

■ **UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**
PROGRAMA DE ACTUALIZACION EN NEGOCIACION Y RAD
Directora: Dra. Gladys S. Alvarez
Coordinador: Ab. Gustavo Fariña

PROGRAMA

“RESOLUCIÓN PACIFICA DE CONFLICTOS”

Teoría y técnicas de negociación y mediación para funcionarios judiciales.

OBJETIVOS GENERALES

Este módulo brindará la posibilidad de comprender el lugar que ocupa la Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y el fundamento de su inclusión tanto en el sistema de administración de justicia como un servicio más a la sociedad, así como también una herramienta eficaz para la gestión y manejo de los casos en las unidades judiciales. Además de conocer los mecanismos que integran la RAD y de estar en condiciones de diferenciarlos, el cursante adquirirá habilidades y herramientas útiles para abordar situaciones de conflicto internas y externas a la específica función que cumpla. Se brindará un panorama del desarrollo del movimiento RAD y de las normativas vigentes en nuestro país con especial análisis de las leyes nacionales y provinciales.

CONTENIDOS

UNIDAD TEMÁTICA N° 1: RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD) y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La crisis de la justicia y los caminos para superarla. La RAD como objetivo público en materia de justicia. Enfoques, ventajas y objetivos de la RAD. Un concepto amplio de acceso a la justicia.

Sistemas de resolución basados en el poder, el derecho y los intereses. Costos y beneficios. Un sistema efectivo. Procedimientos adversariales y no adversariales. Algunos mecanismos del movimiento RAC. Negociación, conciliación, mediación, arbitraje, evaluación neutral. Características. Diferencias.

UNIDAD TEMÁTICA 2: LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL

Perspectivas teóricas sobre el conflicto. Diversas visiones del conflicto. Estructura del conflicto: personas, proceso y problema. Otros elementos del conflicto. Causas generadoras de los conflictos: Irreales y Reales: Bienes, territorio, principios en juego y relaciones interpersonales. Estancamiento, escalada y desescalada.

UNIDAD TEMÁTICA N° 3: LA MEDIACIÓN COMO NEGOCIACIÓN FACILITADA.

La negociación. Modelos. Etapas y elementos conceptuales de la negociación colaborativa: Posición, interés, necesidades. MAAN. Opciones. Estándares objetivos. Propuestas. Acuerdo

La mediación. Características definitorias o núcleo de la mediación.

Principio de la autocomposición de las partes. Ámbito de poder del mediador. La profesión del mediador y su conocimiento según su profesión de origen

Etapas de la mediación. Distintos modelos: Harvard (problem solving), Circular Narrativo y Transformativo.

Tipos de mediación: facilitativa y evaluativa. Rol del mediador y encuadre del trabajo.

Áreas de aplicación de la mediación: judicial (patrimonial, familiar, víctima/ofensor) comunitaria; escolar, empresarial.

UNIDAD TEMÁTICA N° 4: RECURSOS Y HERRAMIENTAS BÁSICAS DE NEGOCIACIÓN Y DE MEDIACIÓN APLICABLES EN LAS AUDIENCIAS JUDICIALES.

La Audiencia del artículo 360 del CPCC de la Nación: propósitos de la audiencia. El manejo de los tiempos y agenda. Los arreglos previos a la audiencia: forma y tiempo de la convocatoria; sujetos a quienes se convoca; lugar en que se desarrolla la audiencia; preparación previa del temario; participación de los abogados; aspectos derivados de la presencia de los justiciables.

La Conciliación: utilización de técnicas de negociación y de mediación. Derivación a otros métodos RAD.

Presentación de los recursos y herramientas básicas del mediador. Herramientas procedimentales básicas. El procedimiento como recurso para el mediador.

Flujo de una mediación típica. Reunión conjunta inicial. Apertura, encuadre. Reunión privada. Reunión conjunta final. Herramientas comunicacionales básicas.

Preguntas. Distintos tipos. Abiertas, cerradas, circulares, Intencionales estratégicas. Reflexivas. Parafraseo. Replanteo. El enfoque transformador en mediación.

UNIDAD TEMÁTICA N° 5: LOS PROGRAMAS RAD Y LOS TRIBUNALES ALGUNOS MODELOS

¿Cómo diseñar el sistema RAD en sus diversas formas?. El desarrollo pionero en los Estados Unidos. Algunos modelos norteamericanos. El tribunal multipuertas. RAD en los tribunales federales y estatales. Panorama general del desarrollo de la RAD en Latinoamérica.

UNIDAD TEMÁTICA N° 6: PROGRAMAS RAD Y LOS TRIBUNALES EN ARGENTINA

Las iniciativas RAD en la República Argentina. Evolución. La experiencia piloto: Mediación conectada con los Juzgados Civiles de la Capital Federal. El papel de los jueces y el personal judicial. Principales obstáculos. Estado actual del movimiento: Ley de mediación prejudicial obligatoria. Violencia familiar. Justicia restaurativa: mediación penal (víctima/ofensor). Mediación comunitaria en el ámbito nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conciliación laboral prejudicial obligatoria. El tribunal Multipuertas (centralizado y descentralizado) Experiencias. Las Casas de Justicia. Experiencias nacionales y provinciales.

Tiempo aproximado: 2 clases

UNIDAD TEMÁTICA N° 7: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN.

1. Leyes de mediación de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación.

Características sobresalientes de los sistemas. Principales cuestionamientos. Análisis de las cuestiones fundamentales: Ambito de aplicación. Excepciones, causas taxativamente excluidas por la Ley. Situaciones especiales: cuestiones de familia, casos donde el estado es parte; Acción penal y civil conjunta. Suspensión de la prescripción liberatoria. Diferencias con la suspensión en mediación privada. Supuestos. Mediación privada y oficial. Diferentes sistemas.

Análisis de posibles reformas. Situaciones no contempladas.

METODOLOGÍA Y MODALIDADES DE TRABAJO:

Se promoverá la participación activa del alumno y del trabajo grupal. Se harán ejercicios de role playing en los cuales se ejercitará la aplicación del información sobre los ejes temáticos.

Total de horas: 40

DOCENTE:

Dr. Gustavo Fariña y profesores UBA

CURRÍCULUM BREVE

Abogado. Mediador del Ministerio de Justicia de la Nación. Se entrenó en técnicas de mediación y negociación en el país y en el exterior (University of California in Santa Barbra, (UCSB), USA; Centro de Mediación Juvenil anexo a la Corte del Estado de la Florida, USA). Participó del programa para visitantes y líderes extranjeros del Departamento de Estado de los EEUU, área Justicia (Washington y Puerto Rico, 2008). Es docente y mediador de la Fundación Libra, institución pionera en el desarrollo de la mediación en Argentina desarrollando programas de mediación en todo el país y en exterior desde al año 1994 a la fecha. Mediador familiar y penal del Centro de Mediación de la UBA (2008 a la fecha). Docente de la Escuela de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (1998/2001). Se desempeñó como Case Manager del Centro de Resolución de Disputas de la Fundación Libra (1995/1997), Mediador del Centro de Mediación del Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires (1995/1996), Asesor de la Directora Nacional Medios alternativos de resolución de conflictos del Ministerio de Justicia (1997/2000).

Brindó un taller y conferencias en el VI Congreso Mundial de Mediación (Salta, 2010). En el exterior desarrolló programas de mediación y conciliación civil, comercial, laboral y comunitaria en: Uruguay, Perú, Costa Rica, El Salvador y Honduras, contratado por organismos y agencias tales como el B.I.D., Banco Mundial, USAID, UNICEF Internacional, entre otros.

Dictó, desde el año 1995, la materia Resolución Alternativa de Disputas en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad de Belgrano.

Es Titular Asociado en la materia de grado Taller de Mediación (Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, 2000 a la fecha).

Es coordinador y profesor del Programa de Actualización en Negociación y Resolución Alternativa de Conflictos. Titular: Dra. Gladys Álvarez (Facultad de Derecho, UBA).

Es Profesor de Resolución de conflictos en las Escuelas Judiciales del Consejo de la Magistratura de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente del Plan Nacional de Capacitación de la CSJN.

Es profesor regular del Módulo Resolución Pacífica de Conflictos en el Máster en la Magistratura UBA y en la Carrera de Especialización en Administración de Justicia (UBA).

Ineficiente

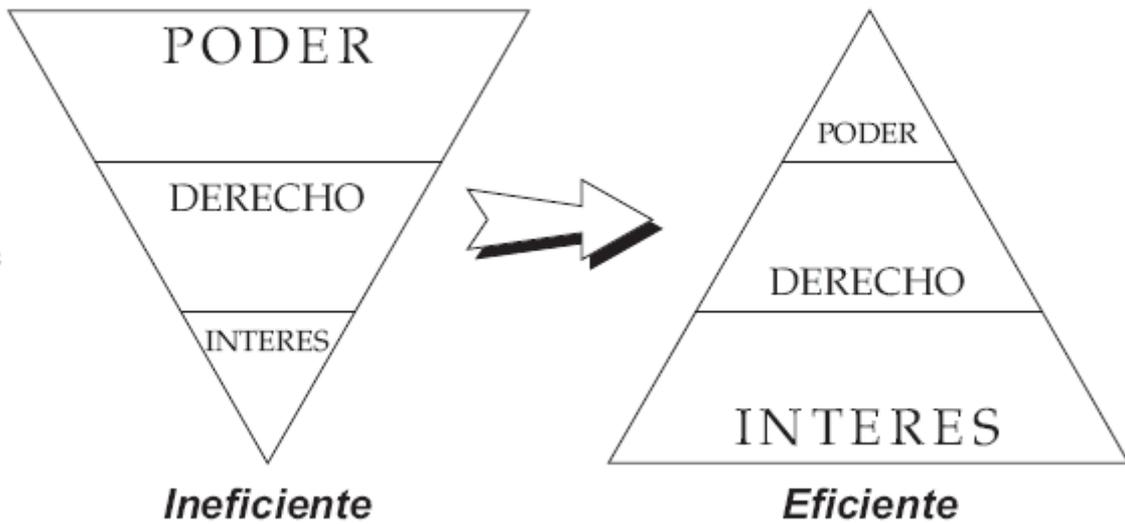
Eficiente

FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos de autor.



Introducción a la Mediación

FORMAS DE RESOLVER LOS CONFLICTOS



-12-

FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos de autor.



Introducción a la Mediación

FORMAS DE RESOLVER LOS CONFLICTOS

¿Cuándo un sistema es eficiente?

Reducir al máximo los "COSTOS"



Tiempo



Dinero



Energía Emocional



Oportunidades Perdidas



Satisfacción con los resultados



Efectos sobre la relación



Recurrencia del conflicto.

FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos de autor.



FORMA EN QUE SE PRESENTA UN CONFLICTO

POSICIONES
Algo ocurre (síntoma)

Introducción a la Mediación

PIRÁMIDE DE NECESIDADES



**AXIOMAS EXPLORATORIOS DE
LA COMUNICACION HUMANA**
(Paul Watzlawick)

Imposibilidad de no comunicarse.

Niveles de la comunicación: contenido y relación.

Puntuación de la secuencia de hechos.

Comunicación digital analógica.

Interacción simétrica y complementaria.

CAUSAS GENERADAS POR EL CONFLICTO
(ACLAND A.F.)

CONFLICTOS IRREALES

- Comunicación Equívoca
- Percepción Equivocada
- Malentendidos

CONFLICTOS INVENTADOS

CONFLICTOS REALES

- Los Bienes en Juego
- El Territorio en Juego
- Los Principios en Juego
- Las Relaciones Implícitas:
 - Las Estructuras de Poder en las Relaciones
 - Los Contratos Psicológicos

ALGUNOS PRINCIPIOS ACERCA DEL CONFLICTO

Todo conflicto tiene un lado positivo.

La expresión del conflicto sienta las bases para su solución.

Cada integrante del diálogo es responsable del problema.

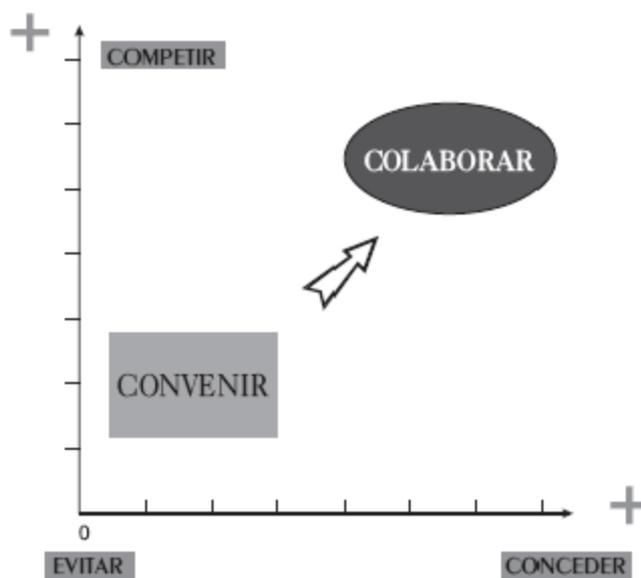
La cooperación y voluntariedad en la solución del problema permite un mejor cumplimiento de los acuerdos.

La autocomposición fomenta la participación y crea un marco de respeto y tolerancia, que mejora la convivencia.



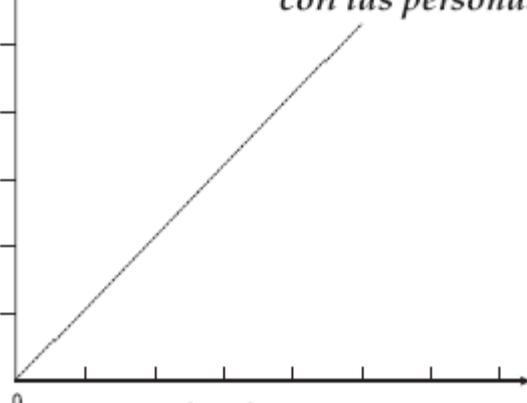
**COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES
INVOLUCRADAS**

- *Cómo veo el problema*
- *Con quién tengo el problema*



**EN CUENTA DENTRO DE UN
PROCESO DE NEGOCIACIÓN**

ATENDER el
PROBLEMA
Es trabajar
sobre el
CONTENIDO



*Ser duro con el
problema y suave
con las personas.*

ATENDER A las **PERSONAS**
Es trabajar en la **RELACIÓN**



NEGOCIACIÓN COLABORATIVA

- Ir más allá de la POSICIÓN.
- Identificar y priorizar INTERESES.
- Generar OPCIONES.
- Consultar y evaluar con base a CRITERIOS OBJETIVOS.
- Reservar ALTERNATIVAS (M.A.A.N.).
- Formular PROPUESTAS.



PREPÁRESE, PREPÁRESE Y PREPÁRESE (Resumen)

Ury William. "Supere el NO". Editorial Norma 1991

Cierta vez le pregunté a Lord Caradon, un diplomático británico, qué era lo más valioso que había aprendido durante su largo y distinguido servicio en el gobierno. Me dijo: "lo más valioso que aprendí, lo aprendí apenas comencé mi carrera, cuando me enviaron al Oriente Medio como asistente de un administrador local. Mi superior solía visitar una aldea distinta cada día para zanjar disputas y resolver casos apremiantes. Cuando llegaba, se formaba una barahúnda, la gente le lanzaba un torrente de preguntas y le ofrecía café. Eso no cesaba hasta que él se marchaba, al ponerse el sol. Él podría haber olvidado fácilmente sus objetivos si no fuera por un hábito sencillo. Cuando estaba a punto de entrar en la aldea, estacionaba el Jeep a un lado de la carretera y preguntaba: ¿Qué cosas queremos dejar terminadas esta noche al partir de la aldea? Contestábamos la pregunta y luego nos dirigíamos a la aldea. Al marcharnos esa noche, volvía a estacionar el jeep a un lado del camino y preguntaba: "Bueno, ¿lo logramos? ¿Realizamos lo que nos propusimos hacer?".

Ese simple hábito mental fue lo más valioso que aprendió Cardon en su vida: Prepárese antes de cada reunión. Después de cada reunión evalúe su progreso, adapte su estrategia y vuelva a prepararse. El secreto del éxito en las negociaciones es sencillo: **prepárese, prepárese y prepárese.**

¿Cómo debemos prepararnos? Cuando va a iniciar una negociación, lo mismo que cuando viaja, lo primero que necesita es un mapa.

Trazar el Mapa del Camino que Lleva al Acuerdo.

Hay cinco puntos importantes en el camino que lleva a un acuerdo: *Intereses, Opciones para Satisfacer esos Intereses, Normas para Resolver las Diferencias con Equidad, Alternativas para la Negociación y Propuestas para el Acuerdo.*

1. *Intereses*

Típicamente, la negociación comienza cuando la posición de una parte entra en conflicto con la posición de la otra parte. En el regateo corriente, tal vez lo único que usted necesita saber de antemano es su propia posición; pero la solución conjunta de problemas, depende de los intereses subyacentes en la posición de cada parte. La diferencia es fundamental: la posición de usted son las cosas concretas que desea (los pesos, los centavos, los plazos y condiciones), los intereses son las motivaciones intangibles que lo llevan a asumir esa posición (sus necesidades, deseos, preocupaciones, temores y aspiraciones). Para poder llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, tiene que comenzar por descifrar los intereses de ambas partes.

2. *Descifre sus Propios Intereses.*

A menos que usted sepa hacia dónde va, probablemente no llegará allá. En una negociación con un cliente difícil que insiste tenazmente en pagarle los honorarios que habían acordado el comienzo, a pesar del trabajo adicional imprevisto que era necesario, la posición de usted podría ser: “quiero un aumento del 30% en los honorarios en concepto del trabajo adicional”. Su interés en el aumento puede tener por objeto proteger su margen de utilidades y a la vez mantener al cliente contento. Usted puede descubrir sus propios intereses haciendo una pregunta sencilla “¿Por qué?” ¿Por qué quiero eso? ¿Qué problema estoy tratando de resolver?

Es importante que evalúe sus intereses para que no cometa un error muy común: canjear un interés importante por otro menos importante. Si las relaciones con el cliente prometen ser muy lucrativas, usted podría hacer de ellas la prioridad número uno. El interés en obtener una ganancia en el proyecto inmediato podría ser el segundo interés y el tercero podría ser evitar sentar un precedente de trabajo extra sin compensación.

3. *Descifre los intereses de ellos.*

La negociación es una calle de dos manos. Habitualmente, uno no puede satisfacer sus intereses si no satisface los intereses de la otra parte. Por tanto, es importante entender los intereses de ellos como los de uno mismo. Tal vez, su cliente difícil tenga interés en ceñirse a determinado presupuesto y quedar bien con su jefe.

Recuerdo que una vez mi tío fue a visitarme al bufete de la Facultad de Derecho en Harvard (...) en determinado momento me llevó a parte y me dijo: ¿Sabés una cosa? Tardé 25 años en desaprender lo que aprendí en la Facultad de Derecho. Porque lo que aprendí ahí, es que todo lo que cuenta en la vida son los hechos (quién tiene razón y quién está equivocado). Tardé veinticinco años para aprender qué tan importantes son los hechos, cuando más importantes son las percepciones que tiene la gente de esos hechos. Si uno no entiende la perspectiva que se forma la gente de las cosas, nunca tendrá éxito para negociar o zanjar disputas”.

La habilidad personal más importante en la negociación, es la habilidad de ponerse uno en el lugar de los demás. Si usted intenta cambiar el pensamiento de ellos, necesita empezar por entender cuál es ese pensamiento.

4. *Opciones.*

El propósito de identificar los intereses de cada parte es ver si uno puede idear opciones creativas para satisfacerlas. Una opción es un posible acuerdo o parte de un acuerdo. Inventar opciones para que ambas partes ganen es la máxima oportunidad personal.

Las personas que negocian con éxito no se limitan a compartir una torta de tamaño fijo, buscan la manera de agrandar la torta. Aunque usted no logre que acepten su posición, con frecuencia podría satisfacer sus propios intereses. Tal vez usted no logró

que le aumentaran el 30% en sus honorarios, pero podría idear una opción que le permita obtener una ganancia en el proyecto y a la vez dejar satisfecho al cliente.

Un error común en la negociación es insistir en una sola solución, su posición original. Al abrirse a considerar múltiples opciones, puede crear nuevas posibilidades, una de las cuales podría satisfacer sus intereses y a la vez satisfacer los de la otra parte.

El mayor obstáculo en el camino que lleva a producir opciones creativas es una vocecita que, en el interior de la cabeza, siempre nos está diciendo “esto no va a funcionar”.

La crítica y la evaluación, aunque son funciones importantes, obstaculizan su imaginación. Es mejor separar las dos funciones. Primero invente, y después evalúe. Suspenda los juicios durante unos minutos y trate de sugerir tantas ideas como sea posible. Incluso ideas que a primera vista parezcan descabelladas; recuerde que, al comienzo, a muchas de las mejores ideas del mundo toda la gente las tachó de disparates.

5. Normas

Una vez que usted haya agrandado la torta, debe pensar en cómo dividirla. ¿Cómo se hace para elegir conjuntamente con la otra parte una opción cuando tienen intereses opuestos? Su cliente quiere pagarle menos por su trabajo y a usted le gustaría que le pagara más ¿Cómo se resuelve este asunto?

Tal vez el método más común es una lucha de deseos. Cada lado insiste en su posición y trata de que el otro ceda. El problema es que a nadie le gusta darse por vencido. Una lucha de deseos pronto se convierte en un conflicto de egos. La persona que por fin cede, lo recuerda, y trata de igualar el marcador la próxima vez, si es que hay una próxima vez.

Los negociadores de éxito eluden la lucha de deseos transformando el proceso de selección en una búsqueda conjunta de una solución justa y satisfactoria para ambas partes. Confían mucho en normas (criterios) justas e independientes de los deseos de cualquiera de las partes. Una norma independiente es una vara para medir, que le permite a uno determinar qué es una solución justa. Las normas comunes son valor de venta en el mercado, tratamiento equitativo, la ley, jurisprudencia o simplemente la forma en que se ha resuelto antes el asunto.

El gran mérito de las normas es que, en lugar de ceder una parte a la otra en determinado punto, ambas pueden ceder ante lo que parece justo. Su cliente acepta más fácilmente un precio fijado en el mercado que determinados honorarios simplemente porque usted dice que eso es lo que quiere cobrar.

Muy frecuentemente, la gente entra en una negociación en busca de un acuerdo y estudia las alternativas sólo si las cosas van mal. Esto es un error clásico. Si usted sabe cuáles son sus alternativas, ello puede determinar su éxito en satisfacer sus intereses.

El propósito de la negociación *no siempre* es llegar a un acuerdo. Porque el acuerdo es sólo un medio, y el fin es satisfacer los propios intereses. El propósito de la negociación

es explorar si usted puede satisfacer mejor sus intereses por medio de un acuerdo, que por medio de su mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN).

Su MAAN es el mejor curso de acción para satisfacer sus intereses *sin* el consentimiento de la otra parte. Si usted está negociando con su jefe un aumento, su MAAN puede ser conseguir un puesto en otra empresa (...) *El MAAN es la clave del poder en la negociación.* Cuanto mejor sea su MAAN, más poder tendrá usted.

Identifique su MAAN

Su MAAN debe ser el parámetro para evaluar cualquier acuerdo potencial.

Para identificar su MAAN, debe considerar tres clases de alternativas:

1. *Primera: ¿Qué puede hacer usted aisladamente para satisfacer sus intereses?* Su alternativa puede ser encontrar otro proveedor, si usted es un comprador; u otro cliente, si usted es vendedor.
2. *Segunda: ¿Qué puede usted hacerle directamente a la otra parte para que ella respete sus intereses?* Su alternativa "interactiva" puede ser declarar la huelga o declarar la guerra.
3. *Tercera: ¿En qué forma puede usted introducir una tercera persona en la situación para apoyar sus intereses?* Su alternativa de "tercera persona" podría ser recurrir a la mediación, al arbitraje o a un juicio. Cuando haya creado un conjunto de alternativas posibles, elija la que más probablemente satisfaga sus intereses. Mantenga su MAAN en el bolsillo. Cuando usted sea objeto de un fuerte ataque y tenga pánico, toque el bolsillo y piense "si las cosas van mal, sé qué es lo que haré".

Promueva su MAAN

No suele existir "un MAAN", hay que desarrollarlo.

Si su MAAN no es muy sólido, se deben tomar medidas para mejorarlo. Por ejemplo, no se limite a identificar su MAAN, como buscar otro puesto en la misma organización. Tómese la molestia de conseguir una oferta real de trabajo. Si está vendiendo su casa, no deje de mostrarla simplemente porque alguien dijo que estaba interesado en ella, siga buscando otro comprador potencial.

Decida si usted debe negociar

Una vez que haya formulado su MAAN, debe preguntarse ¿realmente debo negociar?

¿Alguna vez se ha preguntado usted por qué algunas personas siguen tratando de negociar con un jefe abusivo, cuando debieran haber dejado el puesto hace mucho tiempo? El hábito, la culpa, la autoinculpación y el miedo, pueden desempeñar un papel importante; pero con frecuencia la razón fundamental es que ese empleado

perdió de vista su mejor alternativa. Tal vez su MAAN sea mejor que cualquier arreglo que pueda lograr con la otra persona.

Recuerde también, que el proceso de negociación mismo no está libre de costos. Puede consumir mucho tiempo y muchos esfuerzos y mientras tanto pueden desvanecerse sus otras alternativas. Por lo tanto, debe considerar cuidadosamente su decisión de negociar.

Identifique el MAAN de ellos

Conocer el MAAN de la otra parte puede ser tan importante como conocer el suyo mismo.

Esto le ayuda a formarse una idea del reto que enfrenta: desarrollar un acuerdo que sea superior a la mejor alternativa de la otra parte. Esto le ayuda a evitar dos errores. El de subestimar y el de sobreestimar esa alternativa (...).

Si el MAAN de la otra parte es emplear coacción, usted se puede preparar con anticipación para contrarrestarla. Piense en la manera de neutralizar el efecto que ejercen en usted las acciones de la otra parte encaminadas a coaccionarlo.

Propuestas

El trabajo en los intereses y las opciones, le revela una solución creativa del problema.

El trabajo en normas y alternativas justas, le ayuda a escoger una opción apropiada para configurarla como propuesta para un posible acuerdo.

Para expresar una propuesta sólida, usted podría escoger una opción que satisfaga bien sus intereses, ciertamente mejor que su MAAN. Asimismo, la opción debe satisfacer los intereses de la otra parte mejor que el MAAN de ellos. Lo que diferencia una propuesta de una simple opción, es el compromiso. Una propuesta es un acuerdo posible que usted está dispuesto a aceptar. Desde luego, puede haber más de un acuerdo posible que satisfaga esos criterios.

Aspire a algo más grande

Muchos tenemos la tendencia a fijarnos metas modestas, por temor a “fallar”.

Desafortunadamente las aspiraciones bajas tienden a ser predecibles por su propia naturaleza. No es probable que la otra parte otorgue lo que usted no le solicita. No es de extrañar que quienes comienzan con aspiraciones realistas altas, terminen habitualmente con mejores acuerdos. De manera que comience por preguntarse ¿a qué acuerdo aspiro? ¿Qué satisfaría auténticamente mis intereses y al mismo tiempo satisfaría suficientes intereses básicos de la otra parte como para que haya al menos la posibilidad de que acceda?

Desarrolle una retirada:

A menudo uno puede no lograr todo lo que desea. Por lo tanto, es útil que usted se haga otra pregunta “¿Qué acuerdo, tal vez lejos de perfecto, todavía satisfaría mis intereses básicos lo suficiente como para que yo quede razonablemente contento?”

Idee una señal de detención:

La tercera propuesta se debe basar directamente en la evaluación de su propio MAAN. ¿Qué acuerdos satisfarían mis intereses apenas ligeramente más que mi MAAN? ¿Con qué acuerdo podría yo vivir, pero apenas escasamente?

Si, por último, usted no puede lograr un acuerdo por lo menos tan bueno como ese, debe considerar retirarse de la mesa y recurrir a su alternativa. Esta propuesta funcionará como una señal de detención que le recuerda que está en peligro de aceptar un acuerdo peor para usted que su MAAN.

ESTILOS DE CONTENDER

A ATACAR (amenazar – insultar – criticar – culpar – subestimar – interrumpir - *ignorar)

E EVADIR (cambiar de tema* - posponer)

I INFORMAR (Posición – interés – necesidad)

O ABRIR (OPEN) (escuchar atentamente — Resumir sin aceptar - Preguntar sin Juzgar -)

U UNIR (aumentar el entendimiento mutuo – Buscar los puntos en común – Replantear – Realizar el “brainstorming generando opciones de mutuo beneficio)

EL ESCUCHAR ACTIVO

NO ACONSEJE
PREJUZGUE
PONTIFIQUE
INTERROGUE/INDAGUE
MINIMICE/SUBESTIME

Hay ciertas ocasiones donde estas respuestas pueden ser útiles, pero por lo general detienen el diálogo y la comprensión; y en vez de dar confianza, producen dudas y desconfianza en sí mismo.

SI ALIENE LA NARRACIÓN
ATIENDA AUTÉNTICAMENTE
ESCUCHE CON SENSIBILIDAD Y CONCENTRACIÓN

“Cuando digo que me gusta oír a alguien, me refiero, por supuesto a oírle con profundidad. Me refiero a oír las palabras, los pensamientos, los tonos sensoriales, el significado personal, incluso el significado oculto, tras la intención consciente del comunicante. Algunas veces también ocurre que en un mensaje superficialmente de poca importancia, oigo un lamento soterrado y desconocido más allá de la superficie de la persona”.

“Oír trae consecuencias... cuando escucho realmente a una persona, oyendo no sólo las palabras sino a la persona en sí y cuando le hago saber que he captado su propio significado privado, ocurren muchas cosas. Lo primero es una mirada de agradecimiento. Se siente exonerada. Quiere hablarme de su mundo. Se lanza con una nueva sensación de libertad. Se abre al proceso de cambio”¹

PREPARACIÓN DE LA MEDIACIÓN:

¹ Rogers, Carl: “El camino del Ser”

- I. Apertura del Procedimiento.
- II. Comprensión de la Perspectiva de las Partes.
- III. Clarificación de Intereses y Necesidades.
- IV. Facilitación de la Comprensión y Reconocimiento de Necesidades Mutuas.
- V. Reencuadre del Conflicto y Generación de Opciones.
- VI. Evaluación y Selección de Opciones. Contraste con Criterios Objetivos y MAAN.
- VII. Acuerdo y Cierre de la Mediación.

PARAFRASEO

- Resumen de la narración en segunda persona
- Organización discursiva
- Neutraliza la carga negativa

PARAFRASEO CONSTRUCCION

A ver si le comprendí, ¿según usted dice....?

- Se expresa en segunda persona
- Reitera la narración del hablante, seleccionando los enunciados más importantes. Síntesis.
- Reconoce la emoción y neutraliza aquello que pueda resultar ofensivo, dramático o despectivo.
- Aseguramos escucha y comprensión.

FUNCIONES:

Para el hablante: Legitimación y reconocimiento, escucha activa, sintetiza, objetiva y organiza los dichos.

Otros participantes: Expresión de la postura del hablante por un tercero neutral.

Para el mediador: Escucha activa, comprensión y organización de la información. Puede surgir información adicional relevante.

Legitimación en el rol.

PREGUNTAS:

EXPLORAR SIGNIFICADOS

- Permite que las intervenciones funcionen en un ámbito de neutralidad
- Explicita la diferencia
- El distinto sentido que tienen las cosas para cada uno los coloca simétricamente como protagonistas.
- Genera legitimación y permite reconocimiento
- Permite la pluralidad de los relatos manteniendo significados individuales.

¿PARA QUE PREGUNTAMOS?

Preguntamos con autentica curiosidad para descubrir el universo de las partes, abrir ese mundo con prudencia, conocerlo con respeto y comprender con humildad su lógica interna probablemente distinta a la nuestra.

(Mediación diseño de una práctica: Caram, Eilbaum y Risolia)

PREGUNTAS ABIERTAS:

- Procuran buscar información, alientan el relato, propenden a explorar intereses y necesidades.
- (Pronombre interrogativo: que, quien, como, para que)

- Intentar no utilizar “Porque”. El porque genera justificaciones y estas son excluyentes

- Ventajas: *Generan mayor información - *Evitan que nuestra opinión se filtre en la pregunta - *Funcionan como recurso para desactivar discusiones entre las partes.

PREGUNTAS CERRADAS:

- Permiten confirmar datos o alguna información ya obtenida. Confirman por si o por no.

- Habitualmente comienzan con un verbo: ¿quiere tenerlo?, ¿cobro el dinero?, ¿fueron al encuentro?.

- Invita a brindar información, genera espacios descriptivos, legitima, reconoce, genera empowerment.

La mediación y sus formas de institucionalización en el Sector Justicia

Objetivos

- Explorar el estado de la institucionalización de la mediación en el sector justicia en el país
- Conocer el desarrollo de la mediación en la Provincia de Buenos Aires
- Repensar la función del juez en la conciliación intraprocésal

Contenidos

4.1. Algunos procedimientos RAD ofrecidos en los tribunales argentinos

4.2. La Mediación en la Provincia de Buenos Aires

4.3. La Conciliación laboral prejudicial obligatoria (SECLO)

4.4. La Conciliación intraprocésal

4.1. Algunos procedimientos RAD ofrecidos en los tribunales argentinos

4.1.1. Panorama en América

Los programas RAD, comienzan en la década de los ochenta en Estados Unidos de Norte América, incluido su estado asociado de Puerto Rico, y en Canadá, donde surge la mediación penal llamada Víctima - Victimario². En Colombia en 1991 se sanciona la ley 23, cuya denominación *Normas sobre descongestión de los despachos judiciales*, evidencia el estado del sector justicia. De allí diversos países han ido incorporando la RAD en sus sistemas de justicia. La Fundación Libra desde el año 1992, ha estado prestando asesoramiento técnico a los Poderes Judiciales de Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. México ha recibido ayuda externa de distintos organismos internacionales. Paralelamente el crecimiento del movimiento y la proliferación de normas que incorporan la mediación al sector justicia mexicano se debe a eventos internacionales impulsados por un grupo de profesores de las Universidades de Sonora y Monterrey.

El modelo de **mediación** que ha sido receptado normativamente en la mayoría de los países latinoamericanos, es el llamado *facilitativo* cuya característica central —como ya lo hemos indicado— reside en que el mediador ayuda a las partes a que ellas por sí mismas negocien un acuerdo mutuamente aceptable. Se la distingue de la **conciliación** por cuanto en este mecanismo, como hemos puntualizado, el conciliador tiene la facultad de proponer soluciones a las partes, o en el caso en que sea intraprocesal, conducida por un juez, éste, si las partes no arriban a una transacción, puede/debe tener que decidir el caso como veremos más adelante. Por ello decimos que el conciliador tiene cierta cuota de poder sobre el fondo del asunto de la que carece un mediador que sólo se ocupa de los aspectos de la conducción del proceso.

² Ver Highton, Elena I, Álvarez, Gladys S. y Gregorio Carlos G., *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

4. 1.2. Panorama en el resto del mundo

Estos conceptos que hemos explicitado precedentemente no aparecen con claridad en el plano internacional. Así surge de las presentaciones e intercambios realizados en las Conferencias Internacionales sobre Mediación Judicial, realizadas en los años 2009 (París, 16 y 17 de octubre) y 2011 (Martinica, Francia, 17 y 18 de noviembre). Asistieron jueces y mediadores de países de la Unión Europea, Asia, África, Australia, Canadá, Estados Unidos, Brasil y Argentina.

Como resultado del primer evento se creó la asociación internacional, sin fines de lucro, que se llama ***“Conferencia Internacional de Mediación por la Justicia”***. Al detenernos en sus estatutos, verificamos una simplificación conceptual ya que en los propósitos se enuncia: *promover a escala internacional, la mediación, conciliación y facilitación, que a los efectos del estatuto se entenderán bajo el nombre de “mediación”*. La definición que aparece luego coincide con la terminología por nosotros acuñada y dice: *“La mediación es un método de resolución que permite a las Justicias Estadales utilizar un instrumento poderoso diseñado para favorecer el acceso a la Justicia tanto Nacional como Internacional y asegurar la regulación de los conflictos. A través de la mediación, las partes, con la asistencia de un tercero neutral, independiente y sin poder de decidir, tratarán que se llegue a un acuerdo sobre el conflicto, en la medida del interés de las partes, y dentro de los límites de la ley y el orden público. La mediación constituye una nueva oferta de justicia que beneficia a todos aumentando la credibilidad en la justicia y en las instituciones oficiales”*.

La Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 21 de mayo de 2008, aborda ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles para resolver conflictos transfronterizos que debieron estar implementados por los estados miembros para

el 21 de mayo de 2011. Aclara que nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

En el párrafo (1.1) se aclara que la *“la Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulen recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no sobre la solución del conflicto.”*

En el párrafo (1.2) se dice: *“la presente directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permite a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito aplicable de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contenido de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente”.*

Dar un efectivo cumplimiento a la Directiva del Parlamento y Consejo Europeo, motivó una serie de cuestiones fundamentales relacionadas con la capacitación y certificación de los mediadores, fuerza ejecutoria de los acuerdos, evaluación de calidad de los servicios, entre otras.

En materia de familia, la Conferencia de la Haya, creó un Cuerpo de Expertos que diseñó un Manual de Buenas Prácticas para los conflictos derivados por la Sustracción de Menores, del cual formó parte la Dra. Gladys Stella Álvarez por Argentina.

De las numerosas presentaciones efectuadas en los encuentros internacionales convocados por la *Conferencia de Jueces por la Mediación*, pudimos comprobar que en algunos países consideran que los jueces median cuando, intercambiando los casos con otro juez, ayudan a las partes y sus abogados a negociar un acuerdo. En los tribunales norteamericanos, suele denominarse a esta actividad “Settlement Conference”, a veces está a cargo de un Magistrate Judge (Juez adjunto) o de otro juez que no va a decidir el caso. En esta reunión con las partes y sus abogados, el juez además de emplear técnicas de mediación para mejorar la comunicación entre las partes, puede proponer soluciones y/o emitir opinión sobre las debilidades y fortalezas de las posiciones legales de las partes. Las buenas prácticas indican que el juez que realiza esta actividad de ayuda al acuerdo no debe ser el mismo que decidirá el caso.

Ahora bien, cuando un juez o funcionario judicial, se ha capacitado en mediación y cumple los requisitos exigidos localmente para prestar servicios de mediación y debidamente autorizado los presta conforme a la ley, no existe inconveniente para incluir sus servicios bajo el rótulo de “mediación”. Tal es la situación en la Provincia de Río Negro, Argentina, en que la legislación³ permite que los funcionarios judiciales, entre ellos los jueces, puedan actuar como mediadores “ad hoc” en los Centros Judiciales de Mediación cuando el caso tramita con beneficio de mediar sin gastos y el caso no puede recaer en su actividad jurisdiccional.

En consecuencia, podríamos admitir que, cuando la legislación lo permita, el juez debidamente entrenado en mediación, técnicamente “un mediador”, puede prestar servicios de mediación en los casos en que no tiene ni puede tener competencia.

³ Ley de Mediación 3847, B.O. 15/07/2004, consolidada por ley 4270, BO 10/01/2008, en el Capítulo 5 Centros de Mediación Judicial, art. 36 dice: “Mediadores Oficiales. El Superior Tribunal de Justicia podrá autorizar a Magistrados y Funcionarios Judiciales a actuar en calidad de mediadores ad honorem, siempre que no medien las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la ley provincial nº2430”.

4.1.3. Estado de la mediación en Argentina.

El movimiento de mediación nació en nuestro país en el año 1991 con la creación de la Comisión de Mediación dispuesta por el entonces Ministerio de Justicia de la Nación y que integraron un equipo de jueces y abogados. La Comisión elaboró un Plan Nacional de Mediación que fue entregado en septiembre de ese año y que en la actualidad se encuentra cumplido. La primera norma fue el decreto 1480/92 por el cual se declaró de interés nacional a la mediación. Este decreto encomendó la realización de una experiencia piloto de mediación con juzgados nacionales civiles patrimoniales y de familia; y la elaboración de un proyecto normativo. Todo fue realizado y cumplido.

Hace más de 15 años de la sanción de la ley 24573 que institucionalizó la mediación prejudicial y obligatoria en la Justicia Nacional Civil, Comercial, y Federal Civil y Comercial. Tuvo prórrogas en su obligatoriedad y fue sustituida por la ley 26.589 de Mediación y Conciliación⁴ que fue reglamentada por el decreto 1467 del 28/09/11.⁵

La mediación tuvo un fuerte impulso de los Poderes Judiciales, los Ministerios de Justicia y algunos Colegios de Abogados, y paulatinamente fue incorporada a las legislaciones locales. En este aspecto, es apreciable la acción desplegada por la Junta Federal de Superiores Tribunales de Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus) que publicó la primera recopilación de antecedentes y normas que regulan la materia y dan cuenta de algunas experiencias piloto dispuestas por Superiores Tribunales a través de Acordadas.

La mediación prejudicial obligatoria de la Justicia Nacional, se encuadra entre los sistemas denominados *conectados con los tribunales* ya que la administración del mismo está

4 B.O.6/5/2010

5 B.O. 28/09/2011

a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJyDH) a través de la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos (DNMyMPRC). Igual modalidad adoptaron las Provincias de Buenos Aires y la de Santa Fe.

Otro modelo es el seguido, entre otras, por la Provincia de Río Negro cuyo sistema de mediación prejudicial obligatorio es, principalmente, de los llamados **anexos a los tribunales** siendo el Superior Tribunal de Justicia (S.T.J.) el órgano encargado de administrarlo a través de la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (DIMARC). El programa implementado en la Provincia de Córdoba cae dentro de los que se han llamado **sistemas mixtos**, tiene un Centro Judicial de Mediación del Tribunal Superior de Justicia (anexo) y es el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (Di.M.A.R.C), quien administra el sistema.

Por otra parte, algunas normas prevén el beneficio de mediar sin gastos, o la prestación de servicios gratuitos; o el trabajo interdisciplinario, la co-mediación. Todo ello a través de mediadores individuales y de Centros Institucionales Públicos, o Privados de Resolución de Conflictos.

4.1.3.1. Estudio PNUD/Fundación Libra y otros (abril 2011)

De un estudio de la mediación prejudicial obligatoria en la Justicia Nacional y en la Justicia de la Provincia de Río Negro, que realizamos con el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y cuyo informe final está en edición, surgieron significativos hallazgos que permitieron formular recomendaciones para el mejoramiento de los sistemas.

Entre los años 1996 y 2009 se sortearon, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la Comercial y en Federal Civil y Comercial, 282.406 mediaciones; un 35% de las cuales derivó en juicio y el restante 65% no retornó al sistema judicial, ya sea, porque tuvo acuerdo o porque en la mediación tuvieron la oportunidad de ponderar la conveniencia o inconveniencia de ir a un litigio y decidieron no hacerlo.

Las mediaciones con elección de mediador o con mediación privada tuvieron deficiente registro por falta de información que debió ser suministrada por los mediadores y asentarse en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Otro dato significativo es que la mediación amplió el acceso a justicia y la participación social. Con anterioridad a la vigencia de la ley de mediación no se registraban acciones con reclamos de montos menores a \$ 5000 en daños y perjuicios. Sin embargo entre los años 2004 a 2008 esos casos comenzaron a ser atendidos en la mediación con un nivel de acuerdo del 84%, lo que demuestra un incremento del acceso a justicia.

Teniendo como línea de base el año 1995 - anterior a la sanción de la ley - en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la litigiosidad ha disminuido en las materias (objetos litigiosos) comprendidas en la ley de mediación prejudicial obligatoria, en especial en conflictos derivados de relaciones familiares, daños y perjuicios, cobros de sumas de dinero y consignaciones.

En la Provincia de Río Negro, el acceso a justicia en conflictos de familia se elevó en un 104%, principalmente computando los casos con beneficio de mediar sin gastos.

4.2. La Mediación en la Provincia de Buenos Aires

4.2.1. Mediación Penal⁶

El servicio de mediación de la Procuración General fue creado por Resolución 554 en 1987 y su objetivo fue cumplir con las tareas específicas de resolución de conflictos en casos que fueran derivados por organismo del Ministerio Público, cualquier otro organismo judicial o gubernamental, como también por ONG e inclusive la atención de particulares que se presenten espontáneamente. El equipo de trabajo está integrado por mediadores abogados, psicólogos, trabajadores y asistentes sociales. La cuestión es tratada mediante entrevistas, reuniones de mediación, asesoramiento y derivaciones a instituciones específicas, alcanzando en la mayoría de los casos acuerdos con resultados satisfactorios para las partes y en un breve plazo.

Con la sanción de la ley 13.433⁷ de mediación penal se concreta la creación de Oficinas RAC, dependientes del Ministerio Público, con el fin de atender a las necesidades de la población y dar una respuesta diferente frente a la comisión de un delito. El instrumento que aporta la mediación penal permite la coexistencia con el sistema punitivo de los paradigmas restaurativos que resultan trascendentes como modelos reparadores de los daños causados a las víctimas y al tejido social.

⁶ Highton, Elena I, Álvarez, Gladys S. y Gregorio Carlos G., *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

⁷ Sancionada el 21-XII-05, promulgada el 09-1-06 y publicada el en B.O.P. el 19-1-06

4.2.2. Mediación civil, comercial y familiar

La ley 13.951⁸ establece el régimen de mediación prejudicial y obligatoria de conflictos judiciales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Fue puesta en vigencia en el corriente año 2012 para todos los conflictos jurídicos con excepción de los enumerados en su artículo 4º. Por decreto 2530/10 el Departamento de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, se aprobó la reglamentación de la ley 13.951. La mencionada norma, que también regula la Mediación Voluntaria (art.36 a 38) en virtud del decreto mencionado, tendrá como Autoridad de Aplicación al Ministerio de Justicia y Seguridad.

La Suprema Corte de Justicia por Acuerdo Nº 3585 del 3 de mayo de 2012, aprobó el Reglamento para la designación de mediadores por sorteo y dispuso la capacitación en el nuevo Régimen a los empleados de cada Receptorías de Expedientes. También dio intervención al área Estadísticas de la Secretaría de Planificación a fin de establecer parámetros e indicadores que permitan el monitoreo del régimen de mediación con relación a su funcionamiento y eficacia. Consideramos estas medidas de gran utilidad —diríamos imprescindibles— para que luego de un tiempo de funcionamiento del sistema éste pueda ser monitoreado y oportunamente evaluado. Lo hecho por la Corte Provincial muestra su responsabilidad al cuidar el funcionamiento de la mediación y la calidad de este nuevo servicio de justicia a la sociedad, pese a no tener la administración del sistema.

4.2.2.1. Algunas observaciones a la ley de mediación

8 B.O. 10/02/2009

Dentro de las debilidades de este cuerpo normativo observamos la omisión de cuestiones mediables que han dado excelente resultado en otros cuerpos normativos, (art.4º inc.2).

También lamentamos que se haya excluido - sin hacer mención a la posibilidad del dictado de una norma especial - a las acciones en que el Estado o los entes descentralizados sean parte, teniendo en cuenta los buenos resultados de la ley de la Provincia de San Juan que obliga a pasar por la instancia de mediación prejudicial a los casos en que el Estado sea parte, o la salvedad de la ley nacional que las excluye salvo que medie autorización expresa (art.5º inc.c)

Dejando a salvo los casos en que son parte menores y otros incapaces, advertimos que no se ha otorgado valor ejecutivo al acuerdo arribado en mediación y que por disposición del art. 19 se deben remitir al juzgado sorteado todos los acuerdos para su homologación la que será otorgada por el Juez cuando considere que representa una justa composición de intereses de las partes. Nos preguntamos cómo el juez podrá cumplir con esta función si no ha escuchado de manera directa a las partes cuando relataron su visión del conflicto y sus posibles opciones para resolverlo de manera conjunta. Tampoco conoció los reales intereses ni la priorización de las necesidades de las partes. Por último nos cuestionamos la viabilidad de la norma ya que atenta contra el principio de confidencialidad de la mediación. Además, cómo podrá juzgar si hay o no justa composición de intereses sin abrir juicio y emitir opinión sobre el fondo del asunto, circunstancia que lo hará incurrir en prejuzgamiento.

4.2.3. Programa Provincial de Mediación en Contextos de Encierro.

Por decreto 141 de la Dirección de Política Criminal, se crea en el 2009 el Programa de Mediación en Contextos de Encierro⁹. Sus objetivos son a) Proponer y poner en práctica los

9 B.O. (P.B.A) 16/03/09

procedimientos y estrategias de RAD en todos los establecimientos carcelarios de la Provincia de Buenos Aires. b) Estimular y promover, mediante una continua capacitación e intervención estatal, la posibilidad de los conflictos individuales y grupales de que trata la norma, sean resueltos con el protagonismo de sus propios actores y el Estado, a través de mecanismos horizontales y no punitivos. En su art. 5º establece que el mediador será siempre un interno elegido por el mutuo conocimiento de las partes. En el art. 9º se regula que los gabinetes técnicos científicos deberán ser de carácter multidisciplinario y estar integrados por personas capacitadas en la temática de RAC, profesionales y técnicos que presten funciones en el Servicio Penitenciario Bonaerense y muestren interés en incorporarse a esta iniciativa, a cuyos fines la Institución habilitará el registro respectivo para recibir postulaciones.

4.2.4. Programa Provincial de Composición Amigable y Resolución Comunitaria Alternativa de Conflictos

Bajo este complejo título ha sido creado por Decreto nº 135,¹⁰ un programa en el ámbito de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia. En su artículo 1º se establecen sus objetivos, los que según el inciso figuran: c) estimular y promover, mediante una continua capacitación e intervención estatal, la posibilidad que los conflictos sociales sean resueltos mediante el protagonismo de sus propios actores y de la Comunidad Organizada a través de mecanismos horizontales y no punitivos y con el concurso de las entidades estatales y las demás instituciones que participen en el Programa. En la actualidad a este tipo de iniciativas se las incluye en las denominadas “*prácticas restaurativas*”.

4.2.5. Conflictos internos en las unidades judiciales

La Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, por diferentes Acuerdos (3131 del 21-04-2004 y 3180 del 01-12-2004) dispuso la creación y funcionamiento de la Subsecretaría de Resolución de Conflictos en el ámbito de la Secretaría de Control Judicial. Su función es intervenir en aquellos casos en los que la existencia de conflictos personales entre los

10 B.O. 27-feb-09

integrantes de la Jurisdicción de la Administración de Justicia haya producido o eventualmente puedan producir efectos negativos en la prestación del servicio. Asimismo deberá asesorar al Superior Tribunal cuando éste así lo disponga, en la materia relativa a los conflictos internos en las unidades judiciales. Igual iniciativa ha implementado el Poder Judicial de Río Negro.

4. 3. La Conciliación laboral prejudicial obligatoria (SECLO)

La ley 24.635¹¹ establece una instancia obligatoria de Conciliación laboral. En su artículo 1º incluye a los reclamos individuales y plurindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la justicia Nacional del Trabajo, los que deberán dirimirse ante el organismo administrativo que se cree y dependerá del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El organismo conocido bajo las siglas SECLO (Servicio de conciliación laboral obligatorio) ha sido diseñado con un número determinado de conciliadores laborales que deben contar con capacitación básica en mediación y especial en conflictos laborales, como así también demostrar conocimientos en derecho del trabajo. Están facultados para emitir opinión sobre el fondo de la disputa preservando el orden público laboral. Desde su funcionamiento ha dado excelentes resultados. Pese a que la ley prevé el arbitraje laboral no se han registrado derivaciones a este procedimiento RAC

Baste para ello consultar las estadísticas que se publican en su página Web www.trabajo.gov.ar/seclo/

11 Sanción : 10-IV-1996. Promulgación : 26-IV- 1996, Publicación : B.O. 3-V-1996

4.4. La Conciliación intraprocésal

Del articulado del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación surge la obligación del juez de tomar la audiencia de conciliación en la que invitará a las partes a conciliar total o parcialmente el conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios de solución de conflictos. También está facultado a derivar el caso nuevamente a mediación. (art. 36 inc.2, 360 inc.1). Para ello el juez debe contar con las habilidades que le permitirán conducir la audiencia con efectividad; conocer los mecanismos RAD para poder derivar o sugerir a las partes el que resulte más adecuado para la solución del conflicto. Los jueces que han recibido capacitación específica, aún más, que han sido entrenados en mediación, registran altos porcentajes de acuerdos conciliatorios en el fuero Nacional en lo Civil. Hemos presentado al comienzo de este curso un video que registra las opiniones de dos juezas sobre los aspectos positivos de haber sido capacitadas en mediación y de su utilidad al momento de convocar a una audiencia de conciliación intraprocésal para que junto con las partes y sus abogados se encuentre una solución al conflicto.

En la Provincia de Buenos Aires, si bien el art. 36 inc.4º del CPCC, establece entre las facultades de los jueces que estos podrán disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación, no hay una norma que regule la conciliación en sede judicial. Sin perjuicio de ello, un número elevado de jueces fija de oficio audiencias de conciliación. No existe un criterio uniforme sobre cuál es el momento más oportuno para la convocatoria. Los defensores del nuevo rol conciliador del juez sostienen que el magistrado se encuentra en una posición inigualable para asistir a las partes en el proceso negocial debido a su lugar de poder, su inmediatez con el caso, su conocimiento de la materia objeto de la controversia y su experiencia.¹²

12 Barousse, María Paz, « La resignificación de la función del Juez a la luz de los « métodos alternativos » Cuadernos de Derecho Judicial, Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, ed. La Ley- Universidad Austral nº 3 Pags. 39/51

ACCESO A JUSTICIA. Marco conceptual ¹³

En relación al concepto Acceso a Justicia algunas definiciones que abarcan el concepto responden a diferentes acepciones. En materia de justicia, el objetivo a alcanzar puede ser definido, según Peña Gonzalez¹⁴ como “brindar a los sujetos de derecho la posibilidad de acceder a la tutela judicial o como la posibilidad de acceder, con el menor costo posible a un procedimiento efectivo- no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. Mientras la primera definición promueve la mejora de la eficiencia de la estructura judicial, la segunda alienta la diversificación de formas de resolución a través de mecanismo alternativos y a desjudicializar el sistema de administración de justicia, es decir el objetivo de la política pública tiende a diseñar y promover una protección plural y heterogénea de protección de derechos”.

Highton y Álvarez establecen una distinción “...una cosa es “acceso a la justicia” (entendida como sistema judicial) y otra es “acceso a justicia” (entendida como solución justa)”¹⁵ .

Álvarez alude a *acceso a justicia* con la intención de ampliar el enfoque de este derecho, de manera tal que no connote solamente la entrada al sistema judicial sino que abarque el camino a formas desjudicializadas de resolución de conflictos.¹⁶¹⁷

Mientras que el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Justicia¹⁸ manifiesta que “*El acceso a la justicia no se identifica con un proceso judicial, sino con*

131. Estudio de Impacto Estudio de Impacto de la Mediación - Pre-Judicial Obligatoria en Argentina:

Un aporte para el debate y la efectividad de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. PNUD – Fundación Libra. 2012 . Extracto sobre las percepciones y definiciones de los actores de la política RAD.

14 Peña Gonzalez, Carlos, *Notas sobre la justificación del uso de los sistemas alternativos*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 2, Nº 1 y 2, abril, 1997.

15 Highton, Elena I, Álvarez, Gladys S. *Mediación para Resolver Conflictos*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pag.35

16 Álvarez, Gladys S. *Mediación y el Acceso a Justicia*, ed Rubinzal Culzoni, Rosario, 2003 Cap.II.

17 Davis, William, Reporte Final del 1º Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, Buenos Aires 7/10 de noviembre de 1993, editado por el National Center for State Courts y la Fundación Libra, Buenos Aires, 1994.

18 En la II Conferencia de Jueces, Salta, 2007

la solución de un conflicto. Por lo tanto involucra el desarrollo de instituciones que mejoren la posición de los menos aventajados y la introducción de medios alternativos, sin necesidad de llegar a un proceso complejo...”¹⁹.

Como consecuencia de las decisiones adoptadas en la II Conferencia de Jueces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación crea una Comisión de Acceso a Justicia que funcionará bajo la presidencia de un Ministro del Tribunal²⁰. Se dispuso que la Comisión estaría integrada por jueces federales, nacionales y provinciales²¹. Dicha Comisión Nacional de Acceso a Justicia ha elaborado un Mapa de situación de los diversos métodos de acceso a justicia implementados en el ámbito del Poder Judicial de la República Argentina²².

Estas disposiciones amplían el concepto de la *administración de justicia* entendida como la oferta de servicios de tutela que incluyan además de la jurisdicción estatal,²³ mecanismos alternativos de resolución de disputas. El sistema de justicia ha resultado insuficiente para satisfacer la demanda de justicia de las sociedades modernas. “Acceso a justicia no implica acceso a una sentencia, significa acceso a una resolución del conflicto en forma rápida y poco costosa, no sólo en dinero sino también en tiempo, esfuerzos y energías”²⁴.

Frank E.A.Sander²⁵, consideraba “injustificado desaprovechar el tiempo y el talento de los jueces, quienes debían resolver cuestiones sin complejidad jurídica, en vez de dedicarse a los

19 Lorenzetti, Ricardo L, “Políticas de estado para el poder judicial”, agosto de 2007; Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/01102007/Lorenzetti.pdf>

20 A ese efecto fue designada la vicepresidenta de la Corte Dra. Elena Highton de Nolasco (al pie)

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación Creación Comisión Nacional de Gestión Judicial y de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia , Acordada Nº 37 del 17 de diciembre de 2007, disponible en http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tipo.jsp

22 Información disponible en www.csjn.gov.ar

23 Justamente con el término “jurisdicción” hoy se alude al monopolio que, respecto de la resolución de conflictos, reclaman para sí los órganos estatales. La jurisdicción se encuentra vinculada con la existencia de un sistema de reglas que estereotipan los conflictos, y sólo a través de aquél, las partes deben expresar sus intereses y obtener una respuesta.

24 Palabras de la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton de Nolasco, durante la presentación del “Mapa de situación sobre los diversos métodos de acceso a justicia implementados en el ámbito del Poder Judicial de la República Argentina” ver: www.csjn.gov.ar

asuntos de mayor complejidad.” Así lo manifestó en abril de 1976²⁶, cuando propone el sistema del tribunal multipuertas para encontrar nuevos caminos para la solución de disputas. Los objetivos de la experiencia eran los de proveer fácil acceso a la justicia, establecer redes que reducirían o eliminarían la frustración del ciudadano, y desarrollar y mejorar programas para llenar las brechas en el servicio, a fin de tornar disponibles más puertas por las cuales las disputas podrían resolverse entendiendo así acceso a justicia²⁷.

Argentina definió dos áreas, una garantizar o ampliar el acceso de los que no tienen posibilidad de llegar al poder judicial y la otra disminuir la litigiosidad innecesaria²⁸.

Para algunos representantes de la política RAD la mediación se entiende preponderantemente “como una política de Estado de acceso a justicia destinada a disminuir la litigiosidad innecesaria”.

Disminuir la litigiosidad innecesaria se inscribe para estos representantes en el concepto de separar la idea de conflicto de la idea de proceso judicial. Entendiendo de este modo que el conflicto no siempre lleva a un proceso judicial ni es sólo conflicto jurídico, el conflicto tiene muchas otras maneras de resolverse que no sea sólo la vía judicial y estos métodos deben ser promovidos tanto por el Poder Judicial Nacional como el Provincial “enmarcando una Política de Estado” que busca maneras más “civilizadas” en los mecanismos de resolución RAD/RAC y que serían “la expresión de una sociedad más justa”.

25 profesor de Mediación en el Programa de Instrucción para abogados (PIL) de la Harvard Law School, Massachusetts (al pie),

26 durante la realización de la “Judicial Conference of the United States” en Saint Paul, Minnesota (al pie),

27 Goldberg Stephen, Sander Frank E.A. and Rogers Nancy H.: *Dispute Resolution*, ed. Little, Brown and Company, USA, 2a. edición, Chapter 6, (no hay traducción al castellano). Ver [www.csjn.gov.ar], Mapa de Acceso a Justicia, Multipuertas.

28 La II Conferencia Nacional de Jueces Salta, 2007 (al pie)

Algunas reflexiones relacionadas con lo que entendemos por resultado exitoso en mediación

Por Gustavo Fariña^()*

Mucho se ha escrito sobre la mediación como método alternativo de resolución de conflictos. Hoy en día, no resulta necesario, dada la masiva difusión del instituto (principalmente en virtud de la recepción normativa en las distintas provincias del país) ahondar respecto de las

(*)

características del proceso.

Con relación a las ventajas que este brinda con relación a la instancia judicial, resumidamente hemos coincidido en señalar, el ahorro de tiempo, dinero y energías, sumado ello a la posibilidad de brindar un tratamiento adecuado al tipo de conflicto de que se trate, preservando las relaciones entre las partes hacia el futuro, siendo esto último fundamental en determinado tipo de conflictos, se trate de un vínculo familiar, vecinal o comercial.

Ahora bien, teniendo la oportunidad de compartir espacios de reflexión con colegas mediadores y en diversos entrenamientos para mediadores, me gusta conocer su opinión y respuesta a la pregunta: ¿cuándo consideran que una conciliación es exitosa? Y, en todo caso, ¿qué parámetros utilizan para fundamentar dicha respuesta? Entones, podemos observar que las conclusiones son diversas y a menudo, totalmente diferentes.

Creemos que es fundamental formularse esta pregunta a fin de poder mensurar los resultados del sistema en el que intervenimos y, a su vez, poder evaluarnos a nosotros mismos como mediadores en cada caso concreto en que participemos.

Una respuesta inmediata suele ser, obviamente, que será exitosa toda mediación en la que las partes arriben a un acuerdo. ¿Pero es esto así? Alcanzar un cuarenta por ciento de acuerdo sobre los casos que se trabajen, es un nivel aceptable para un mediador y mucho más teniendo en cuenta si son sus primeros años de trabajo, pero, esto implicaría, aplicando el principio formulado, que ese mediador no es exitoso, por lo tanto ineficiente en el 60% restante de las causas que conduce. ¿Es justa dicha conclusión? Ya solamente desde el punto de vista personal, la conclusión arribada resulta bastante frustrante.

Sabemos que son las partes y solamente ellas quienes pueden decidir arribar a un acuerdo. Entonces, ¿es posible, razonable y justo evaluar nuestra labor, exclusivamente en función de una conducta y/o decisión (llegar o no a un acuerdo) ajena a nosotros?, estándonos además, vedado por nuestro rol, el influenciar esa decisión. ¿O tal vez deberíamos juzgar nuestro trabajo en razón de lo que sí podemos hacer?, de nuestras propias acciones e intervenciones.

En este orden de ideas, si tenemos que evaluar nuestra propia labor en la mediación para saber si nos desempeñamos correctamente, sin tener en cuenta el resultado (librado a las decisiones de las partes), ¿cuáles son las intervenciones adecuadas y, en todo caso, esperables por las partes que sí deberíamos analizar? Para ello, deberemos concentrarnos en nuestro rol como terceros neutrales, por lo tanto será vital tener total claridad sobre nuestra función.

A mi entender, nuestra tarea consistirá en facilitar la comunicación, favorecer un espacio donde las partes puedan escucharse y reflexionar sobre intereses propios y ajenos, clarificando y jerarquizando estos y aquellos. De allí, que ya podemos anticipar que esto podrá lograrse aún en el caso en que las partes no arriben a un acuerdo.

En razón de ello, una mediación exitosa no será exclusivamente aquella en la que se arribe a un acuerdo. Un proceso de mediación puede concluir sin que las partes realicen un convenio, pero puede haber brindado a los participantes la posibilidad de desahogarse, de haber contado su problema, de sentirse escuchados y de haber tenido la oportunidad de hablarse cara a cara, y expresar (y contrastar) sus diferentes formas de sentir y percibir la situación.

Después de haber utilizado la mediación como un medio a través del cual canalizar la satisfacción de estas necesidades, los participantes podrán evaluar objetivamente cuáles son realmente sus intereses, cuales han quedado aún "insatisfechos" y en qué medida podrán ser cubiertos, sosteniendo judicialmente, el reclamo planteado y discutido en mediación. Ello genera en numerosas situaciones, que "fracasada" la mediación no se entable el juicio, ya que

las partes obtuvieron dentro del procedimiento lo que buscaban, comprendieron tal vez, que lo que perseguían no lo encontrarían en los Tribunales o, simplemente, evaluaron que sus argumentos (contrastados con los de la contraparte) no eran lo suficientemente fuertes como para justificar la presentación de una demanda judicial que pudiera prosperar.

Desde esta visión, un proceso de mediación será exitoso, independientemente de que las partes arriben o no a un acuerdo, si el mediador ha podido desarrollar sus técnicas y empleado sus habilidades, utilizando todas las posibilidades que se presenten, con la finalidad de permitir que los participantes aprovechen al máximo la instancia, orientándolos y alentándolos a trabajar en la línea que expusimos.

De tal forma, entiendo que el proceso de mediación brinda a los participantes, al margen del hecho de poder arribar a un acuerdo global o parcial que brinde satisfacción a sus necesidades, algo mucho más productivo. Esto es la posibilidad de diseñar y poner en práctica su propio un sistema de comunicación, eficiente a fin de resolver sus diferencias, que les servirá fuera del ámbito de la mediación al poder seguir utilizando ese mecanismo y todo lo aprendido dentro del proceso, para poder solucionar cada una de las situaciones que puedan presentarse en el futuro, respecto de cada una de las decisiones que deban tomar en forma conjunta con relación a sus hijos, por ejemplo en el caso de la mediación familiar o la posibilidad de escuchar y ser escuchado, de ver al otro como un ser humano, de pedir disculpas, de intentar comprender el porque de las acciones del otro, y de poder responsabilizarnos de nuestras conductas y del dolor que pudimos haber provocado (como por ejemplo en la mediación penal).

Por todo ello, creo que si nuestro objetivo es trabajar para ayudar a que las partes puedan intentar recorrer ese camino y con esos objetivos, la mediación tiene un aspecto educativo fundamental basado en el diálogo y la comunicación para la recomposición del entramado social y el establecimiento de una relación pacífica futura, algo que en estos tiempos, no será poca cosa.
