

LA MEDIACIÓN Y EL IMPERIO DEL POSITIVISMO-DOGMÁTICO EN LAS CARRERAS DE ABOGACÍA

Una explicación de la falta de aplicación masiva de la mediación en la provincia de Santa Fe

SILVINA PEZZETTA(*)

Introducción

En este trabajo trataremos de observar las razones por las cuales el recurso a la mediación parece haber fracasado en el intento de erigirse, en nuestra provincia, como medio alternativo de resolución de controversias, a pesar de su carácter más económico y eficaz respecto de la vía judicial. Y este fracaso consiste, desde nuestro punto de vista, en que no ha logrado imponerse masivamente como método de solución de conflictos. Aún cuando a partir de comienzos de la década de los 90, fecha en que el instituto¹ es introducido en nuestro país a nivel nacional, hubo grandes esfuerzos para imponerla, tanto a nivel legislativo cuanto a nivel de recursos para su difusión, firma de convenios con las provincias y programas pilotos, entre otros.

A partir de esta problemática, se intentará su comprensión, objetivo principal de esta tarea. Nuestra hipótesis será entonces la siguiente: el marco que brinda el paradigma jusfilosófico imperante² del positivismo-dogmático deja afuera a la mediación.

En la hipótesis aparecen dos datos que requerirán de desarrollos específicos. El primero, la afirmación de un paradigma jusfilosófico determinado, el positivismo-dogmático, como el predominante. Sobre este deberemos aclarar que significa y la forma en que se afirma y

(*) Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Becaria del CONICET.

1 Conjuntamente con la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, se encuentran la negociación, la conciliación y el arbitraje. Hemos tomado la primera por considerar que se trata del mecanismo más original y diverso en cuanto a las prácticas jurídicas dominantes en nuestro país en materia de solución de conflictos. El arbitraje, por ejemplo, es de naturaleza similar al proceso judicial, en cuanto procedimiento adversarial en que un tercero adjudica una solución.

2 Entendemos por imperante como lo que predomina en el pensamiento sobre lo jurídico en nuestros operadores jurídicos.

reproduce a través de la enseñanza del derecho en las Facultades de Abogacía³. El segundo dato, no será otro que la explicación de las características intrínsecas de la mediación, en especial en relación con la manera típica de resolución de conflictos en el positivismo-dogmático, con la que colisiona.

En consonancia con lo dicho hasta ahora, se observa que el objetivo secundario de nuestro estudio pretenderá mostrar la importancia práctica (es decir, en la aplicación) que tiene el marco teórico con que se diseñan los planes de estudio de las carreras de abogacía⁴.

Esta importancia tiene directas consecuencias en el “funcionamiento del derecho”. Es decir, en sus múltiples “intervenciones” en la vida social, tanto por parte de los operadores jurídicos, como por parte de la sociedad en cuanto al imaginario que maneja acerca de lo que el derecho es y la función que debe cumplir. También entendemos que el derecho “funciona” cuando es enseñado de una u otra manera, en las Facultades de Abogacía, por tanto queda esta práctica incluida dentro del mismo.

1. a. Primer dato de la hipótesis: una explicación del paradigma jusfilosófico imperante en la formación jurídica de grado

Para explicar el primer dato de la hipótesis seguiremos al profesor Norberto Bobbio. En su libro “El problema del positivismo jurídico”⁵ distingue diversos paradigmas referidos a las concepciones filosóficas y/o teóricas del derecho. Así, refiere a la ya clásica discusión entre jusnaturalismo y positivismo, para lo cual hace un desarrollo de los temas conexos con estos. De esta manera, comienza analizando cuatro tipos de formalismo:

1- Formalismo ético: que implica una teoría de la justicia, según la cual el acto justo es el acto de acuerdo a la ley.

2-El derecho como forma: considerando en este apartado dos posibilidades,

a- la formalidad del derecho como su característica definitoria, tal como lo hacen Kant y Kelsen,

b- la forma de los hechos que se consideran jurídicos, como el presupuesto del que parten los que son estudiosos del derecho. Esto es, la categorización de los actos como jurídicos, a través de los operadores que definen la forma de permitido, prohibido, obligatorio de un acto o hecho. También se lo llama normativismo.

3-La ciencia del derecho como ciencia formal: la ciencia del derecho no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos. Su tarea no es

3 A su vez, habría que indagar sobre el origen de este paradigma en las Facultades de Derecho, pero eso excede el objetivo este trabajo.

4 En este sentido, se puede ver BÖHMER, Martín (comp.), “La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía”, trad. Martin Böhmer, J. M. Aleman, Luciana Sanchez y Christian Gruember, Barcelona, Gedisa, 1999, especialmente la Introducción escrita por el compilador.

5 BOBBIO, Norberto, “El problema del positivismo jurídico”, 3ra. ed., traducción Ernesto Garzón Valdez, México, Fontamara, 1994.

la explicación sino la construcción y, en última instancia, la sistematización del derecho. En este punto coinciden tanto Carrió⁶, como Nino⁷ cuando definen a la ciencia dogmática del derecho.

4- La interpretación formal del derecho: que considera el papel del juez como el de un autómatas, declarativo del derecho, y, a la vez prefiere la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica.

Esta clasificación, a su vez, se relaciona con las distintas clases de positivismo que enumera como posibles. Así, Bobbio nos dice:

1- *Por positivismo jurídico como teoría –dice Bobbio- entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado*⁸. Para el autor, es Ehrlich quien mejor ha subrayado las características definitorias de esta versión del positivismo:

1-toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente.

2-esta regla está siempre dada por el Estado.

*3-el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad*⁹.

2- Además del anterior, hay un positivismo como forma de *approach*¹⁰ a la enseñanza y al estudio del derecho que es (como oposición al estudio del derecho que *debe ser*).

3- Por último, el *positivismo ideológico* que, al sostener la creencia en ciertos valores, otorga al derecho que es, y en base a este hecho, una valoración positiva. Sería, más bien, una teoría de la justicia.

El positivismo como *approach* al estudio del derecho, y como teoría del derecho se relacionan fáctica e históricamente. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII, dejaron paulatinamente de lado el derecho natural y comenzaron el estudio del derecho positivo, éste era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Bobbio cree que es posible decir que el positivismo jurídico como *approach* y como teoría, nacieron a un tiempo. Pero, la implicación histórica es, valga la redundancia, histórica pero no lógica. En ese momento, el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del

6 CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la Ciencia del Derecho”, en Revista “Academia”, Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, Buenos Aires, págs. 111 y ss..

7 NINO, Carlos, “Introducción al análisis del Derecho”, 2da. ed. ampliada y revisada, 13va. reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005, capítulo VI.

8 BOBBIO, op. cit., 1994, págs. 43 y ss. Las negritas son nuestras.

9 Íd., pág. 44, citando a Ehrlich, en su obra “Die juristische Logik”.

10 Valga aclarar que es este término, proveniente de la lengua inglesa, el que utiliza BOBBIO para referirse a este tipo de positivismo.

derecho porque, en efecto, todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por el Estado. Esto fue lo que, a juicio de Bobbio, llevó a unir ambas posturas. Es decir, el positivismo jurídico ha aparecido como estatismo por razones históricas. No obstante, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se ha podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

Observando con detenimiento el plan de estudios y de los programas de las materias que se dictan en la carrera de Abogacía de la Facultad Derecho de la U.N.R.¹¹ y comparándolos con el positivismo, la dogmática y el formalismo, podemos acercarnos a la afirmación del primer dato de la hipótesis. Así vemos que en nuestra Facultad predomina, en primer lugar, el *approach* positivista. Y aunque compartimos con Bobbio que este método de acercarse al estudio del derecho no implica necesariamente al *positivismo como teoría y/o como ideología*, creemos que en nuestra Facultad el vínculo es aún insoluble. Lo mismo que su matrimonio con el formalismo, en cuanto característica posible de una ciencia del derecho. De esta manera, al estudio del derecho positivo, se suman el recurso a los tratados y manuales escritos por los grandes representantes de la dogmática jurídica¹².

Para Nino *Esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone...En realidad, como lo han sugerido Ross y Carrió, la dogmática jurídica vigente está fuertemente impregnada de la ideología que analizamos en el primer capítulo, llamada por Ross "seudopositivismo" y por Bobbio, "positivismo ideológico", que consiste en reconocer la fuerza obligatoria a todo derecho positivo por el sólo hecho de existir, o de ser tal. Esta ideología que, como vimos, constituye una especie de jusrrealismo conservador a pesar del rótulo de "positivista" que frecuentemente se le ha asignado, se expresa en el lema Gesetz ist Gesetz ("la ley es la ley"), cuyo significado es que la ley positiva debe ser obedecida y aplicada por los jueces independientemente de cualquier disenso axiológico respecto de ella, el cual, en todo caso, habrá de orientarse a proponer su reforma por medios legales*¹³. De este modo llegamos así a incluir a la tercera concepción del positivismo bobbiano, el positivismo como ideología, como parte de los paradigmas jurídicos reinantes

11 Aunque el presente trabajo tiene como objeto analizar lo que ocurre en la Facultad de Derecho de la U.N.R., podemos afirmar que esto es un caso más de lo que ocurre en otras Facultades del país. Así, analizan este paradigma como vigente tanto Nino como Carrió, en la bibliografía citada, coincidiendo en estudios más actuales los profesores de la ciudad de Córdoba, LISTA, Carlos Alberto, BEGALA, Silvana, "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante", en Revista "Academia" cit., Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, págs. 147 y ss.

12 Y es en este punto en el que Carrió coincide en diferenciar lo que Bobbio llama positivismo como *approach* y positivismo como teoría general del derecho. Este último es uno de los puntos de partida de la llamada Ciencia Dogmática del Derecho, según nos dice Carrió. Y Kelsen es, en su visión, el gran teórico de la dogmática.

13 NINO, op. cit., pág. 326.

en nuestra Facultad.

En síntesis, al positivismo como *método de enseñanza y estudio del derecho*, se le suma el positivismo como *teoría estatal del derecho*, con sus consiguientes notas distintivas de coactividad, la norma concebida como mandato, la centralidad del concepto de sistema jurídico y su autonomía, la idea del legislador racional, la norma de clausura, el juez como autómatas que tan sólo dice el derecho, etc. Por otra parte, estas posturas son reproducidas por el seguimiento de autores dogmáticos que, por lo que vimos, terminan recayendo en el *positivismo ideológico*. En última instancia nos encontramos con un producto teórico especial que llamaremos *positivismo-dogmático*.

Este *positivismo-dogmático*, como ya dijimos, tiene consecuencias en todos los niveles de funcionamiento del mismo. Así, por ejemplo, se dará una explicación de la interpretación¹⁴ de la norma con este paradigma, distinta de la que tendría lugar bajo otra teoría. Pero, en cuanto al objeto principal de nuestro trabajo, destacaremos aquella que tiene vital conexión con el modo de entender lo que es un conflicto que interesa al derecho y sus formas de resolverlo. Tanto es así que en el próximo punto veremos porque el *positivismo-dogmático* considera de una manera restrictiva al conflicto jurídico y, por tanto, entiende como forma principal de resolución del mismo al proceso judicial.

1. b. La definición del conflicto jurídico y el proceso judicial: corolarios necesarios del positivismo-dogmático

Dada la importancia que tiene el paradigma jusfilosófico de los planes de estudio en el funcionamiento del derecho, seguiremos en esta línea de trabajo mostrando como se traslada esta visión a la forma de resolver los conflictos. Para ello debemos, entonces, comenzar definiendo el conflicto jurídico y recordando cuales son las formas de resolverlo, desde el *positivismo-dogmático*. Este repaso nos permitirá advertir y comparar las diferencias conceptuales que se derivan de la mediación (asentada sobre un marco teórico distinto), como medio alternativo de resolución de conflictos¹⁵.

Seguiremos aquí al profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.R., A. Alvarado Velloso, y uno de los referentes en esta materia. Según define en su libro “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, el conflicto intersubjetivo de intereses existe cuando hay coexistencia de una pretensión y una resistencia en torno del mismo bien. Se define como...*de contenido exclusivamente jurídico,...cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por*

14 En este sentido, las teorías de la interpretación como claves en los diferentes desarrollos jusfilosóficos en torno al derecho se puede ver, CÁRCOVA, Carlos María, “Teorías jurídicas alternativas, Escritos sobre Derecho y Política”, Buenos Aires, Ed. Centro Editor de América Latina, 1993.

15 Entre los medios alternativos de solución de conflictos, MASC, se encuentra también la negociación, la conciliación y el arbitraje.

*desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador que no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente...*¹⁶.

Asimismo el profesor rosarino distingue tres vías de solución de los conflictos intersubjetivos de intereses. Estas son:

1-vía de la autodefensa: cuando el afectado en su interés no puede esperar el proceso, que llegaría tarde para evitar la consumación de un daño.

2-vía de la autocomposición:

a-sin ayuda de terceros, por medio de la renuncia del pretendiente o de su oponente, o bien por la transacción que de sus intereses hagan las partes. En este caso se dice que las partes concilian sus intereses.

b-con ayuda de terceros, las partes pueden pedirle que actúe como un amigable componedor que tan sólo sirva de nexo, sin proponerles soluciones. O bien puede actuar el tercero como mediador, dirigiendo las tratativas y haciendo proposiciones, que las partes pueden rechazar con absoluta libertad.

c-la última opción –que se trata, en realidad, de heterocomposición– en cuanto al rol del tercero, es que este sea un decisor del conflicto, para lo cual las partes lo autorizaron expresamente, comprometiéndose a acatar su decisión.

3-vía de la heterocomposición pública: el proceso judicial, al que se llega cuando las partes no logran autocomponer el conflicto.

Pero, y a continuación de la enumeración, Alvarado Velloso nos dice algo por demás de interesante para el presente estudio. Al respecto escribe: *Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:*

a- por el uso de la fuerza, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social...

b- por el uso de la razón, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: este posibilita lograr una autocomposición...

c- por el uso de la autoridad de un tercero, que permite lograr una autocomposición... o heterocomposición privada...

d- por el uso de la ley: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez. Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil imaginar, esta es la

16 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 24. El subrayado es nuestro.

*única alternativa posible en materia pena*¹⁷.

Llegados a este punto, contamos ya con un rico material para analizar desde la óptica de nuestra hipótesis. En primer lugar habremos de comentar el modo en que define al conflicto jurídico, por oposición a los de otra clase. Veamos: según Alvarado Velloso es jurídico un conflicto cuando la coexistencia de una pretensión y de una resistencia es generada por el desconocimiento o violación de un precepto legal que preordena una conducta que en los hechos no se cumple. Así, de acuerdo a los paradigmas jurídicos revisados, esto podría ser encuadrado en una de las clases del formalismo. Específicamente en la segunda: *el derecho como forma y, dentro de esta, el normativismo. Formalismo o normativismo, en cuanto ...un hecho es jurídico (en el sentido más amplio) cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias...* Es decir: *...de acuerdo a- ...su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido*¹⁸.

Aunque el normativismo, según Bobbio, no sea sino una de las herramientas teóricas a que ineludiblemente debe acudir el jurista para diferenciar lo jurídico de lo social, consideramos que el profesor rosarino va más allá de eso. Podríamos inferir que, al subrayar la violación o desconocimiento de un precepto legal, está asimilando jurídico a legal. Con esto afirma la unidimensionalidad del fenómeno jurídico, involucrando dentro de este sólo su aspecto normativo. Otro indicio de lo que se asevera es el hecho de que habla de “la conducta preordenada”. Además, aunque de manera tangencial, aparece la idea de derecho como sistema cerrado y omnicompreensivo, sosteniendo un *positivismo como teoría del derecho*. Recordemos que en este la coactividad se constituye en un rasgo definitorio del derecho.

Nótese también que hay una estrecha relación entre las formas de resolver los conflictos y la definición que de ellos se sostiene. En efecto, cuando el Dr. Alvarado Velloso “sintetiza” las formas de resolverlos, dice que la última de las posibilidades es el “uso de la ley”. Pero, ¿qué nos querrá decir con la expresión: solución de los conflictos intersubjetivos jurídicos por medio del “uso de la ley”? ¿Acaso en los otros medios la ley “no se usa”?

La respuesta a estas preguntas es harto interesante, en orden a mostrar la compatibilidad que existe entre la primacía de la solución litigiosa ante un conflicto y la *jusfilosofía positivista-dogmática*. Y, por oposición, la hipótesis de inconsistencia entre esta concepción y la naturaleza intrínseca de la mediación.

Veamos: todas las formas enumeradas (autodefensa, autocomposición y heterocomposición privada) están permitidas por la ley. Por tanto, podríamos decir que hay “uso de la ley” en estos casos. No debe ser ésta, entonces, la interpretación correcta de lo que nuestro autor quiso decir. Es más, claramente se encarga de señalar que sólo hay tal en el último de los supuestos: la heterocomposición pública, el proceso. Todo ello, pues, nos lleva a repensar el significado del enunciado: “uso de la ley”. Y, a través de este camino,

17 ALVARADO VELLOSO, op. cit., págs. 15 y ss. El subrayado es nuestro.

18 BOBBIO, op.cit., págs. 21 y ss.

llegamos a una interesante conclusión: la ley se usa, en cuanto esta impone una solución, que pueda establecerse de manera coactiva. Más, esta solución es la que debe dictar el juez, que se atiene exclusivamente a lo que la ley dice. De manera que, en la perspectiva del profesor rosarino, encontramos varias de las características ya descriptas en cuanto al positivismo y al formalismo.

Así, pues, recapitemos. En primer lugar, la decisión del juez supone siempre una regla preexistente *–preordenada*, según las palabras de Alvarado Velloso-¹⁹. Esta regla está dada por el Estado y, como tal, constituye un precepto legal. Sin embargo, nuestro autor parece ir más allá del puro normativismo, con sus categorías: permitido, obligatorio o prohibido, para definir lo jurídico. No considera al término permitido, de la misma manera que a los conceptos de obligatoriedad y prohibición. Ello se desprende de que el “uso de la ley” es la solución que esta preordenaba como obligatoria, prohibiendo la contraria. Por ello, el autor afirma la coactividad del derecho para definirlo en cuanto tal, recurriendo una vez más al dominio del *positivismo-dogmático*.

Si combinamos la definición de conflicto jurídico con la referida a su resolución por medio del “uso de la ley”, observaremos nítidamente la preferencia por la solución judicial. Desde esta perspectiva, entonces, podemos advertir una vez más, la relación necesaria y suficiente que se entabla entre el concepto *positivista-dogmático* del Derecho y el recurso positivista al proceso judicial para la solución de controversias diversas, en cumplimiento de un precepto legal, previamente estatuido. Como en las Facultades de Derecho ella es la concepción prevaleciente, fácil resulta colegir la primera parte de nuestra hipótesis. Pasemos ahora, al análisis del segundo dato de nuestra propuesta interpretativa, esto es: a las características de la mediación.

2. Segundo dato de la hipótesis: el carácter antiformalista de la mediación.

En los últimos tiempos, muchas han sido las definiciones que se han elaborado en torno a la mediación. Pero, una de las más claras nos dice que *...la mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral -el mediador- facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. Se configura con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones para lograr la avenencia y ampliar las opciones de resolución, a menudo más allá de los puntos jurídicos involucrados en la controversia*²⁰.

La concepción transcrita nos resulta incluso adecuada, para graficar brevemente las propiedades de la mediación y distinguirla de la vía judicial de resolución de conflictos.

¹⁹

²⁰ Tomamos la definición de ÁLVAREZ, Gladys Stella, “La mediación y el acceso a justicia”, Santa Fe, Ed. Rubinza-Culzoni, 2003, pág. 135. El subrayado es nuestro.

Enumeremos algunas:

- a) La mediación es un procedimiento no vinculante. En cualquier momento, cualquiera de las partes –hasta el propio el mediador-, puede dar por finalizada la mediación. No hay coactividad de ningún tipo, ni el inicio ni en la continuación del procedimiento, para ninguna de las partes.
- b) El mediador no decide la disputa, puede proponer soluciones que las partes pueden libremente aceptar o no. Es un “facilitador” de las negociaciones, no un “decisor” de la cuestión. No adjudica derechos y obligaciones, como sí hace el juez en el proceso judicial.
- c) La mediación “abre” el marco de las posibilidades que establecería una solución estrictamente jurídica al trabajar con los intereses de las partes –siempre definiendo lo “jurídico” desde los paradigmas analizados con anterioridad-
- d) En este método hay posibilidades de que se llegue a un acuerdo que favorezca a las dos partes. En el proceso judicial, ello no parece posible. Salvo, el hecho de que ambas partes pierdan parcialmente, por oposición a lo que habitualmente sucedería: que sólo gane una.

Por ello, no sin razón se ha dicho que: *la filosofía de la mediación no es otra que la búsqueda de la justicia y la paz por las propias partes*²¹. Si hay algo caracteriza a la mediación por sobre todas las cosas –desde cualquier escuela que se la enfoque- es, precisamente, el carácter no adversarial de la misma. Las partes no deben confrontar para esgrimir sus mejores y más apropiadas razones, en orden a ganar la decisión favorable de un tercero (juez o árbitro). Por el contrario, este tercero (el mediador) actúa en un ámbito no competitivo, entendiendo igualmente en todos aquellos conflictos que haya entre aquéllas. Su función es, pues, la de permitir que las partes negocien sobre el conflicto; actuar como un director neutral, de estas negociaciones. Y ello lo hará, por medio de técnicas –provenientes de diversas disciplinas– en las que se ha entrenado en forma competente.

Por otra parte, según la teoría de la mediación, en todo conflicto podemos encontrar: *intereses que deben ser satisfechos, existen derechos que son indicadores de un probable resultado justo y también una relación cierta de poder entre las partes*²². En esta misma dirección, W. Ury señala que la mediación consiste en hacer hincapié en los intereses de las partes para resolver el conflicto, satisfaciéndolos.

En cuanto a los intereses, estos se definen como: *necesidades, deseos, preocupaciones, temores, proyectos, expectativas, representan las cosas que a uno le importan o que anhela y que subyacen en las posiciones de las personas, que es lo tangible, lo que expresan y dicen*

21 DUPUIS, Juan Carlos, “Mediación y conciliación”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 10.

22 ÁLVAREZ, op. cit., pág. 97 citando a URY, William, BRETT, Jeanne y GOLDBERG, Stephen, “Getting dispute resolved. Designing systems to cut the costs of conflict”.

*que quieren. La conciliación de tales intereses no es fácil. Implica investigar preocupaciones profundas, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses son opuestos*²³.

Probablemente, esta escuela de Harvard a la que pertenece W. Ury, sea la que ha tenido mayor influencia y difusión entre nosotros. Por ello, frecuente será observar que la doctrina argentina pone el acento en la obligación de la mediación de concentrar sus esfuerzos en la comprensión de los intereses de las partes. El mediador, como primera tarea, debe preocuparse en descubrir cuáles son estos intereses, que, algunas veces, las partes desconocen por estar centradas en su posición original. Remarquemos a esta altura que no ha aparecido en ningún momento la preocupación por la definición de lo jurídico, lo legal, el orden público.

Ury opina: *En una sociedad enferma, la mayoría de las disputas se resuelven en base al poder, muchas en función del derecho, y las menos conforme a los intereses. En sociedades saludables la proporción está invertida: la mayor parte de los conflictos se solucionan conciliando intereses –a través de procedimientos como la negociación y la mediación–, algunas disputas se saldan a través del derecho –mediante mecanismos judiciales–, y los menos en base al poder*²⁴. Desde esta visión, proveniente de un operador del common law –dato no menor a la hora de comprender el instituto–, el interés de las partes es lo que debe primar ante todo en la resolución de los conflictos. Por ello, es posible inferir que, a través de este método se pueda llegar a soluciones en que las dos partes ganen.

Otras perspectivas relevantes de estas técnicas alternativas la constituyen, por ejemplo, la de la llamada mediación transformativa y la mediación evaluativa²⁵. En el primer caso, se interpreta que la mediación busca modificar la relación de las partes y no tanto, la solución de la disputa en sí. El segundo enfoque, por su parte, pone de relieve que la mediación sirve para hacer evaluaciones sobre los méritos legales de las pretensiones de las partes.

No obstante la diversidad de escuelas que tratan esta problemática, nos parece importante trabajar con la que pone el enfoque sobre los intereses, por dos motivos: Porque, como lo ya expresamos, ella es la que más ha influido en Argentina. Pero también, porque el acento en los intereses es el punto con el que este procedimiento colisiona con la postura jusfilosófica descripta como dominante.

3. Un primer acercamiento a la confirmación de la hipótesis: la ausencia de los medios alternativos de resolución de controversias, en la enseñanza de grado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

23 Íd., págs. 97 y ss.

24 Citado por PADILLA, Roberto y CAIVANO, Roque, “Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional”, en “La Ley”, 1994-E-885.

25 Ver ÁLVAREZ, op. cit., págs. 133 y ss.

Dentro de este panorama filosófico y práctico del Derecho, no debe llamar la atención que los MASC no ocupen un lugar en el contenido de las materias obligatorias, como podría ser el caso de Derecho Procesal. O bien, que no haya sido objeto directo de alguna asignatura obligatoria específica, dentro de la carrera. Así, pues, en los programas correspondientes a las tres cátedras de Derecho Procesal Civil de nuestra Facultad, la mediación no figura entre sus unidades. El único medio alternativo explícitamente reconocido es el arbitraje. De todas formas, consideramos que esto es así sólo porque figura expresamente legislado en el Código Procesal Civil y Comercial, como mecanismo obligatorio para algunos tipos de procesos judiciales.

No obstante si cabe señalar que, en nuestra Casa de Estudios, la mediación ha sido incluida recientemente en el marco de la materia optativa denominada: “Negociación y Mediación. Métodos para la resolución de conflictos”. Quizá este también sea un indicador de la falta de aceptación del instituto. Muy interesante resulta en este punto, lo que dice Juan Carlos Varón Palomino en su artículo “Educación legal: estructuración de un curso introductorio de mecanismos alternativos de solución de conflictos en una Facultad de Derecho Colombiana.” *...el curso opera como un contrapeso de las materias de derecho procesal, en el sentido de transmitirles a los estudiantes el mensaje que en la práctica los conflictos transigibles pueden –y las más de las veces deben– ser resueltos por vías institucionales no jurisdiccionales* ²⁶.

Finalizando ya con este recorrido, no debemos dejar de lado que la enseñanza de los MASC, y de la mediación en particular, requiere de clases diferentes a las que habitualmente se dictan en la Facultad. Así, se debe favorecer la participación de los alumnos para que asuman un rol activo, en el que puedan desarrollar sus habilidades y destrezas en las relaciones interpersonales, así como aplicar lo que van aprendiendo. Las clases magistrales no son las más apropiadas para formar abogados familiarizados con la negociación.²⁷

4. La mediación en la provincia de Santa Fe. Su recepción legislativa y su aplicación

En nuestra provincia, la mediación fue considerada legislativamente por primera vez, mediante la ley 11.622, del 19 de noviembre de 1998. Su reglamentación tuvo lugar casi cinco años después, mediante el decreto 3372/03 del 16 de octubre de 2003. Sin lugar a dudas, esta tardanza constituye un buen indicador de la falta de interés en la aplicación de la ley. Creemos asimismo, que la explicación de esta ausencia se encuentra en el marco de la hipótesis que analizando en este texto.

26 Ver VARÓN PALOMINO, Juan Carlos, “Educación Legal: Estructuración de un curso introductorio de mecanismos alternativos de solución de conflictos en una Facultad de Derecho Colombiana”, en Revista “Academia” cit., Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, Buenos Aires, págs. 50 y ss.

27 Ver VARÓN PALOMINO, op. cit., pág. 51.

La ley, que consta de 39 artículos, establece en las disposiciones generales dos tipos de mediación. La judicial, que es la que se efectúa luego de presentada la demanda y en cualquier instancia del juicio (art. 1), y la privada. Esta última es la realizada ante los mediadores privados, habilitados conforme a la misma ley (art. 2).

Con respecto a los casos que quedan excluidos del ámbito de la mediación²⁸, no hay novedad legislativa. El artículo 3 dispone que las *causas penales y de faltas (salvo en lo que respecta a las cuestiones patrimoniales que se deriven de estas)*, los procesos de incapacidad y rehabilitación, los casos en que el estado provincial o sus entes descentralizados actúen como personas de derecho público, los recursos de amparo, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, los juicios sucesorios (con respecto a las normas de orden público), los concursos preventivos y las quiebras, las causas laborales, las medidas cautelares, medidas preparatorias y previas, de aseguramiento de bienes o pruebas y los actos de jurisdicción voluntaria, no pueden ser sometidos a la mediación.

En cuanto a los requisitos para ser mediador: en el caso de las mediaciones judiciales se requiere el título de abogado o procurador. Además, habrá que acreditarse la capacitación que la reglamentación establezca (art. 7). La mediación judicial, tal como se la describió en párrafos anteriores, tendrá lugar cuando ambas partes, luego de la primera intervención del juez y habiendo ordenado este la comunicación a ambas partes sobre la posibilidad de someter la cuestión a mediación, la acepten. Pero, en la realidad, los jueces casi nunca le notifican a las partes sobre esta posibilidad. De todas maneras, el hecho de que la mediación sea judicial, es decir post ingreso de la demanda, genera algunas dificultades. Nos parece poco probable que, luego de que un abogado haya tomado un caso e iniciado la demanda, acepte la mediación. Sin duda, sentirá temor ante la pérdida del caso con su consiguiente regulación de honorarios. Aún cuando para la firma del acuerdo obtenido, se necesite de su presencia.

Quizá otro factor que desaliente la utilización de este instituto entre los abogados litigantes sea el hecho que ellos mismos no puedan ser sorteados para actuar como mediadores en la mediación judicial. Para este caso actuarán, de acuerdo al Reglamento que dictara la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, los Jueces Comunales, los Jueces de Circuito, cuando deban asumir las tareas de los Comunales y los Defensores que indique el Ministerio Público. Es interesante recordar que el mismo ha sido dictado con anterioridad a la sanción de la ley, en fecha 29 de agosto de 1995.

La mediación privada, por su parte, puede estar a cargo de cualquier profesional que haya tomado los cursos pertinentes. En la práctica, la mediación siempre cuenta con la presencia de abogados. En el Centro de Mediaciones del Colegio de Abogados, involucra en

28 El trabajo explora, sobre todo, la aplicación de la mediación dentro del marco legislado. No obstante, la mediación ya se aplica en nuestro país en cuestiones penales. Esto último requiere un análisis en parte distinto al visto hasta aquí, por eso no es abordado.

todos los casos a un mediador abogado –de acuerdo a su reglamentación propia-, aunque este puede solicitar la co-mediación de un profesional, que sea conveniente al caso presentado. También la mediación que se realiza en sede de la Defensoría del Pueblo consta del control de abogados que velan por el respeto del orden público en los acuerdos. Los casos que ingresan son monitoreados por los mismos abogados que trabajan en esa sede, si bien no es obligatorio que el mediador revista tal calidad.

La reglamentación del decreto 3372/03 vino a completar la ley y a hacerla operativa. En los considerandos, indica, en primer lugar, la necesidad de *técnicas alternativas pero complementarias de la Administración de Justicia*, confirmando de esta manera que el argumento principal para su promoción ha sido la crisis de la Justicia.

En los considerandos también encontramos un error debido a que, al establecer que la Corte Suprema de Justicia y la Defensoría del Pueblo son invitadas a desarrollar en sus ámbitos un Programa Provincial de Mediación, se establece que las causas a atender serán patrimoniales, *laborales* o de familia. Recordemos que, en su artículo 3, la ley 11.622, prohíbe, sin mayor sentido²⁹, la mediación en materia *laboral*. De hecho, la Defensoría del Pueblo realiza mediaciones de índole laboral.

Además, la reglamentación del artículo 3, establece que la mediación se podrá utilizar cuando estén comprometidos el interés privado, excepto que se trate de las excepciones previstas en el artículo 3 o, en general, cuando esté en juego el interés público o las cuestiones sean de orden público. La ley debería haber sido redactada con mejor técnica. Al respecto se puede señalar que en materia de familia, por ejemplo, siempre hay orden público al que las partes deben atenerse –sobre todo, en relación a los menores-, y esto no impide la mediación. Es más, las características propias de la mediación hacen de ella un instrumento más apropiado que la vía judicial, para resolver algunas cuestiones. También indica que el interés público será un inhibidor de la utilización de este MASC. Creemos, entonces, que hubiera sido importante definirlo. Máxime, cuando se observa la disparidad de criterios con que los jueces acuden a la mediación. Además, según muchos teóricos de este procedimiento, no hay materia en la que no se pueda mediar. Por eso, depende del criterio del legislador lo que se excluye de su ámbito.

5. Reflexiones finales

En este trabajo hemos podido observar que existe una estrecha conexión entre los paradigmas jurídicos utilizados en la enseñanza y el estudio del derecho y los métodos de

29 Decimos sin sentido porque es tradición en materia laboral la conciliación y negociación extrajudicial con su respectivo acuerdo homologado, las paritarias, la audiencia de conciliación obligatoria. Conciliar o negociar, siempre que se aseguren la igualdad entre las partes y se respeten los derechos irrenunciables del trabajador, ha sido una práctica frecuente y muy útil para ambas partes en esta área del derecho.

solución de conflictos generalmente aceptados en una comunidad. Así, pues, si se identifica al Derecho exclusivamente con normas coactivas, dictadas por el poder de imperio estatal –acorde con el positivismo como teoría del derecho que ya vimos–, la definición de conflicto jurídico a que atendiéramos en el punto dos de este trabajo, resulta de una coherencia perfecta. Es decir que, serán jurídicos los conflictos, sólo cuando se haya desobedecido o violado lo que una ley establece. Si una ley no ordena o prohíbe una conducta determinada, de manera puntual y previendo una coacción en el caso de su desconocimiento, no será importante para los operadores del Derecho. En suma, definido el objeto derecho de esta forma, es posible afirmar que, de su seno, quedan fuera las problemáticas sociológicas y axiológicas, reconocidas por otras teorías jurídicas. Por ello, la adopción del paradigma *positivista-dogmático* anteriormente mencionado nos conduce entonces, a la inevitable consecuencia de llevar todo conflicto jurídico (donde jurídico es igual a ley) a los tribunales, donde se “hace uso de la ley” (que, circularmente, define lo jurídico).

Así, aunque paradójicamente la teoría estreche el “marco de lo que se considere derecho”; en la práctica, son cada vez más los casos que llegan a los tribunales, provocándose el conocido desborde. Pero también se deja fuera una serie de conflictos y de soluciones, por no estar estrictamente comprendidas por el paradigma del *positivismo-dogmático*. A nuestro juicio, esta disminución del campo de lo jurídico, parece inadecuada si consideramos, tal como lo hace Carrió, que no disponemos de otros técnicos sociales con certificado académico fuera de los abogados³⁰. La falta de inclusión de las dimensiones axiológica y sociológica produce el “olvido” de infinidad de conflictos en que los operadores jurídicos podrían tomar cartas.

En este punto es donde se conecta lo dicho sobre las diferencias en el modo de abordar el conflicto y tratar de solucionarlo que proponen los teóricos y defensores de la mediación y los operadores formados en el *positivismo-dogmático*. ¿Cómo se le puede pedir a un operador jurídico que piense en los intereses? Él ha sido profusamente entrenado para encuadrar el caso en la legislación vigente, ver cual es el derecho de las partes (en caso de que sea juez), o el de su parte (en caso de que sea abogado litigante). A partir de esto, dispondrá la solución de acuerdo a lo que las normas le dictan, en el caso de que esté ocupando el primer rol, o promoverá la acción procesal más adecuada en orden a obtener la realización del derecho de su parte, en el segundo caso. Es mucho lo que debe cambiar de su formación recibida para aceptar trabajar con conceptos, que desde esta visión, no son jurídicos.

Lo dicho tiene, por lo menos, dos consecuencias en la utilización de la mediación. En primer lugar cabe decir que, cuando ella es propuesta para tratar los mismos casos que podrían ser llevados al tribunal, vemos una resistencia generalizada por parte de los abogados litigantes, que son los que deciden el medio de resolución de controversias más adecuado. Esta resistencia, creemos, está originada por el tipo de formación recibida y sobre el que venimos

30 CARRÍO, op. cit., págs. 125 y ss.

haciendo hincapié. La segunda consecuencia tiene que ver con aquellos casos en que la ley no da soluciones específicas o útiles y la mediación podría ser una excelente herramienta de pacificación social. Pensamos, por ejemplo, en los conflictos surgidos en el marco de instituciones o comunidades, donde la convivencia genera pequeños pero perjudiciales roces entre sus actores. Aquí el derecho es, con toda su parafernalia de procedimientos, inútil, generando incluso la sensación referida por la repetida frase “no hay justicia”. La estrechez del paradigma *positivista-dogmático* deja afuera infinidad de problemas que los operadores jurídicos bien podrían resolver. En este sentido coincidimos con Goldschmidt cuando define como caso a *...toda situación que reclama dikelógicamente la realización de un reparto...*³¹.

31 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 301.