pág. 15.

¹⁵ Elías Días, : Sociología y Filosofía del Derecho” Taurus, 1977, pág. 41.citado por Cuenca Anaya, Francisco, en “El notario y los fines del derecho”, conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, el 22 de marzo de 1984, publicada en “La seguridad jurídica y el notariado”. Ed. Revista de Derecho Privado-1986.pág. 16.

valores y encuentre, además en ellos su justificación (en la medida en que los realice), no los contiene dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. Sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo, ni justo ni injusto de ninguna clase. El derecho debe servir a ser justo, al bien común.¹⁶

El citado Elías Díaz dice que la Seguridad jurídica tiene una doble dimensión: como hecho y como valor, y en este segundo aspecto se establece una íntima relación con la justicia: “ Comienza a haber seguridad jurídica, en este nivel más pleno que trasciende el plano de la mera legalidad, cuando esas exigencias éticas, exigencias de justicia-libertades fundamentales y derechos humanos- están adecuadamente incorporadas a un sistema normativo jurídico y coherente y protegidas por toda la fuerza de que dispone el Derecho positivo, intentando hacerlas reales y eficaces en el marco de una determinada sociedad. Sin ello, sin un proceso siempre abierto de positivación y realización de esas exigencias éticas, no hay propiamente seguridad jurídica, aunque exista sistema de legalidad.”¹⁷

Porque la idea de seguridad jurídica surge en el Derecho privado, han sido las relaciones jurídicas entre los particulares las que han percibido originariamente su importancia.

Sin embargo ha sido recientemente cuando la seguridad jurídica se ha convertido en un valor altamente cotizado, exportable a los más variados ámbitos de las relaciones sociales. Varios factores, influenciaron para que así sea. Baste señalar que, por un lado, la mayor complejidad actual de las relaciones socioeconómicas y el armazón jurídico que las reviste dificultan su comprensión y favorecen los fraudes, cuya repercusión es enorme por la contratación en masa a que se ve avocada una gran parte de la población. Por otro lado, no es de extrañar que la seguridad jurídica sea considerada actualmente

¹⁶ Cuenca Anaya, Francisco, en “El notario y los fines del derecho”, conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, el 22 de marzo de 1984, publicada en “La seguridad jurídica y el notariado”. Ed. Revista de Derecho Privado-1986.pág. 16.

prioritario objetivo a lograr en nuestra sociedad occidental, ocupada en tiempos no muy lejanos en alcanzar un sistema estable, libre y pacífico de convivencia. Garantizando un mínimo imprescindible, resulta lógico que se trate actualmente de potenciar esos otros valores que refuercen el sistema social, eliminen conflictos y hagan fluidas y menos onerosas para los Estados las relaciones jurídico privadas, favoreciendo, en definitiva, la paz social. Este es el caso de la seguridad jurídica.¹⁸

Hay un derecho preventivo o cautelar en el que cabría integrar y ordenar, estudiándolas bajo la luz de unos principios rectores propios-y por supuesto comunes, toda la serie de figuras, instituciones y mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que las relaciones privadas, los derechos subjetivos, puedan nacer y desarrollarse amparados por precauciones y garantías diversas que reduzcan al mínimo sus riesgos de conflictividad y decadencia; y que , aún no pudiendo conjurar plenamente el evento del conflicto, les sitúen en condiciones de ventaja en el supuesto de que un tal evento se produzca.¹⁹

Entre las instituciones que adquieren preponderancia para el logro de la seguridad jurídica se encuentra el sistema judicial, porque justamente gira a su alrededor la posibilidad de esa convivencia pacífica mencionada el hombre es un interlocutor válido de las cosas que le afectan, por eso su opinión debe ser tenida en cuenta al momento de pretender cambiarlas. Es la única manera de lograr que la innovación se efectivice. Como dicen los especialistas, la sociedad no se cambia por decreto. Si no se involucra a los directamente afectados, el intento queda en letra muerta. Pero esa participación conlleva la necesidad de que estén dadas todas las condiciones para que sea exitosa. No todos los ciudadanos tienen naturalmente la posibilidad no

¹⁷ Ob cit. paag. 47 y 48, citado por Cuenca Anaya, Francisco, ob. cit. pág. 20

¹⁸ Riera Alvarez, José Antonio “La colaboración notarial y registral como garantía de seguridad jurídica”. Pág. 186

¹⁹ Mezquita del Cacho, José Luis “LA función notarial y la seguridad jurídica”. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, el 4 de abril de 1984, publicada en “La seguridad jurídica y el notariado”. Ed. Revista de Derecho Privado, pág.83.

solamente de hacer oír su voz, sino incluso de tener algo para decir.²⁰ Es sin dudas, en este marco, que la mediación debe introducirse para resolver los problemas de la comunidad, no todo conflicto necesita de la acción judicial, pero para ello entendemos que resulta necesario “un cambio de mente” en la comunidad, y, fundamentalmente en los operadores del derecho.

VI-SURGIMIENTO DEL CONFLICTO:

Conceptualmente, la palabra conflicto, en una posición extrema nos da la idea de combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada; y en una posición más atenuada lo asimilamos a una situación de difícil salida, problema, cuestión, materia de discusión; sea uno u otro, el concepto conlleva una connotación negativa.

El ser humano tiene una esencia conflictiva, internamente el conflicto surge cuando el individuo debe decidir sobre varias opciones; en su vida de relación el conflicto aparece cuando en un mismo instante dos sujetos perciben la realidad de manera diferente, situación que afectará su relación, en mayor o menor medida, de acuerdo a los intereses, sentimientos, emociones, valores, que cada uno tenga.

Los conflictos no son ni buenos ni malos. Son. Son parte de la vida. Son naturales. Ocurren. No valoramos los conflictos por buenos o malos sino como una posibilidad de cambio.²¹

En este sentido, la colisión de derechos se da porque “lo que influye en las relaciones sociales no es el valor absoluto y objetivo, sino el relativo o subjetivo que de ellos tiene cada actor.”²²

En cualquier contexto de interacción, las discrepancias de opinión en el discurso práctico surgen por conflictos de intereses. Donde hay más de uno siempre habrá diferencia. Plantear una sociedad sin conflictos es una utopía. “..En lugar de recurrir a una cuestión

²⁰ Ares de Giordano, Consuelo, ob. cit. Pág. 50

²¹ Curuchelar, Graciela.”Mediación y resiliencia. Formación Básica. Ed. FEN,2008.- pág. 44

²² Milla, Fernando A. El conflicto extrajudicial. Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997. pág. 36.

numérica pidiendo que cada vez haya menos conflictos, lo óptimo será “ una sociedad con mayor capacidad de resolverlos. “²³

“No se trata , entonces, de pensar que “no debo tener conflictos” sino de” cómo resuelvo los conflictos.”²⁴

VII-MEDIACION Y PROCESO JUDICIAL

No existen dudas de los beneficios que la mediación conlleva, sobre todo, comparativamente con los resultados de la actividad judicial.²⁵

Primeramente, el proceso judicial, por sus especiales características no permite que se ventilen las reales posiciones de los litigantes-y esto más allá de la rapidez o no que le sea impuesta al proceso en cuestión- . La cuestión procesal suele ser muchas veces la determinante, más allá del derecho real que posea uno u otro de los sujetos en conflicto.²⁶

En segundo término, la mediación es no adversarial, con lo cual, no se busca la confrontación, sino el acuerdo, que surgirá inexorablemente - de darse- por la voluntad autónoma de los sujetos mediados.

Como dice Alberto Teodoro Indij ²⁷ en la mediación la relación mediador-disputantes es de carácter horizontal, es decir es una relación donde el mediador no asume superioridad sobre los disputantes ni está en mayor poder que los mismos“.

Se supone que la composición de intereses debe ser satisfactoria para todos ellos.²⁸

²³ Ares de Giordano, Consuelo. ob. cit. Pág. 54.

²⁴ Curuchelar, Graciela. ob. cit. Pág.45.

²⁵ Si bien es cierto que no obstante disminuir el número de causas judiciales , deben agregarse otras medidas tendientes al mismo fin: como evitar canalizar indebidamente hacia los jueces problemas o conflictos que competen a otras áreas del gobierno como las controversias de connotación social y como evitar mantener bajo la jurisdicción tradicional litigios estandarizados: Morello, Augusto, en “La reforma de la Justicia Ed. Abeledo Perrot, 1981. Citado por Arazi, Roland, LL 1996-A-1254

²⁶ Recordemos el viejo latiguillo: que por el manejo del derecho procesal “se gana o se pierde un juicio”.

²⁷ La Mediación. Solución de conflictos sin violencia” LL 1995-D 1493.

²⁸ En este sentido, el recientemente fallecido jurista Augusto Morello ha expresado:”La subordinación extrema y disfuncional a las formas, desentenderse o ignorar las consecuencias valiosas que deben emanar del resultado o sentencia: consagrar la iniquidad manifiesta se una sentencia sustancialmente injusta o notoriamente inequitativa; bloquear el trámite con obstáculos rituales, o bien inclinarse a rígidas interpretaciones instrumentales que desvirtúen el acceso a la verdad jurídica objetiva; todas ellas no son explicaciones aprovechables ni derivaciones útiles de la ciencia procesal, ni de su teoría ni

Se trata finalmente, mediante la mediación, de lograr la solución más adecuada.²⁹

Y en este marco la mediación supone un cambio rotundo respecto de la solución de los conflictos en una instancia adversarial.³⁰

VIII-NECESIDAD DE CAMBIOS CULTURALES:

Desde el comienzo de los tiempos imperó el uso de la fuerza para la resolución de los conflictos, sea entre particulares o por parte del Estado. Desde el hombre de las cavernas, pasando por los pueblos de la antigüedad, en el modernismo hasta en la actualidad, el consciente colectivo relaciona la idea de que toda disputa se resuelve con el uso de la fuerza, aunque legitimada concluye inevitablemente en una relación de ganador-perdedor.

Este molde cultural acuñado por siglos será difícil de reestructurar, el primer interrogante que nos planteamos es: la alternativa de cambio de paradigma que propone la mediación responde a : 1) nuevas exigencias de la humanidad como una evolución propia de la civilización en búsqueda de nuevas soluciones para viejos problemas basados en principios de cooperación y solidaridad; o 2) nace impuesta legislativamente ante la ineficacia y colapso de los sistemas judiciales y como simple paliativo a los mismos.

Planteado así el tema, entendemos, que si la respuesta es ésta última,

de sus técnicas. Ni el derecho, ni la vida-y aquél está al servicio de ésta- toleran semejantes embretamientos que vacían de significación el verdadero contenido del litigio... Es necesario un nuevo equilibrio que recomponga la unidad sustancial -procesal y privilegie, en los resultados, los fines últimos² de la tutela jurisdiccional". "El moderno derecho procesal" Ed. Abeledo Perrot, pág. 991.

²⁹ Así: "Se pretende clarificar, a través de la comunicación, cuáles son los intereses de cada uno. Se busca lo posible. La meta perseguida legitima la solución más adecuada. Y esta se plasmará en el acuerdo oral, espontáneo, o formalizado, escrito. Para desarrollar las estrategias adecuadas en esta práctica será necesario lograr una descripción precisa del problema, una correcta interpretación de la situación derivada, y asegurarse un flujo de información relevante y fiable. La habilidad del mediador ayudará, entonces, a través de la negociación, a decidir la alternativa de acción en cada caso que mejor resuelva el conflicto planteado."

³⁰ "En este contexto debería insertarse a la mediación, porque supone un cambio cualitativo del procedimiento judicial, en tanto es una vía más flexible y abierta de llegar a una solución. No hablamos de un procedimentalismo a ultranza, que gire sobre la habilidad técnica, o en última instancia sobre la destreza del mediador, sino de una necesaria revisión de los procedimientos por todos aceptados para la práctica del derecho, cuyas limitaciones o vicios pueden ocultarse en la formalidad, o en la misma actualidad y que, una vez reconocidos, deberían ser enmendados"- Ares de Giordano, Consuelo. Ob.

la mediación fracasará; y, prontamente se transformará en un mero paso pre-procesal que hará más lento y costoso el acceso a la justicia. En cambio, si la sociedad, como reacción a la ineficacia y colapso de los sistemas judiciales, hace suya esta alternativa para resolver sus conflictos, podremos decir que la mediación llegó para quedarse y a partir de aquí comenzarán a descongestionarse los Tribunales y paulatinamente se irá encausando el sistema judicial, se tornará más eficaz, lograremos la seguridad buscada y los resultados serán más satisfactorios.

El Estado equivoca el camino con la imposición obligatoria de la mediación, debe en cambio, redoblar el esfuerzo trazando planes de difusión tendientes a educar a la sociedad para que sea ésta quien tome la mediación como alternativa para resolver sus conflictos.

Como venimos señalando la mediación se puede insertar hábilmente en problemáticas en las cuales la institución judicial no llega, llega tarde o no colma las expectativas perseguidas por los sujetos en conflicto. Pero para que la misma sea un recurso plenamente aplicable entendemos que debe operarse un cambio en la sociedad, especialmente en el ámbito de los operadores del derecho.³¹

Es que, justamente, los operadores del derecho, son formados para el litigio y no para la mediación, si bien hay muchas carreras que han incorporado como materia esta temática, la misma no siempre es de cursado obligatorio y si lo tiene carece su dictado de una visualización práctica necesaria para la comprensión de sus beneficios. Sucede también, que muchos de los docentes de grado de la carrera de Abogacía descreen de la mediación como un método válido para la solución de conflictos.³²

Cit. Pág. 67-

³¹ En este sentido: “En realidad, se trata de una cuestión cultural y de educación, que debe comenzar en las universidades preparando al futuro abogado en técnicas no adversariales, para que limite su papel en la mediación al asesoramiento, cuando éste le es requerido, al control de la neutralidad del mediador y a que la solución a la que se arrije contemple adecuadamente los derechos e intereses de su cliente, conforme con la ley aplicable al caso.” Colero, Juan P. y Rojas, Jorge A. “Mediación obligatoria y audiencia preliminar”. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998. Ob.cit. pág. 14,

³² Por ello es que: “La resolución alternativa de conflictos tiene, un sentido para el Estado, a quien le interesa brindar un buen servicio, para que sus administrados resuelvan sus problemas, particularmente aquellos que lo involucran de modo tal que mejore el acceso a la justicia de todos los ciudadanos. Se

Con lo cual, en la práctica de la mediación, en la mayoría de los casos, los abogados desconocen el rol que allí les cabe, y se limitan a reproducir aquello para lo cual sí han sido preparados: la actividad adversarial.

Como bien dice Arazi³³ se debe crear un “hábito” en los operadores jurídicos, diferente del actual, es decir, se debe privilegiar la solución del conflicto antes que éste, y tomar conciencia que la gente es más importante que el conflicto.

Pero ello implica que el abogado, y todo operador jurídico debe cambiar su rol habitual, justamente ellos, que están más entrenados para el pleito que para la solución de conflictos. El punto es “generar una verdadera cultura de las soluciones desacralizadas y amistosas, indefectible para la suerte de los medios alternativos”³⁴

IX-CONCLUSIONES:

Considerando a la mediación como un proceso de cambio, tal vez sea más adecuado hablar de la misma como “mecanismo de cambio”. Y lo es, porque su aplicación y también su funcionamiento en sí mismo suponen la existencia o el nacimiento de valores culturales nuevos. Justamente, estos cambios, se dan tanto desde la esfera de lo social como de lo individual. Estos cambios se necesitan antes de la mediación para que todos los miembros de una comunidad dada, se abran a los beneficios que este proceso conlleva; y se dan luego de la misma, porque el arribo a una solución del conflicto satisfactoria -y esto a diferencia de lo que ocurre en los métodos adversariales- genera sin dudas también cambios en los sujetos mediados

Iniciamos el presente trabajo con las encuestas realizadas a alumnos universitarios, que arrojaron como resultado un gran desconocimiento

brinda un mejor servicio si se logra que, previo a concurrir a una instancia litigiosa, se pueda aplicar un método que resuelva el problema, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero, para las partes y para el Estado.” Ares de Giordano, Consuelo, ob. cit. pág. 64,

³³ Roland, ob. Cit.

³⁴ Berizonce, “El abogado negociador” Rev. Der. Procesal Civil y Comercial , pág. 125, Ed- Juris. 1995.

de las características de la mediación.-

Ante el resultado expresado, entendemos que el cambio cultural para la correcta inserción de la mediación en la sociedad todavía no se ha producido.

.Por lo cual postulamos: 1) La mediación es un mecanismo de cambio.-

2) La mediación como cultura y como gestión pacífica de conflictos:

a- No debe ser impuesta legislativamente.-

b- La política de Estado debe propender al cambio cultural en la sociedad a través de:

b-1- La difusión de la mediación en la comunidad, fomentando en los individuos el conocimiento y el acceso a la mediación.-

b-2- Incorporación de la mediación en las currículas escolares y universitarias en forma obligatoria.-

b-3- Estructuración de planes de capacitación y excelencia de mediadores.