

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA MEDIACIÓN, NUEVO INSTRUMENTO DE PAZ SOCIAL(*) (112)

ZULEMA WILDE(**) (113) Y LUIS M. GAIBROIS (***) (114)

Tan viejos como las disputas son los métodos que las sociedades han implementado para solucionarlas, mas no todos gozan de igual predicamento.

Tradicionalmente, la solución de los conflictos se ha canalizado a través del método adversarial; generalmente, por intermedio del proceso judicial, que no siempre ha colmado todas las expectativas de los intervinientes.

Método adversarial que comprende también el juicio arbitral y la actuación de los amigables componedores; camino que, en definitiva, profundiza el conflicto, llevándolo en algunos casos hasta alcanzar puntos intolerables; tal, por ejemplo, el divorcio contradictorio(1) (115) .

Dentro de este marco procesal, la conciliación o la llamada autocomposición, aparece como un intento de obtener, por otras vías, iguales o mejores resultados.

Pero dicha institución consiste exclusivamente en una actividad en donde el juez, abandonando el rol de sentenciante, invita a las partes a congeniar sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pretensiones arribando a una transacción(2)(116).

Esta actitud, si bien loable, no elimina, en definitiva, algunos obstáculos que le impiden al magistrado desarrollar la estrategia de la negociación con entera y absoluta libertad ante determinados peligros eventuales, entre los que se encuentra la tan cuestionada recusación(3)(117).

Más allá de la conciliación se perfila la mediación.

Tan así es que un padre de la gesta americana, como es el caso de Abraham Lincoln, ya en 1850 dijo a sus colegas abogados que desalentaran los litigios y advirtió a los litigantes que el ganador formal es, muchas veces, el verdadero perdedor en gastos, honorarios y pérdida de tiempo, instándolos a convertirse en peace makers, o sea "hacedores de la paz"(4)(118).

El mediador ha sido denominado así - hacedor de paz - no sólo porque es un valioso instrumento para la pacífica convivencia en la comunidad donde vive, sino también para ayudar en los conflictos más modestos. Esto muestra un indudable cambio de mentalidad al rescatar el valor de la armonía social.

Los ensayos en este sentido no sólo comprenden las cuestiones de orden meramente pecuniario - llamadas patrimoniales - sino también y, principalmente, abarcan los conflictos familiares de características harto distintas(5)(119), como, asimismo, las disputas extrajudiciales, que serían aquellas que todavía no se instrumentaron en una demanda. Por supuesto que estas últimas resultan ajenas al orden jurisdiccional, y en ese caso el mediador no se encontraría vinculado con el juez.

De la manera expuesta surge claro que el fin último de la jurisdicción, esto es, el logro de la paz social, congenia en plenitud con el espíritu de la mediación, siendo en definitiva el mediador judicial el más valioso auxiliar que pueda tener un juez en su elevada tarea de juzgar. Sobre todo porque la mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que habitualmente carece la intervención judicial o arbitral, puesto que puede llevar sin cortapisa alguna al seno del conflicto más y mejor información(6)(120). Tendemos a identificar la paz con conceptos de buena fe y respeto mutuo.

Auxiliar que, por consiguiente, es conveniente que se encuentre vinculado con el quehacer judicial y, concretamente, trabaje en estrecha colaboración con el juez natural de la causa, sin que ello, en modo alguno, pueda implicar la violación del principio de confidencialidad.

En efecto, todas las tratativas realizadas durante la mediación se concretan a puertas cerradas; todo lo que allí se ventila es confidencial, no se transcribe ni puede darse a la prensa como en el caso del juicio oral.

Tampoco puede citarse posteriormente a declarar como testigo al mediador porque las partes expresamente así lo han pactado, ni él tampoco puede hacer público lo conocido a través de su gestión, salvo supuestos de delitos de acción pública.

Un mediador debidamente capacitado para su gestión utiliza algunas técnicas de negociación, y no sólo muestra el conflicto entre los adversarios sino también el interés común entre ellos. No es un juez, un árbitro o un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

amigable componedor que, en definitiva, deba decidir el conflicto dictando la sentencia o el laudo, ni tampoco un abogado que aconseja o patrocina a las partes. Hace lo posible para que los participantes elaboren su propio acuerdo, y luego de ello debe estar en condiciones de reducirlo a cláusulas escritas, de modo tal que - de ser necesario - éste pueda ejecutarse con posterioridad.

Con habilidad escucha a las partes, controlando la comunicación entre ellas, las interroga imparcialmente, desbroza el problema, reconoce y entiende las emociones de las partes, les permite desahogarse y les crea ciertas dudas e inseguridades para que éstas vean algún aspecto endeble de su posición para contrarrestar la tendencia de solamente enfocar el problema sobre la base de datos que confirman sus propias percepciones(7)(121); trata de que abran sus mentes al acuerdo, y, si es posible, les ofrece opciones creativas. Debe producir "un acuerdo sabio"(8)(122).

No sólo ha de considerar la divergencia de intereses sobre los valores en disputa, sino también el poderoso interés común de arribar a una solución que no lesione desmesuradamente esos mismos valores que ambas partes tienen en juego.

En definitiva, trata, sin ejercer coacción, de que los contendientes lleguen a su propia solución.

En este caso, como el acuerdo ha sido voluntario, existen las mayores posibilidades de cumplimiento espontáneo.

Existen muchos otros aspectos del mediador y de la mediación que escapan a la índole del presente trabajo, y que van desde algunas cualidades que este último debe poseer, a saber, ser inteligente, creativo y poseer buen humor, pasando por el ámbito físico en que ha de desarrollar su tarea, y el registro de todas sus actuaciones, hasta, finalmente, mencionar la estructura orgánica que los pueda controlar, actualizar y remunerar.

Informatizado el trámite de la mediación extrajudicial, pueden ser los notarios quienes den fe de los acuerdos alcanzados, los que, grabados en soportes magnéticos, deberán ser autenticados mediante el debido resguardo del back up de aquéllos.

Descrita la mediación en sus principales colores, como lo ha sido hasta ahora, aparece claro que es una actividad profesional útil - no una fórmula mágica -, y que tal como ya se ha dicho, y se reitera aquí, debe ser una poderosa ayuda para el juez.

Así lo ha entendido el reciente decreto 1480/92(9)(123), que declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos, creando a ese fin el cuerpo de mediadores que funcionará dentro del ámbito del Ministerio de Justicia.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Nacional ha delegado en ese Ministerio la formulación de un programa nacional de mediación y su implementación, señalando los principios básicos de la institución a los que debe ajustarse su funcionamiento, donde descuellan, como características destacables, que el procedimiento será voluntario para las partes, absolutamente informal, y las actuaciones, confidenciales aun para los jueces de la causa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las actividades de los mediadores se desarrollarán respecto de conflictos judiciales o extrajudiciales, coadyuvando con las partes a lograr soluciones posibles, al quedar en sus manos la decisión final y excluyendo, por supuesto, del ámbito de la mediación todas las cuestiones penales.

La norma de marras muestra el indudable espíritu innovador que la anima, destacándose que no constituye privatización ni desregulación de función o actividad alguna.

El tema aquí tratado pertenece a lo que se ha llamado la teoría de la negociación, la teoría del conflicto, la teoría de la estrategia, o la teoría de los juegos; todas ellas aplicadas a situaciones de los más variados órdenes, tanto en la escala internacional como en la interna. Enfocadas estas líneas desde el último ángulo explicitado - teoría de los juegos -, para finalizar con buen humor, es nuestro deseo no haber generado con ellas ningún conflicto que requiera la intervención de un mediador.