

# LA MEDIACIÓN UNA NUEVA METODOLOGÍA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Oswaldo Alfredo Gozaini*

*Sumario: I. Concepto; II. Objetivos de la mediación; III. Diferencias con otras instituciones; IV. El procedimiento de mediación; V. El trámite ritual de la mediación; VI. Principios procesales aplicables al procedimiento de mediación; VII. Formas de la mediación; VIII El perfil del mediador; IX. Dependencia del mediador; X. Las soluciones hipotéticas de la mediación.*

## I. CONCEPTO

Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

Esta base superficial tomada de un dato etimológico nos permite ingresar en el modismo prometido por el instituto de la mediación.

En efecto, ya observamos de qué manera la figura se aproxima a la conciliación, y la causa por la que se suelen confundir ambos sistemas de resolución de disputas.

Cuando Carnelutti sostuvo que estructuralmente eran idénticas, en realidad no decía que las dos tuvieran el mismo objeto, aun cuando el método dialéctico fuera similar. En los hechos, la idea soporta para sendas figuras la finalidad de pacificación social sin que exista en el resultado sesgo de victoria personal para alguna parte.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda de respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran cómo fue evolucionando la armonía de la sociedad y cómo se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Algunos señalan como formas de mediación los procedimientos del popular «Tribunal de Aguas de Valencia»<sup>1</sup>, además de ingentes variedades tomadas de la conciliación extrajudicial. Lo cierto es que la mediación, en la forma como actualmente se describe y desarrolla, ha cambiado su fisonomía ancestral.

Se apartó del clásico emparentamiento con la conciliación para lograr un prestigio institucional que repercute en numerosas legislaciones que pretenden ingresar en su modismo resolutivo.

## **1. El Tribunal de Aguas de Valencia**

*El Tribunal de Aguas de Valencia* es un organismo jurisdiccional muy particular que toma su prestigio de contingentes diversos, como la celeridad, inmediación, facilidad y popularidad con que decide y finiquita pleitos entre comuneros.

Este Tribunal no es tan sólo un cuerpo con jurisdicción, sino que también le compete el buen gobierno y policía de las aguas de la Vega de Valencia, actuando cual si fuera justicia administrativa o de menor cuantía.

<sup>1</sup> Ver *Revista Libra*, no. 1, p. 9 cit., *passim*.

Las ocho comunidades de las ocho acequias que constituyen el territorio para su competencia, son las propietarias de las acequias madres o mayores, medianas y pequeñas que conducen el agua pública para su uso, y de las franjas de terreno ocupadas por las acequias, cajeros, pasos y puentes <sup>2</sup>.

No es un tribunal de escabinos, ni un jurado popular; se trata de un conjunto de jueces designados en elección de comunceros que pueden ser o no juristas, y de acuerdo a ello establecer la duración y permanencia en sus cargos.

El mecanismo funciona hace varios siglos bajo la puerta de los Apóstoles del ala central de la Catedral de Valencia, en su parte exterior, bajo su arco gótico —esto es, en plena vía pública—.

«Allí se constituye el tribunal como tal, todos los jueves del año, a las doce en punto de la mañana... En dicho lugar, y hacia la izquierda de la puerta mirando a la Catedral, se coloca el jueves por la mañana una verja articulada de 1.20 metros de altura, que adopta una forma semicircular, la cual separa al tribunal, a las partes, etcétera, del público; con una puertecilla de acceso la cual permite la entrada y salida de aquéllos y del alguacil.

»En el espacio interior del semicírculo formado por tal verja, y a la parte izquierda del Pórtico de los Apóstoles, se colocan ocho sillones frailunos, de cuero, en cuyos respectivos respaldos campea el nombre de cada una de las ocho acequias cuyos síndicos integran la Corte.

»Los síndicos visten todos ellos el clásico blusón negro de los labradores valencianos —que hoy día ya van cayendo en desuso en la huerta—, y lo mismo los guardas. El alguacil, blusón negro, gorra de plato galoneada y portando una especie de chuzo o bichero —“el gancho”— rematado por dos hojas de bronce, una recta y otra curva, símbolo de la autoridad del tribunal».

La audiencia comienza bajo la tutela del presidente a quien se trata de «señoría»; éste concede la palabra al denunciante para que exponga los hechos, los que escuchan el tribunal y los síndicos (representantes

---

<sup>2</sup> Fairen Guillén, Víctor, «El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia», en **Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Alcalá Zamora Castillo**, volumen 1, ed. UNAM, México, 1978, p.299.

de las comunas interesadas que no tienen voz ni voto); luego toma intervención el denunciado exponiendo su defensa.

«El director del debate dirige las preguntas pertinentes y evita que las partes crucen la palabra entre ellas, a menos que admita un verdadero interrogatorio cruzado con su propia intervención; mas cualquier muestra de desacato al tribunal —v.gr. al tomar la palabra interrumpiendo a la otra parte— puede acarrear una multa a satisfacer al final del juicio —una especie de *contempt of court*—»<sup>3</sup>.

La sentencia se elabora y declara ante el público en forma inmediata, donde se advierte claramente la discusión previa entre los integrantes del Tribunal, quienes deliberan a modo de «cuchicheo» (hablar en tono muy bajo, secretamente).

Casi todas las decisiones emitidas se refieren a condenas pecuniarias o en obligaciones de hacer, más las costas emergentes. La ejecución se consigue en dos vías: o de manera directa a través del corte del suministro de agua hasta que se elimine la renuencia, o deduciendo demanda ejecutiva (apremio, propiamente dicho) en sede administrativa.

Como se advierte en el detalle del procedimiento, no es efectivamente actuación en *mediación* la que elabora el Tribunal mencionado, pero obra en la dimensión de la confianza pública y por la autoridad moral que le pertenece intrínsecamente.

Esa confianza depositada por el fervor popular, y en definitiva, por los mismos interesados en resolver una disputa de intereses, resulta la base para tomarla como un antecedente lejano de la mediación.

## 2. La Mediación en la Actualidad

Estas maneras de proyectar soluciones desde la autoridad de quien la emite reconoce otros influyentes recónditos, como el remoto juicio bíblico del rey Salomón, quien luego de escuchar a dos mujeres que

---

<sup>3</sup> Cfr. Fairen Guillén, Víctor, *op.cit.*, pp.314, 331 y ss.

mutuamente se asignaban la maternidad de un hijo, dispuso cortarlo al medio con su espada para adjudicar al niño por mitades, ante lo cual una de las madres probables resignó su reclamo, dictando el rey sentencia a su favor por presunción de verdad.

«*Tranché le conflit*», en la clásica expresión francesa; eso es en definitiva la razón de aquellas soluciones. Había alguien victorioso; alguien que obtenía mejores resultados.

Pero en la actualidad la mediación está transformándose; se distancia absolutamente de la conciliación, aun cuando pueda constatar-se en algunos sistemas judiciales un emparentamiento que no es tal.

Así por ejemplo en Colombia, donde se instalan centros de mediación tendientes a disuadir el conflicto o conciliarlo una vez deducidas las acciones judiciales.

Existen allí tres disposiciones alrededor de las cuales giran las posibilidades de evitar o zanjar la controversia. Son el artículo 101 del Código Procesal, la Ley 23 del año 1991 y el Decreto 2651 del mismo año. De éstos surgen los mecanismos para lograr la pacificación acudiendo las partes voluntariamente, antes del proceso o en su curso, a un centro de conciliación.

Para cumplir con esta finalidad, cuando se está desarrollando el litigio, la ley establece dos sistemas obligatorios para tentar el acuerdo: las audiencias preliminar y de conciliación.

Es importante establecer una clara delimitación entre el alcance de los conceptos que involucran a ambas audiencias por cuanto no es extraño que se consideren sinónimos, cuando en realidad presentan precisas notas diferenciadoras, de ahí lo pertinente de deslindarlos para evitar que se vaya a aplicar la audiencia preliminar en casos donde no se les ha previsto o que se desarrolle tan sólo la de conciliación cuando la contemplada es la preliminar <sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> López Blanco, Hernán Fabio, **Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano**, ed. ABC, Bogotá, 1993, p.453.

La audiencia preliminar, prevista en el artículo 101 del ordenamiento procesal, se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el saneamiento, la resolución de excepciones previas, la evaluación de los interrogatorios de partes y la fijación de los hechos del litigio.

Por su parte, la audiencia de conciliación está prevista en el artículo 6 del Decreto 2651/91 para aquellos procesos donde no se aplica el acto anterior.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia del juicio; todo lo contrario; la audiencia preliminar dura tres horas

(«La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla al quinto día siguiente»),

deben estar presentes las partes y sus apoderados, y se destaca la permanente búsqueda para solucionar la crisis. El tiempo dedicado a la conciliación lo torna productivo (tiempo útil) tanto para el mundo reducido pero explosivo de un proceso concreto, como en inversión social. Este mensaje lo recibe la sociedad y prestigia al órgano capaz de conseguir la paz <sup>5</sup>.

De su parte, los centros de conciliación y de equidad —lo más próximos a la mediación— se establecen en distintas entidades públicas y privadas a las que se fijan determinadas condiciones y objetivos.

El Ministerio de Justicia es el órgano de control de estos centros, los que deben realizar las siguientes funciones:

- a) Confeccionar listas de mediadores, requisitos a reunir, trámite de inscripción, forma para designarlos y causales de exclusión;

---

<sup>5</sup> Parra Quijano, Jairo, **Derecho Procesal Civil**, tomo I Parte General, ed. Temis, Bogotá, 1992, p.169.

- b) Tarifas de honorarios y gastos administrativos;
- c) Normas internas de funcionamiento;
- d) Designar director y secretario con atribución de funciones y facultades <sup>6</sup>.

En estos centros se guarda absoluta confidencia sobre los asuntos donde se involucran.

«Las partes podrán solicitar la mediación de manera conjunta o separada, presentando un formulario ante el Centro de mediación que estuviera pactado en el contrato —si así fuera el caso— o en su defecto ante el centro que libremente elijan. Podrán concurrir a la audiencia de mediación solas o acompañadas por su abogado.

»Dentro de los dos días hábiles de la presentación, el centro designará al mediador que se hará cargo del caso y citará a las partes para un día y hora determinados. Llegado el momento de la audiencia, el mediador interrogará a las partes para establecer con claridad los hechos alegados y las pretensiones que ellas fundamenten, para luego iniciar la propuesta de las fórmulas de avenimiento, que las partes pueden aceptar o no.

»El trámite de la mediación puede finalizar de dos maneras distintas según haya o no acuerdo de resolución. En el primer supuesto, termina con la firma del acta que contenga el acuerdo al que se arribó, especificándose claramente las obligaciones a cargo de cada una de ellas. Este documento tiene el carácter de cosa juzgada y habilita su inmediata ejecución. Dado el segundo supuesto, las partes suscriben un acta donde se deja constancia de la imposibilidad que hubo de llegar a una solución.

»Una característica del procedimiento colombiano es que si el acuerdo recae sobre la totalidad del litigio, no habrá lugar al proceso respectivo; pero si fuese parcial, se dejará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias restantes» <sup>7</sup>.

Finalmente, vemos cómo evoluciona la conciliación hacia la mediación en estas leyes comentadas cuando se agrega la conciliación de equidad, que procura alentar fórmulas de acuerdo y pacificación a

---

<sup>6</sup> Cfr. **Revista Libra**, no. 1, cit., p.27.

<sup>7</sup> D'Alesio, Damián, tomado literalmente de la **Revista Libra**, no. 1, cit., p.29.

través de diversas organizaciones cívicas pertenecientes a barriadas u organismos comunitarios.

## II. OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante «acompañe» a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurren con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón <sup>8</sup>.

Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre los hombres.

¿Es un cambio de cultura? Creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo.

Hay en todo el sistema una estructura fácil de procedimiento, que disuade los formalismos priorizando la comunicación libre entre pensamientos encontrados; esa actitud de apertura mental tiende a descubrir la visión productiva del conflicto <sup>9</sup>.

En este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el afloramiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial,

---

<sup>8</sup> Cappelletti, Mauro, «Acceso a la justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1981, no. 41, p.165. Cf. Berizonce, Roberto O., *El abogado negociador*, comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993, *passim*.

<sup>9</sup> Highton, Elena, «Carta de ciudadanía para la mediación», en *Revista Libra*, No. 1, cit., p.19.

encuentra en los abogados otro enfoque y objetivos en la misión mediadora.

Bien señala Berizonce que el profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; *debe* procurar componer el conflicto antes de pleitear; ha de perseguir la composición conciliadora;

«Habrà que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encauzamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias»<sup>10</sup>.

La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte.

Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo<sup>11</sup>.

La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaje le indicará las respectivas conveniencias del obrar.

---

<sup>10</sup> Berizonce, Roberto Omar, **El abogado...** cit.

<sup>11</sup> Lerer, Silvio, «Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?», en **Rev. La Ley**, 1994-A, p.893 y ss.

### III. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES

La evolución sufrida por la mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias.

Con la *conciliación* se distingue de acuerdo con las modalidades como aquélla se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación facilita la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema —aun cuando lo lleva en su destino— sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intra procesal o extra procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un hábito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad, sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una perspectiva singular.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al

mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

Del *arbitraje* se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia, la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo: no existen fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

Donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. En efecto, la *litis* mantiene aquella *performance* de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

Los jueces, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, ni siquiera saben quiénes son las partes porque quizá jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, aporta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, él sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilitan con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve; solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora ni dictamina; es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Se precisa el concepto agregando que:

«En la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente, un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide que uno solo de ellos tiene razón»<sup>12</sup>.

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial, la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

---

<sup>12</sup> Cfr. Tapia, Graciela y Greco, Silvana, **Revista Libra**, no. 1 cit., p.14.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que «todos» sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la «justicia de cara al pueblo»; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Finalmente, sostiene Entelman:

«La mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carece la intervención judicial y arbitral. El mediador puede llevar al seno del conflicto más y mejor información. No sólo información genérica sobre la naturaleza de la relación conflictual y las consecuencias de cada una de las conductas de las partes. Puede llevar a éstas más información sobre el verdadero contenido de sus objetivos. Puede darles mayores conocimientos específicos sobre el conflicto concreto y puede, por ende, en sus diálogos independientes o conjuntos con ellas, conducir las hacia un cambio de percepción, condición indispensable para un cambio del contenido de las pretensiones, es decir, para un cambio de objetivos que permita una resolución de naturaleza ganador-ganador»<sup>13</sup>.

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema de la mediación se encuentran condensadas en los puntos siguientes:

- a) es amistoso para las partes y utiliza un lenguaje sencillo;
- b) es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas;
- c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas;
- d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte;

---

<sup>13</sup> *Revista Libra*, no. 1, cit., p. 37, *passim*.

- e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador trabaja conjuntamente con las partes para generar todas las opciones posibles y solucionar el conflicto buscando arreglos;
- f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación;
- g) comparado con el proceso judicial, es reducido en sus costos;
- h) de igual manera, es reducido en el tiempo <sup>14</sup>.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cual 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 los resuelvan por sí mismos <sup>15</sup>.

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.

---

<sup>14</sup> Conclusiones tomadas de Wilde, Zulema y Luis M. Gaibrois, **Qué es la mediación**, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pp.31-32.

<sup>15</sup> Así lo indica el Decreto 1480/92 que implementa la Mediación en Argentina.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva resuelven los mismos interesados. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer soluciones posibles a las partes, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan <sup>16</sup>.

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

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 contenedores 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 Dra. Gladys Álvarez que:

«La confidencialidad es una nota definitiva 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 respetada» <sup>17</sup>.

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

---

<sup>16</sup> Artículo 2 inciso h, decreto 1480/92.

<sup>17</sup> 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.

arremete la investidura judicial; solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Al respecto, el artículo 18 del Proyecto de Reglamento del Cuerpo de Mediadores previsto para la justicia nacional de Argentina dice:

«En la primera reunión de mediación, las partes y el mediador suscribirán un acuerdo de confidencialidad. Este convenio impedirá que los dichos vertidos por los que intervengan en las sesiones trasciendan el marco de la mediación y puedan ser utilizados en juicio».

El deber de confidencialidad se releva cuando *el mediador toma conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro del mismo, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a acción pública* (artículo 19, Reglamento).

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema.

En efecto, en la tarea compositiva corresponderá el primer lugar 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»<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup>.

## **V. EL TRÁMITE RITUAL DE LA MEDIACIÓN**

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

---

<sup>18</sup> Wilde-Gaibrois, *op.cit.*, p.56.

<sup>19</sup> Lerer, *op.cit.*, p.894.

Así lo previene el artículo 11 del Reglamento del Cuerpo de Mediadores citado, al establecer lo siguiente:

«El legajo de la mediación contará con las siguientes piezas:

- »a) Formulario de solicitud de mediación con los datos consignados por las partes o por el Tribunal y recibo del instructivo.
- »b) Convenio de confidencialidad suscrito por las partes y el mediador.
- »c) Constancia de las notificaciones realizadas a las partes y a toda otra persona citada, todas las reuniones celebradas por el mediador con la mención de la fecha, hora de iniciación y de finalización, y personas presentes y de toda otra diligencia practicada.
- »d) El acta de finalización de la mediación con su resultado y el convenio total o parcial, en su caso.
- »e) Constancia sobre el grado de cumplimiento del convenio que se hubiere suscrito».

La conformación del expediente de mediación se origina desde que se requiere la intervención del organismo.

La oportunidad puede ser antes o durante la instancia judicial, y en este último caso, por voluntad de las partes o por derivación que realice el juez competente.

El requerimiento se realiza a través de un formulario donde se pide la intervención del *Centro Judicial de Mediación*, en el cual constan los datos que allí se indican.

«Si la causa hubiera sido enviada por un Tribunal, se le informará sobre el resultado de la mediación en el término de 24 hrs. de concluida la misma, y en su caso se le remitirá el convenio *instrumentado*» (artículo 16, Reglamento).

El procedimiento establecido no tiene término preestablecido, pues son las partes quienes deciden cuándo finaliza, sea por encontrar un camino de salida, o porque entienden agotado el esfuerzo conciliador.

## **VI. PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO 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».

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.

Algunas estadísticas señalan que sobre 4,000 pleitos un 82% logra conciliar <sup>20</sup>.

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.

---

<sup>20</sup> Cfr. *Revista Libra*, no. 1, cit., p.17.

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 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.

El artículo 20 del Reglamento de Mediadores dispone que:

«El Mediador deberá excusarse de participar en una mediación si tuviera con cualquiera de los que intervengan una relación de parentesco, amistad íntima, enemistad, sociedad, comunidad, juicios pendientes, o cuando sea acreedor, deudor o fiador de alguno de ellos, o cuando hubiera asistido a alguno de ellos profesionalmente, o haya emitido dictamen u opinión respecto del pleito o si existieran otras causales que a su juicio le impongan abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza. Dado este supuesto el Centro asignará otro mediador para el caso».

A su turno, el artículo 22 indica que:

«En ningún caso el Mediador podrá asistir profesionalmente a las partes luego de la mediación, cualquiera fuera su resultado».

Finalmente, a nadie escapa que a través de la mediación se des-  
congestiona la actividad judicial liberando a los jueces de tareas  
que otros muchos realizan con mayor seguridad y eficacia.

## VII. FORMAS DE MEDIACIÓN

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodo-  
logía para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza  
del mismo condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos o casi todos los problemas intersubjeti-  
vos podrían encontrar respuesta desde la mediación; sin embargo, en  
la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias,  
este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas  
condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando:

- «a) en el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante;
- »b) las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento;
- »c) no existe una gran disparidad de poder;
- »d) la causa del conflicto es la mala comunicación; o
- »e) cuando existen cuestiones técnicas muy complejas...»<sup>21</sup>.

La pauta está dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por  
las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos:

1. la mediación patrimonial y
2. la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de  
partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la  
vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente

---

<sup>21</sup> Wilde-Gaibrois, *op.cit.*, p.22.

a grupos sociales (v.gr.: empleado de una corporación, alumno universitario, etcétera), entre otras posibilidades.

La *mediación patrimonial* opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etcétera, pero quedará en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse <sup>22</sup>.

La *mediación familiar* aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, es fácil colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenecen las soluciones que alcancen, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

La mediación familiar —sostiene Waigmaister—:

«Es la alternativa al litigio ya que está basada en la activa participación de los involucrados para resolver sus propios problemas y encontrar una solución entre ellos y para ellos» <sup>23</sup>.

Se proyecta también como herramienta de prevención de otro tipo de conflictos familiares, como la violencia doméstica o el abandono de hijos.

Al respecto Gladys Álvarez sostuvo que era indispensable tener presente que cuando apareciese el componente de violencia en forma

---

<sup>22</sup> Algunos proyectos de reforma al código procesal civil y comercial de la nación pensaron en auspiciar estas facultades del órgano, estableciendo una instancia de conciliación que permitiera al funcionario ofrecer la figura del mediador para solucionar diferencias eventuales. El anteproyecto de los doctores Morello-Eisner-Arazi y Kaminker, menciona en el artículo 312 (actividades previas a la promoción de la demanda) que en la audiencia de conciliación «(...) el conciliador deberá instar a las partes a que extingan su diferendo mediante conciliación total o parcial, o lo sometan a las vías de la mediación o al arbitraje (...) el juez, asimismo, podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días (...).»

<sup>23</sup> Waigmaister, Adriana, «Mediación familiar», en **Enciclopedia de Derecho de Familia**, Tomo III, ed. Universidad, Bs. As., 1994, p.27.

potencial o manifiesta, sería necesario efectuar distinciones en el tratamiento aplicado de la mediación, toda vez que difería el enfoque según fuera violencia entre esposos, hijos, ancianos, incesto, etcétera. Cada categoría merece una consideración particular y aspectos que han de indagarse cuidadosamente.

«Obviamente, ni todos los casos, ni todos los individuos con problemas familiares son aptos para la mediación, más aun en los casos de violencia doméstica»<sup>24</sup>.

### VIII. EL PERFIL DEL MEDIADOR

Se enumeran como necesarias e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador:

- «a) confiable;
- »b) buen oyente;
- »c) perceptivo;
- »d) conocedor del conflicto;
- »e) poseedor de una seria intención de ayudar;
- »f) hábil para la comunicación;
- »g) imaginativo;
- »h) flexible;
- »i) neutral;
- »j) imparcial;
- »k) paciente;
- »l) de buen humor;
- »m) sigiloso (respeto la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto);
- »n) creativo;
- »o) capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones;
- »p) conciliador;
- »q) eficaz;
- »r) Conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto»<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Álvarez, Gladys Stella, «La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica», ponencia a las **III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho**, Universidad Notarial, 1994, *passim*.

<sup>25</sup> Aportes tomados del programa **Introducción a las técnicas de mediación y conciliación**, de Zulema Wilde, Luis M. Gaibrois, Ana A. M. de Ceriani Cernadas y Alejandro Noziglia, Jornadas del 12 y 17 de agosto de 1993, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina.

De suyo, estas habilidades se logran a través de una probada capacitación que no significa cubrir solamente aspectos psicosociales y jurídicos, al requerir también el manejo de computadores y experiencia en administración (artículo 10 del Reglamento de Mediación).

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende temáticas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos.

El entrenamiento de mediador reporta una utilidad adicional desde que la idoneidad se complementa con la experiencia de años lograda sobre la materia.

## **IX. DEPENDENCIA DEL MEDIADOR**

La mediación como instituto válido para resolver conflictos inter-subjetivos 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 quién se encarga de llevarla a cabo para retornar al mismo problema que presentamos cuando analizamos si el arbitraje era o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Recordamos allí que ninguno de estos sistemas alternativos podía ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos 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 las 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 con base en un procedimiento libremente acordado, confundiríamos 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 al 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 para 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 disputas <sup>26</sup>.

¿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 por qué 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.

---

<sup>26</sup> Floyer Acland, Andrew, **Cómo utilizar la Mediación para resolver conflictos en las organizaciones**, ed. Paidós, Bs. As., 1993, p.33.

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, porque si la mediación nace desde la iniciativa oficial para insertarla en la sociedad a través de mecanismos posibles, habrá que observar de qué forma se llega y cómo 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 ésta 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 (v.gr. Anteproyecto de Reformas al Código Federal); también un decreto podría generar consecuencias procesales de recepción inmediata (v.gr. suspensión de procesos contra el Estado, etcétera); o una resolución ministerial podría

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 injerencia 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 depende 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 el conductor del proceso el que lleva el procedimiento dentro del juicio y piénsese también 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 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.

## **X. LAS SOLUCIONES HIPOTÉTICAS DE LA MEDIACIÓN**

No existe una mediación pura que catalogue los resultados sobre la base del modo como interviene el tercero decisor. Son variadas las resonancias que obtienen de acuerdo con las materias sobre las que trabaja y las personas que entrevista.

Citamos ya que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo, etcétera, pero también, la mediación puede utilizar las demás formas resolutivas de conflictos, en cuyo caso la formulación final acepta estas posibilidades:

En la mediación ordinaria, el funcionario da una recomendación que puede traducirse en las bases de un acuerdo.

De no conseguir ese término consensuado, puede emitir opinión a título de dictamen que no resulta obligatorio para las partes.

También, los interesados sometidos a dicho dictamen pueden acordar la obligatoriedad del mismo.

Una variación del tema se proyecta en la mediación por el *ombudsman*, que a través de su forma metodológica investiga problemas singulares de la sociedad, aconsejando a los organismos públicos para que tuerzan o corrijan los desvíos administrativos que provocan la crítica del ciudadano.

Finalmente, se puede mediar a través de técnicos o expertos neutrales, sobre cuestiones que requieran una capacitación especial.