

SESIONES ORDINARIAS

2008

ORDEN DEL DIA N° 65

COMISION DE JUSTICIA

Impreso el día 25 de marzo de 2008

Término del artículo 113: 4 de abril de 2008

SUMARIO: Ley 24.573, de mediación y conciliación. Prórroga del plazo previsto en el artículo 30 de la misma. Bertol. (5.764-D.-2007.)

años a partir del vencimiento previsto en la ley 26.094.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dictamen de comisión

Paula M. Bertol.

Honorable Cámara:

La Comisión de Justicia ha considerado el proyecto de ley de la señora diputada Bertol, por el cual se solicita la modificación del artículo 30 –ley 24.573– de mediación y conciliación, sobre la prórroga por el término de 2 años de la obligatoriedad de la etapa de mediación; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconseja su sanción.

Sala de la comisión, 11 de marzo de 2008.

Luis F. J. Cigogna. – Rubén O. Lanceta. – Jorge A. Landau. – Alberto Paredes Urquiza. – Paula M. Bertol. – Margarita B. Beveraggi. – Alberto Cantero Gutiérrez. – María A. Carmona. – Diana B. Conti. – Alfredo C. Dato. – Graciela M. Giannettasio. – Hugo N. Prieto. – Héctor P. Recalde. – Adriana E. Tomaz.

Disidencia total:

Juan C. Morán. – Emilio A. García Méndez. – Marcela V. Rodríguez.

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

PRORROGA DEL PLAZO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 30 DE LA LEY 24.573

Artículo 1° – Prorrógase el plazo previsto en el artículo 30 de la ley 24.573 por el término de dos (2)

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA TOTAL DE LA SEÑORA DIPUTADA MARCELA V. RODRIGUEZ

Señor presidente:

El proyecto en análisis propone prorrogar por el plazo de 2 años la obligatoriedad de la etapa de mediación previa establecida en el artículo 1° de la ley 24.573.

La ley de mediación y conciliación en su artículo 1° dispone: “Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”.

Por su parte, el artículo 30 dispone que “la obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1°, primer párrafo, de la presente ley regirá por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28”.

La ley de mediación fue sancionada en el año 1995, por lo que la obligatoriedad de la mediación previa estaba prevista hasta el año 2000. Luego se sancionó la ley 25.287, que prorrogó el plazo previsto en el artículo 30 por 5 años más. Finalmente, la ley 26.094 prorrogó nuevamente este término por el plazo de 2 años en abril de 2006. En consecuencia, el plazo de obligatoriedad de la mediación previa al acceso a la jurisdicción vence en este año.

En la discusión de la ley 26.094 ya me he opuesto a la prórroga de la obligatoriedad de la mediación por diversas razones que también motivan la presente disidencia. En ese entonces, planteé la necesidad de hacer un estudio integral de la ley de mediación y sus efectos en la implementación de esta medida, a los fines de mejorar el instituto y no seguir prorrogando la obligatoriedad. En este sentido, propuse un análisis profundo sobre las diversas formas de mediación –dentro o fuera del sistema judicial–, el impacto que ha tenido en quienes utilizaron este mecanismo, evaluación de ventajas y desventajas por parte de los usuarios, los requisitos para ser mediador, las materias susceptibles de aplicación de este proceso, entre otras cuestiones.

Ahora bien, ante el inminente vencimiento del plazo mencionado, corresponde analizar si es razonable seguir prorrogando la obligatoriedad de la mediación como requisito previo al acceso a la jurisdicción.

Sin lugar a duda, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos facilitan la convivencia entre los seres humanos y, a su vez, contribuyen a la descongestión de la administración de justicia. La solución pacífica de controversias es un método que el Estado debe impulsar a los efectos de contribuir con los fines mencionados de fomentar el diálogo frente a la confrontación.

Sin perjuicio de ello, es importante tener presente que estos mecanismos deben respetar la voluntad y la igualdad de las partes que en ellos intervienen.

Así, en un sistema respetuoso de los derechos de los individuos se debe asegurar el derecho de cada persona a decidir, frente a un conflicto jurídico, si desea utilizar los métodos alternativos o recurrir a la Justicia de manera inmediata.

Los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad de las personas intervinientes y la igualdad o paridad de poder entre ellas. Como es obvio, la voluntariedad implica que nadie puede ser obligado a realizar determinado acto, en este caso, a participar en el proceso de mediación. Esta debe ser una decisión tomada por las personas interesadas.

Para tomar una decisión es necesario tener conocimiento de las opciones. Por ello, es posible sostener que la obligatoriedad del régimen de mediación establecida originariamente en la ley pudo estar justificada en tanto brindó la información necesaria respecto del sistema, otorgó a los litigantes las herramientas necesarias para conocer la mediación y los beneficios que ésta otorga. Sin embargo, esta justificación no puede dar razones para seguir prorrogando el plazo, habiendo transcurrido ya más de diez años de su implementación obligatoria, luego de conocido el sistema y sus beneficios, como pretende el proyecto en estudio.

Otro de los elementos esenciales de la mediación es la igualdad o paridad de poder entre las partes. Este elemento es fundamental en un proceso en el cual las partes establecen sus pretensiones, las debaten y negocian entre ellas, a los fines de arribar a un acuerdo.

Como es sabido, esta igualdad o paridad de poder no se presenta en todos los casos, sobre todo en sociedades como la nuestra en la que existen numerosas causas que generan desigualdad: nivel educacional, socioeconómico, cultural, sexismo, etcétera.

Por ello, en algunos países en los que se han implementado estos métodos han surgido serios problemas. Como ha indicado Yamamoto, la mediación, sutil pero mensurablemente, ha desalentado el acceso judicial de aquellos que están más desfavorecidos cultural y políticamente, particularmente de aquellos que desafían los principios legales y las normas sociales vigentes.

Yamamoto ha estudiado que el informalismo inherente en la estructura de estos métodos eleva el peligro de un tratamiento injusto de las minorías, pues abandona una estructura procedimental formal que puede protegerlas de los prejuicios de quienes toman las decisiones y de los abusos de otros participantes. El informalismo de estos métodos también elimina o severamente deteriora el descubrimiento de los hechos o demanda un soporte más costoso en la búsqueda de estos hechos. Los oponentes que tienen algo para ocultar tienen más posibilidades para hacerlo. Las demandas nuevas, difíciles o más complejas pueden verse frustradas por la falta de acceso a información existente, que en el proceso actual puede ser ordenada por los jueces.

Como ya se ha mencionado, la resolución alternativa de disputas permite dar respuestas ante los excesivos costos del litigio y la insensibilidad del sistema. Así, se ha señalado que estos métodos presentan beneficios tales como: acortar y reducir los costos de la resolución de conflictos; honorarios más reducidos a abogados; reducción de costos para la propia administración de justicia; la resolución más temprana a través de acuerdos entre las partes y no por decisión omnimoda de los tribunales. En este sentido, puede alegarse que los métodos alternativos presentan ventajas para la resolución de determinado tipo de casos. Sin embargo, algunas cuestiones merecen especial atención en relación con la igualdad de poder de las partes, como por ejemplo, las cuestiones patrimoniales derivadas de los procesos de familia.

En particular, la mediación en cuestiones de derecho de familia –aunque sean patrimoniales– constituyen esfuerzos para privatizar conflictos públicos que durante mucho tiempo han sido negados como tales. Así se refuerza la dicotomía entre lo público y lo privado y se saca de la arena, pública cuestiones

que pueden afectar especialmente a las mujeres. Se convierte así un juicio público acerca de derechos fundamentales de las mujeres en mediaciones privadas en las que se filtran las percepciones personales de los mediadores sobre las necesidades e intereses de las partes y los prejuicios y preconceptos en torno sus derechos.

Esta noción ignora la realidad del poder y la desigualdad. La adopción de una concepción abstracta y formalística de igualdad deja al sistema incapaz de identificar y proveer respuestas a las necesidades de los más desfavorecidos. A causa de esta abstracción, el derecho es incapaz de tener en consideración la diversidad de las necesidades y demandas de la gente. Esta doctrina de la igualdad formal no puede asegurar la igualdad real dado el hecho de que la realidad muestra que los individuos no están igualmente situados. Varones y mujeres están diferentemente situados respecto de numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales, y esa diferencia es de orden jerárquico y de subordinación. Así, se trasladan las diferencias sociales y económicas vigentes directamente a la solución de los conflictos.

En la práctica, las mujeres suelen verse presionadas a acceder a un avenimiento. Este avenimiento suele ser presentado como una instancia necesaria para preservar la unión de la familia. El ideal de la unión familiar prevalece sobre los derechos de las mujeres.

Los métodos alternativos de resolución de disputas como la mediación y la conciliación invisibilizan la cuestión de la desigualdad de las partes como un problema social, que puede implicar una violación de derechos de las personas más desaventajadas.

Dos elementos podrían contribuir a compensar la desigualdad que puede plantearse en los procesos de mediación. Sin embargo, ninguno de los dos están garantizados en la ley de mediación y conciliación.

Uno de ellos es la neutralidad del mediador, que constituye también un elemento esencial de la mediación. El sistema creado por nuestra ley permite cuestionar la posibilidad de afirmar categóricamente que en todos los casos exista esta neutralidad, toda vez que permite a la parte actora recurrir a mediadores privados elegidos por ésta.

Otro de los elementos que podría garantizar la igualdad de las partes es el control posterior por parte de los jueces de los acuerdos arribados. Sin embargo, el sistema de mediación previsto en la ley mencionada no requiere homologación alguna del acuerdo celebrado. Simplemente se remite el acta correspondiente al Ministerio de Justicia, sólo con fines estadísticos.

Se podrá alegar que son las partes quienes acceden a un acuerdo. Sin embargo, la presunción de

que todos los resultados son igualmente buenos, en tanto las partes acuerden con ellos, no es válida. No podemos asumir que la convalidación de los interesados siempre sea suficiente. El consentimiento es visto como el ejercicio de la libertad de decisión y elección. Pero esto no toma en cuenta las condiciones subyacentes de desigualdad y disparidad que las partes enfrentan. La libertad de elección requiere precondiciones sociales fundamentales para su ejercicio. Un sentido significativo o genuino de consentimiento requiere que quienes consienten estén razonablemente conscientes de las consecuencias de sus actos y que ellos tengan la posibilidad de negarse a consentir. Esta idea del consentimiento reside en una teoría voluntarista amplia que presupone individuos libres e iguales, y con capacidades igualmente desarrolladas para asumir un compromiso.

En este sentido, la oposición planteada en la discusión de la ley anterior, que reitero en esta oportunidad, se basa en que la obligatoriedad de la mediación previa a la instancia judicial es un contrasentido, dado que la voluntariedad es un requisito indispensable para que las partes que se someten al proceso.

El sistema de mediación previa obligatoria ha sido eficiente en su misión de descongestionar la justicia, en virtud de que numerosas causas han sido resueltas en esta instancia. No obstante, no resulta razonable continuar prorrogando su obligatoriedad sin antes evaluar correctamente todas sus consecuencias, y sin analizar si este sistema, independientemente de su eficiencia para aligerar la carga de los tribunales, vulnera los derechos de los justiciables.

Se ha señalado al respecto que: "Más allá de consideraciones estadísticas acerca del logro o no de los objetivos que inspiraron el dictado de la ley 24.573 (Adla, LV-E, 5894), la experiencia tribunalicia da muestras acabadas que muchas veces —más de las que prudencialmente debieran ser— nos encontramos con que el trámite de mediación, no sólo se ha convertido en una formalidad más, que las partes cumplen obligatoriamente antes de someterse a juicio, aún sin aspiración a un acercamiento conciliatorio, sino que también, lejos de reducir los litigios y contribuir a la celeridad de las causas ventiladas en los tribunales incorporan otros elementos de conflicto en déficit del loable objetivo que se tuvo en miras al sancionar dicha ley" (Constenla, Liana M.: *Mediación: ¿Resolución de conflictos o incorporación de nuevas formalidades?*, publicado en Sup. Act. 1-7-2004, 2).

Con más de 10 años de vigencia se ha dado la posibilidad a los justiciables de conocer el sistema, su funcionamiento y eficacia, razón invocada para motivar su obligatoriedad inicial determinada en un período de tiempo. En este momento en que los litigantes conocen los beneficios de este sistema, corresponde dejar en sus manos elegir intervenir en

el proceso de mediación o acceder directamente a un tribunal judicial cuando sus derechos están en juego.

Como es sabido, nuestro país ha firmado numerosos tratados internacionales de derechos humanos –con jerarquía constitucional– que garantizan a los ciudadanos el acceso a un tribunal de justicia, sin restricciones ni impedimentos, entre ellos, el Pacto Intencional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8° y 10), y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8° y 25).

A través de estos instrumentos, nuestro Estado se ha comprometido internacionalmente a garantizar a los ciudadanos el libre acceso a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para reclamar sus derechos, y este acceso no puede ser limitada ni obstaculizado.

La obligatoriedad de asistir a una mediación previa podría implicar una vulneración al derecho de acceso a un tribunal de justicia toda vez que obliga al ciudadano a transitar una instancia que implica asumir costos de notificación, aranceles y multas que, además, en algunos casos puede significar también una pérdida de tiempo que puede extenderse a plazos injustificados.

Este obstáculo para el libre acceso al juez implica una vulneración al derecho de todos los ciudadanos al acceso a la Justicia, que comprende el derecho de contar con un recurso judicial efectivo para sanear la situación de conculcación de derechos, contrariando el artículo 25 de la Convención sobre Derechos Humanos, que establece: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Esta norma ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva O.C. 9/87 del 6 de octubre de 1987. En esa oportunidad señaló que “... el artículo 25.1. [de la Convención] incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos huma-

nos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar *recursos judiciales* efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1.), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (casos Velázquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, sentencias del 26 de junio de 1987, pars. 90 y 92, respectivamente)” (O.C. 9/87, párrafo 24, el subrayado es propio).

Y prosiguió diciendo la Corte Interamericana: “Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar” (O.C. 9/87, loc. cit.).

No quedan dudas de que el procedimiento de mediación no puede equipararse al acceso a un juez o tribunal judicial. “El mediador no ejerce, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, potestades jurisdiccionales” (Carlos Garber: *¡Salven a la mediación!*, “La Ley”, 1999-B-911).

Por estas razones, considero que no debe prorrogarse el plazo que establece la mediación obligatoria previa a los procesos judiciales.

Marcela V. Rodríguez.

INFORME

Honorable Cámara:

La Comisión de Justicia ha considerado el proyecto de ley de la señora diputada Bertol, por el cual se solicita la modificación del artículo 30 –ley 24.573– de mediación y conciliación, sobre la prórroga por el término de 2 años de la obligatoriedad de la etapa de mediación; y, luego de un exhaustivo análisis, aconseja su sanción.

Luis F. Cigogna.