

## RESUMO

Considera a mediação na Argentina no contexto da globalização e da aproximação dos sistemas jurídicos legais nas últimas décadas.

Descreve os resultados da mediação como sendo moderados e analisa também a obrigatoriedade da mediação, traçando a incongruência dessa prática e argumentando que os mediadores não detêm a autoridade jurídica para executar uma decisão. Aponta que a mediação traz um impacto prejudicial por gerar mais custos para as partes e estimular ainda mais a morosidade no processo jurídico.

Sugere a inclusão da audiência preliminar e do pré-julgamento baseados nos modelos norte-americano e europeu com a finalidade de melhorar o sistema Jurídico, com o argumento de que tal inclusão não significa apenas a demanda por métodos alternativos na resolução de conflitos, como também exige a intervenção antecipada e ativa dos juizes no processo jurídico para evita litígios e soluções burocráticas.

PALAVRAS-CHAVE: mediação - Argentina; mediador; audiência preliminar; pré-julgamento; métodos alternativos; Judiciário - morosidade.

## I INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de la incorporación del instituto de la mediación en la República Argentina, debemos tener como punto de partida una aproximación que se ha dado en forma progresiva entre los distintos sistemas jurídicos occidentales, principalmente en los últimos cincuenta treinta años.

En los países anglosajones cada vez viene adquiriendo mayor importancia la legislación como fuente del derecho en los países anglosajones, mientras la jurisprudencia lo hace en los países tributarios del derecho continental europeo. En estos incluso, se advierte la paulatina incorporación del control de constitucionalidad, vale decir, la posibilidad de que un grupo de jueces – pertenezcan o no a la administración de justicia *strictu sensu* – revisen las leyes del Parlamento, algo verdaderamente impensable hasta no hace mucho.

En el campo procesal, advertimos también una especial tendencia a la aproximación en el derecho procesal iberoamericano, incluyendo por cierto a España y Portugal, que nos llevan a adoptar instituciones fundamentalmente estadounidenses y de algunos otros países de Europa, como la mediación y la audiencia preliminar, seguramente como un efecto más del fenómeno de la globalización.

El exceso de juicios y la escasez de Tribunales conducen a la búsqueda de métodos que de algún modo limiten, tamicen o criben el ingreso de causas al sistema judicial. En este contexto se inscribe la aparición, entre otras instituciones, de la mediación.

## II. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

En 1991 el Ministerio de Justicia conforma una comisión que realiza un anteproyecto, sobre cuya base se realizan experiencias pilotos en algunos tribunales y que, modificado, dará lugar a la sanción de la ley 24.573 de 1995, vigente en la actualidad (El texto completo de la ley se adjunta como anexo I).

Fue una etapa de gran excitación doctrinaria sobre las bondades del nuevo régimen y de exageraciones. Algunos la veían como la solución a todos los problemas judiciales e incluso propusieron que estuviese en manos de psicólogos en vez de abogados. Proliferaron cursos de “mediadores”, la mayoría muy superficiales, y otros creyeron encontrar en la mediación una posibilidad laboral que no encontraban en el ejercicio libre de la profesión de abogado (Se agrega como anexo II un listado de una selección de exposiciones doctrinarias que guiarán al lector que quiera profundizar el tema en general).

La mediación en la Argentina, tal como está concebida en aquel texto legal, tiene una doble limitación que es importante destacar. Por un lado, comprende únicamente a la Justicia Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien puede decirse que se trata del principal distrito judicial del país, existen 23 jurisdicciones estatales que en general no han adoptado en sus regímenes procesales a la mediación. Vale decir que estamos ante un fenómeno esencialmente urbano. Por otro lado, están excluidas de la mediación un número importante de materias. Así comprende, como regla general, todos

los asuntos de índole patrimonial. Existen excepciones en razón de la materia y de las personas. Así, no hay mediación en materia penal, en aspectos concernientes a los derechos personalísimos (estado civil, de familia, etc.), en los concursos y quiebras, y cuando el Estado es parte. En materia laboral existe un procedimiento parecido a cargo del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En los casos comprendidos por la ley nacional 24.573 existe obligatoriedad de la mediación. Esta solución ha sido muy criticada pues no se compadece con la esencial voluntariedad de este método alternativo de solución de conflictos. A esto se suma que el mediador también es impuesto por un sorteo, lo que también conspira contra la eficacia del sistema. Pareciera que la coerción no es el camino adecuado para establecer una cultura de la mediación. De allí, que por decreto de 1998 se comienza a permitir a las partes la elección del mediador.

Cuando hablamos de obligatoriedad de la mediación, desde luego, estamos hablando de obligatoriedad de su concurrencia. Pues para decirlo de un modo rápido y sin rodeos sólo existe una mediación, la voluntaria. El mediador carece de imperium, las partes se retiran cuando quieren; el mediador, en síntesis, no está en condiciones de imponer una decisión.

Se ha tratado de justificar esta decisión legislativa con el argumento, que en parte no se puede desconocer, consistente en que esta obligatoriedad era necesaria al menos por un tiempo

\* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no 1º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 6 a 8 de dezembro de 2000, em Brasília-DF.

para generar una cultura de negociación deficitaria en nuestra tradición tan propensa al conflicto y al litigio.

La mediación, ciertamente, no es gratuita. Ella genera honorarios que remiten a una suma fija en relación al monto debatido. A asuntos hasta \$ 3.000, les corresponden \$ 150 de honorarios; entre \$ 3.000 y 6.000, \$300 y más de 6.000 o de monto indeterminado, \$ 600. Si se interrumpe la mediación, el mediador tiene asegurados siempre \$150. Estos honorarios integrarán las costas del juicio.

### III. ESTADÍSTICAS

Campo propicio también de contradicciones, mientras los mediadores exhiben porcentajes optimistas de acuerdos obtenidos, la judicatura sostiene que se alcanzan en causas de menor cuantía y hasta aducen un incremento de litigiosidad fruto de la inexperiencia de los mediadores.

Probablemente la realidad resulte más moderada que las opiniones extremas. Cuatro años no es un tiempo definitorio, pero sí suficiente para ir marcando tendencias. Aun con una formación insuficiente de los mediadores, el sistema permitió en el lapso 1996-1999 que sobre 182.831 causas que fueron a mediación, se obtuviese resultado positivo, y por ende, un pleito menos en el sistema judicial, en 40.149 casos, esto es en más de la quinta parte de las mediaciones. Un detalle sobre los motivos por los cuales las mediaciones fracasaron, así como su incidencia en los distintos fueros se puede ver en las estadísticas adjuntadas como anexo III.

### IV. CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN

Un problema que suscitó la sanción de la ley de mediación fue el debate sobre su constitucionalidad. En rigor de verdad, una ínfima proporción de Tribunales se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad del sistema (Recordemos que en la Argentina el control de constitucionalidad es concreto y difuso, lo que significa que cualquier Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una ley pero en un pleito que tramite ante él).

El *leading case* de la inconstitucionalidad no cuestionó al método de la mediación en sí mismo. Antes bien, partió de la prohibición constitucional que tiene el Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales, se cuestionó que el control y la fiscalización de los

mediadores dependan del Ministerio de Justicia, máxime cuando la mediación era obligatoria y por tanto de inexcusable cumplimiento en todos los juicios que alcanza. El caso, actualmente, se encuentra a estudio de la Corte Suprema. De todas formas, en la peor de las hipótesis la constitucionalidad del régimen se salvaría radicando la organización y funcionamiento de los mediadores en la órbita del Poder Judicial. El fallo completo y el debate doctrinario que suscitó se adjunta como anexo IV.

### V. EPÍLOGO

Creo que un aspecto negativo de la mediación en la Argentina pasa por su obligatoriedad que además de ser incompatible con el sistema presupone un reconocimiento de que el Estado no puede asegurar su deber esencial de garantizar el acceso a la jurisdicción y de asegurar una buena administración de Justicia, imponiendo un requisito obligatorio prejudicial, la mediación. El problema se agudiza a partir de que el propio Estado hace recaer las consecuencias económicas de su falencia en el justiciable. Vale decir, se adiciona tiempo y costo al ya costoso y lento proceso judicial. El único argumento que mitigaría esta conclusión es, limitada temporalmente, a fin de afianzar sistemas de negociación poco desarrollados en nuestras tradiciones.

En general todos estos sistemas deben ser completados con instrumentos prohijados en el modelo europeo y norteamericano: la audiencia preliminar del derecho austriaco, la prevista en el derecho inglés (*Summons for Directions*), y el juzgamiento preparatorio (audiencia de "pretrial") del derecho norteamericano. Es decir, que conjuntamente con los métodos alternativos de solución de conflictos existe un fuerte reclamo para que los jueces adopten una actitud más activa, evitando las soluciones formalistas y burocráticas. Además, una intervención temprana del juez, evita un pleito y la elaboración de una sentencia.

Pareciera, por fin, que cualquier alternativa decisión judicial vs. métodos alternativos de resolución de conflictos está mal enfocada a partir de su misma denominación, pues nunca son alternativos sino complementarios de la resolución de los conflictos por parte de los Tribunales de Justicia. Aclarándose estos conceptos vamos superando falsas antinomias, pues estos sistemas pueden ayudar a descongestionar al sistema judicial, especialmente de

causas de poca trascendencia, permitiendo que su labor se concentre en los pleitos de mayor relevancia.

## RESUMEN

Se considera la mediación en la Argentina dentro del contexto de la globalización y la aproximación de los sistemas jurídicos occidentales en las últimas décadas.

Se describen los resultados de la mediación como siendo moderados y se analiza también, la obligatoriedad de la mediación. Se delinea la incongruencia de esta práctica, argumentando que los mediadores no tienen la autoridad para imponer una decisión. Se critica el valor detrimental de la mediación porque genera más gastos para las partes y acrecenta la lentitud del proceso judicial. Se sugieren la implementación de la audiencia preliminar y el juzgamiento preparatorio, basados en los modelos norteamericano y europeo para mejorar el sistema jurídico. La inclusión de estos modelos no significa meramente la demanda por métodos alternativos de solución de conflictos pero el reclamo también por la intervención temprana y activa de los jueces en el proceso jurídico para evitar pleitos y la elaboración de sentencias.

PALABRAS-LLAVE – mediación – Argentina; mediador; audiencia preliminar; juzgamiento preparatorio; sistema jurídico.

## ABSTRACT

This paper considers mediation in Argentina within the context of globalisation and the paralleling of legal systems in the last decades.

It considers the results of mediation to be quite moderate. It also addresses compulsory mediation and deems this practice to be incongruous in nature given that mediators do not have authority to enforce a ruling. It further points out that mediation works to the detriment of the judicial process because it incurs more costs for the parties involved as well slows down the legal process even more.

It suggests that the Judicial system should be improved through the inclusion of preliminary hearings and pre-trials, based upon North American and European models. The implementation of these models implies that there is a need not only to seek out alternative methods in dispute resolution but more importantly, for judges to intervene early and actively in the judicial process so as to avoid litigation and bureaucratic solutions.

KEYWORDS – mediation – Argentina; mediator; preliminary hearing; pre-trial; alternative methods; Judiciary – slowness.

Sérgio O. Dugo é juiz presidente da Câmara Federal de Apelações de La Plata/Argentina.