

Reflexiones sobre la mediación desde la experiencia profesional.

Por: María R. Fernández Lemoine

Abogada- Mediadora - Docente Universitaria (U.B.A.)

Introducción

El objetivo de este artículo es promover la reflexión sobre qué significó hasta el momento la introducción de la mediación al derecho procesal - como forma colaborativa para resolver conflictos- , qué cambios produjo o deberá producir en el contexto de aplicación prejudicial, intrajudicial y su prospectiva.

Particularidades y ventajas del proceso de mediación.

Partimos de una concepción positiva del proceso de mediación, un proceso que consideramos valioso en sí mismo

Si bien no es el caso de anclarnos en el pasado conviene tener en cuenta que éste sirve como punto de partida, encontrar en él las raíces para corregir errores y, a través de la experiencia recogida, profundizar y mejorar lo que resultó positivo y permitió avanzar en el propósito primitivo.

Superada la etapa de discusión sobre la obligatoriedad de la comparecencia al proceso de mediación previa introducida por la ley 24573 y si el objetivo de la ley fue alivianar la tarea de los tribunales, lo cierto es que la sanción de la ley permitió, a mi criterio, difundir el instituto, detener el crecimiento exponencial de juicios y dió lugar a la creación de jurisprudencia sobre temas que se fueron planteando.

Si nos focalizamos en el proceso apreciamos que: el porcentaje de acuerdos oscila entre un cuarenta a cuarenta y cinco por ciento¹, ello tiene que ver con la naturaleza del proceso en sí y con la labor del mediador y no con la obligatoriedad a comparecer; aún cuando las partes no lleguen a celebrar un acuerdo tienen la oportunidad de evaluar los beneficios de iniciar o no el juicio posterior; el proceso abre canales de comunicación entre personas que no se conocían o aun habiendo un conocimiento previo la comunicación, por múltiples factores, se vió interrumpida; las personas tienen la oportunidad de auto componer **su conflicto**.

En el pensamiento dominante en nuestra sociedad primaba- y tal vez aún persista- una visión reduccionista que circunscribe la mediación al marco legal -mediación previa al juicio- sin advertir la importancia de su carácter autocompositivo, aun en casos en que el proceso no sea obligatorio para habilitar la instancia judicial.

La actual ley - 26.589- incorporó definitivamente la mediación al derecho procesal e introdujo la "mediación jurisdiccional" a través del juez interviniente - con el consentimiento de las partes-ⁱⁱ.

Señalamos como logros del instituto con consecuencias beneficiosas para el sistema de justicia: el carácter ejecutorio y por ende el tratamiento de cosa juzgada del acuerdo celebrado en mediación- sin necesidad de homologación judicial -(salvo que intervengan menores o incapaces),ⁱⁱⁱ las consecuencias jurídicas de la incomparecencia injustificada de cualquiera de las partes, el carácter de instrumento público de los documentos otorgados por el mediador con su firma , la de las partes y abogados, el carácter de oficial público del mediador dentro del marco de la mediación^{iv}.

El mediador, como operador del derecho, debe brindar un proceso justo y equitativo ^v, cuidar el cumplimiento de los actos procesales que en él se cumplen atento las consecuencias jurídicas que de ellos derivan.

Sabemos que la intervención del juez es la de un tercero que, en un contexto de imparcialidad está obligado a decidir, mientras que el mediador no decide. Esto se vincula a la manera como ve uno y otro el problema: el mediador lo ve desde las posibilidades de las personas de llegar a un acuerdo, el juez desde su obligación de decidir y ello genera una forma de pensamiento diferente entre uno y otro. Aún cuando el juez pueda utilizar técnicas similares a las del mediador para promover la conciliación entre las partes (ej audiencia artículo 360 CP), finalmente no puede abstenerse de decidir.

A partir de esto podemos decir que la diferencia entre el juicio y la mediación se vincula con lo que las personas buscan al escoger uno u otro procedimiento y no con el papel del juez o del mediador : en ambos hay una prestación de justicia con la diferencia que en el primero las partes quieren que el juez decida que es "lo justo" mientras que en **la mediación ellas se hacen cargo de su conflicto y deciden que es "lo justo para ellas"**. Esto no significa desconocer que, en muchas ocasiones, la decisión judicial puede ser la única solución.

La experiencia nacional acercó la justicia a la gente y les brindó la oportunidad de relacionarse con el sistema jurídico en una sociedad donde impera una situación de anomia respecto al conocimiento y aplicación de la ley. Significó un cambio importante en el sistema de justicia.

Si bien la ley puede ser el inicio de un cambio, su consolidación requiere la formación del *habitus* que se manifiesta en un sistema de disposiciones. Estas son actitudes, inclinaciones a percibir, hacer, pensar, internalizadas por los individuos y funcionan como principios inconscientes de acción, de percepción. La internalización permite actuar sin estar obligado a recordar explícitamente las reglas que es preciso acatar para actuar: los comportamientos y valores aprendidos y aprehendidos se consideran como autoevidentes.

En este marco -característico de toda socialización- nos preguntamos si el proceso de mediación, previa y ahora la jurisdiccional e incluso visto el proceso como absolutamente voluntario está suficientemente internalizado. Si los operadores jurídicos conspicuos -magistrados y abogados- y los participantes -personas físicas y jurídicas- lo "ven" como un proceso que realmente brinda la posibilidad de negociar, gestionar o, en su caso, solucionar el conflicto.

Legitimación del proceso y legitimación del mediador.

A mi criterio es necesario profundizar el camino que legitime el instituto y la labor del abogado mediador.

Los años de ejercicio profesional y de docencia me permiten aventurar que incumbe a los mediadores defender y jerarquizar su rol.

Legitimarse ante sí, ante los jueces y colegas abogados, para lograr un real reconocimiento, reflexionar sobre el proceso que brindan, advertir la importancia que tiene el mismo dado que posibilita a las personas - en un momento de su vida- tomar una decisión y llegar a "su" solución del conflicto del cual forman parte. No importa que el acuerdo sea total, parcial, temporario o "definitivo".

En oportunidades, advertimos la dificultad de las partes para asumir la responsabilidad de tomar ellos la decisión, esto requiere que el mediador despliegue también una labor de enseñanza, porque aún perdura en el imaginario social que es más fácil y brinda mayores garantías delegar en un tercero la decisión que tomarla uno mismo.

A veces se escuchan comentarios o cuestionamientos respecto al desempeño e idoneidad de los mediadores. Esto no alcanza a socavar la bondad del instituto y en todo caso requeriría reflexionar sobre el tema en aras a mejorar, en su caso, la calidad del desempeño profesional.

Por otro parte, cabe recordar que los abogados mediadores estamos insertos en un marco jurídico fuertemente cuestionado y este cuestionamiento alcanza a los propios operadores jurídicos incluyendo magistrados, funcionarios y abogados, como así también a la eficacia y a la eficiencia del sistema mismo.^{vi}

Conclusión

La mediación no se agota como etapa previa al juicio.

La mediación intrajudicial es una posibilidad más que la ley brinda a las partes para que éstas puedan autocomponer **su conflicto**. Y es bueno que los jueces ofrezcan a los justiciables esta posibilidad que brinda la ley.

La mediación, sea cual fuere el contexto en que se desarrolle, es una instancia de negociación ardua y trabajosa y no un camino al litigio

La labor del mediador debe ser reconocida en la sociedad. Su legitimación debe ser un objetivo del profesional en el desempeño de su tarea y en el "cuidado" puesto en la prestación de su servicio a la comunidad.

ⁱ Estudio Mediación Prejudicial Obligatoria. Fundación Libra- PNUD, 2011

ⁱⁱ Rojas, Jorge A. Comentario sobre “Práctica de la mediación” (Fernández Lemoine- Zuanich, Astrea 2012) . , LL 31/12/2012, Bibliografía.

ⁱⁱⁱ El artículo 500 inc 4) del CPCCN (reformado por el art 56 de la ley 26.589) expresamente introduce el carácter ejecutorio del acuerdo celebrado en mediación.

^{iv} La jurisprudencia ha avanzado en el tema y reconoce la actuación del mediador como la de un oficial público en el marco del procedimiento de mediación, lo que surge de la habilitación estatal de las facultades para dirigir el proceso, la obligación de excusarse, la posibilidad de ser recusado, la viabilidad de la ejecución del acuerdo sin homologar. (“Díaz Olavarieta , Liliana c/ Ruggiero , Silvio” J.A. , 2001-III-676 y fallos citados en “Práctica de la Mediación”. Fernández Lemoine- Zuanich, Ed. Astrea 2012, págs. 59-60).

^v El tema de neutralidad del mediador excede el alcance de este artículo.

^{vi} Este concepto ya fue vertido por la suscripta en el artículo publicado en la Revista del C.P.A.C.F. n° 94, pág. 34, I año 2007.

Publicado en El Acuerdo Año 18- número 91 - Julio/ Agosto 2013