
Derecho convencional y mediación

Autor: **Alejandro Nató**¹

RESUMEN

La relación entre el campo de la gestión de conflictos en general y la mediación en particular con el derecho convencional obliga a replantearse la forma en que se lleva adelante la práctica de facilitación y mediación. Esto cobra aún mayor sentido cuando quienes son operadores del conflicto forman parte de la mediación previa al juicio y que forman parte de los registros de mediadores de las diferentes jurisdicciones, debido a que tienen un plus de responsabilidad en cuanto llevan, entre otros también, la carga del control de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE

Gestión de conflictos, Derecho convencional, control de convencionalidad, formación de mediadores, ética profesional.

DESARROLLO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desde su primer fallo en materia de la obligación del control de convencionalidad hasta la actualidad fue ampliando el campo de responsabilidad y avanzó más allá del control jurisdiccional.

El artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional (CN) incorpora al bloque de constitucionalidad a

¹ Doctor en derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Abogado (UBA). Mediador, especialista en conflictos públicos. Master en cooperación internacional y gestión de proyectos. (Instituto Universitario Campus Stellae. España). Master en Resolución de conflictos y mediación (Universidad de León. España). Coordinador de la oficina de Gestión de Conflictos de la Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina.

los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se entienden como complementarios de los derechos y garantías que establece la ley fundamental.

En la formación de los mediadores debe incluirse como parte integrante de los programas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La temática que nos ha convocado versa sobre la relación de la mediación con el Derecho Convencional.

El Instituto de Gestión y Resolución de Conflictos del Colegio me ha convocado a dar una conferencia alrededor de esta cuestión e invitó a colegas a participar de encuentro que se efectuó en el marco de las VII Jornada Sanisidrense de Derecho, cuya nominación ha sido: “El Derecho Convencional y su influencia en las relaciones jurídicas” realizada en el mes de octubre próximo pasado. Esa conferencia se transformó en un conversatorio con participación activa por parte de quienes concurrieron al encuentro.

Venimos atravesando una etapa de cuestionamiento a las instituciones por la falta de confianza social que, incluso, impacta seriamente en la vida democrática.² En ese sentido es valorable tomar la pregunta que formula Przeworski “¿A qué deberíamos prestar atención si tememos que la democracia está sufriendo una crisis?” y agregaría lo mismo para las instituciones en crisis.

En el reparto de responsabilidades hay quien tiene mayor tipo de obligación. Eso no es motivo para desligarse de la necesidad de construir pensamiento alrededor de la problematización que la complejidad trae consigo. Para atender esta realidad insoslayable cada quien en su propio campo de acción nos encontramos interpelados a remozar pensamiento, refrescar ideas, verificar a partir de los resultados cuáles son los motivos del distanciamiento social y, en el mundo de la práctica jurídica, buscar formas nuevas que contemple mayor celeridad para el ejercicio de los derechos y que se aproxime a las necesidades sociales en donde se ponga a las instituciones con las que venimos trabajando en cuestión. La práctica de la mediación y la formación de los mediadores no pueden quedar exentas de un obligado cernir.

En coincidencia con el planteo de Innearity³ “en los momentos de crisis las urgencias ponen en un primer plano a las personas prácticas, a quienes organizan y deciden, asumiendo unos riesgos que a cualquiera los sobrepasaría”...”pensamos que detrás de muchas decisiones equivocadas había más ignorancia que falta de resolución”. En tren de ello, resulta imprescindible, como un elemento abordaje del tema, ubicar al control de convencionalidad dentro de los procesos de mediación, como así también prestar especial atención a la formación de los operadores jurídicos de la etapa en la que nos encontramos, de modo que la legalidad de la instancia quede garantizada.

Vale destacar que el control de convencionalidad les compete no solo a los jueces sino también a quienes forman parte de los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Desde el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (26 de septiembre de 2006 y actuaciones posteriores del 18 de noviembre de 2010) hasta, el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (26 de noviembre de 2010), entre varios otros casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido dándole mayor rigurosidad y espesor al alcance del control de convencionalidad que comprende los siguientes elementos:

- a) “Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte,
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias,
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar -en consideración

² Przeworski, Adam, “Las crisis de las democracias. ¿Adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?”. P. 26

³ Innearity, Daniel “Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del Coronavirus” p. 29

el tratado, sino que también la jurisprudencia de la CIDH y los demás tratados interamericanos en los cuales el Estado sea parte.

- d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública,
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación, conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”⁴

En una primera mirada, atendiendo a que la formación de grado y experiencia profesional de muchos de los operadores jurídicos que intervienen en la mediación ha sido contemporánea a la incorporación en nuestra ley fundamental del derecho convencional, que, además, pasó a formar parte de nuestro bloque constitucional (artículo 75, inciso 22 de la CN). A su vez, en la mayoría de los casos ha existido extemporaneidad en la inclusión de esta temática proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los programas de formación profesional de los mediadores, más aún lo podemos verificar cuando observamos los programas de la materia de Resolución de conflictos y mediación a nivel de grado en las diferentes universidades, cuestión que desde la reforma constitucional de 1994 hasta la actualidad se ha ido incorporando lentamente el estudio y mayor atención a la temática de los derechos humanos en el orden jurídico normativo nacional. Por ello, es necesario comprender que pareciera ser una idea consolidada en la que el derecho convencional no es algo a atender o a tener en cuenta al momento de trabajar los operadores jurídicos la mediación, al menos no más allá de la cita como justificación jurídica de las posiciones. Si bien el conocimiento de las normas se presume que es de alcance general y universal, esto no necesariamente acontece en la realidad, en especial en términos de convencionalidad. En honor a la verdad, en ocasiones ni siquiera los propios operadores del derecho, que al decir de Cornelio Carnelutti seríamos los obreros calificados del derecho, conocemos la totalidad del sistema jurídico vigente nacional e internacional.

Esta circunstancia se une a la creencia generalizada que confunde la instancia de mediación como una etapa totalmente ajena a la discusión jurídica, o al análisis del derecho, el que se suele pensar que se reserva para, una vez cumplida la misma, exclusivamente la instancia judicial. Posiblemente, es consecuencia de los inicios formativos del desarrollo de la mediación que requirieron en un primer momento diferenciarse de tal manera de la etapa judicial, que generó esta disociación entre mediación y derecho, disociación que luce como una falacia cuando estamos trabajando o gestionando un conflicto que claramente no solo en sus efectos tendrá efectos jurídicos, sino que incluso en su delimitación tiene clara participación no solo la norma jurídica sino en especial, la norma convencional. La autonomía de la voluntad tiene el límite de lo que el derecho posibilite y, de manera especial, en el tema que nos compete en este comentario, que el derecho convencional permite.

Si bien es cierto que el abordaje del conflicto en la fase de mediación es más amplio que el solo encuadre jurídico del caso y que, además, se atienden de manera integral todos los elementos del conflicto, no por ello deja de ser cierto que el derecho sea el regulador esencial y marque una de las pautas principales de referencia en la búsqueda de solución de ese conflicto, así como indefectiblemente se le debe dar preminencia durante todas las etapas del proceso de gestión.

A modo de excursión planteo que de ningún modo este requisito del conocimiento de la norma le resta crédito al carácter interdisciplinario de la mediación ya que operadores del conflicto tanto de registro (en varias leyes provinciales de mediación de nuestro país se prevé la figura del mediador/a de diferentes saberes disciplinares) como los mediadores comunitarios, organizacionales, escolares, etc. pueden provenir de distintas profesiones o, incluso en el ámbito territorial, social urbano quienes atiendan los conflictos pueden ser vecinos sin cumplir con el requisito formal de la formación de grado.

Es desde una visión amplia donde se impone la necesidad de velar por la incorporación del derecho convencional a la instancia, en todas aquellas intersecciones donde necesariamente debemos atender la realidad que nos rodea en torno a la vigencia y respeto de los derechos humanos, la perspectiva de género, el principio protectorio respecto a la niñez y adolescencia, la cuestión urbana, lo socio ambiental, la intercultu-

⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N 7. “Control de convencionalidad”. Págs. 5 y 11.

ralidad, las poblaciones vulnerables (y no solo tomando como criterio el económico sino desde un concepto amplio de vulnerabilidad) y otros. Por su parte, en materia jurídica, resulta de inexorable atención el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde la normativa de las reglas internacionales, principios, convenciones, declaraciones y tratados que brindan pautas que operan de piso de garantías para el cumplimiento de los derechos humanos. Cada uno de estos aspectos y los restantes mencionados abren numerosas situaciones donde en términos generales suele emerger la asimetría que representa el desbalance de poder entre las partes (desigualdad de posiciones) que incluso llega a implicar, en muchas ocasiones, limitaciones en el poder para la toma de decisiones. Como bien señala Atienza “el propio derecho actúa sobre el poder social, bien manteniendo ciertas estructuras de poder o bien contribuyendo a cambiarlas”⁵. Además, se debe tomar muy en cuenta para evitar el desbalance de poder la necesaria incorporación de actores que, a priori y por definición legislativa, se encuentran o pretenden mantenerse fuera de los procesos de mediación como los Estados Nacional, provinciales o municipales.

Por su parte, como ya se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó el concepto de control de convencionalidad y lo ha colocado –más allá del sistema judicial– en cabeza de quienes forman parte de la función pública en general y de los operadores del derecho en particular, entre los cuales debemos incluir a los mediadores de registro que tienen a su cargo el llevar adelante el proceso de mediación.

Los objetivos de la mediación, según los modelos más reconocidos, pueden ser la transformación de las relaciones (el modelo transformador), la construcción de una historia alternativa (el circular narrativo), la búsqueda de la bondad de las personas involucradas en el proceso a través de trabajar con sus habilidades socio-cognitivas (asociativo) y la búsqueda de acuerdos a través de la negociación asistida (Harvard).

Este horizonte no siempre se ve reflejado en los procesos de mediación ya que existe una preferencia muy marcada hacia el modelo lineal de Harvard, con cierta comodidad y conformidad por parte de la mayoría de los mediadores del sistema. Debido a ello, el supuesto de los acuerdos, como producto de la mediación, es quizás uno de los más generalizados en su utilización por los mediadores y es el tomado en cuenta en la mayoría de las políticas públicas de implementación del sistema. El objetivo inicial que ha sido concebido para descomprimir (restarle temas al servicio tradicional de justicia) la gestión de los conflictos en el ámbito judicial tomó a los acuerdos como indicador de calidad y satisfacción para los diversos programas de mediación que se instituyen públicamente. Esta materialidad si bien lo utiliza el sistema para su despresurización, nos obliga a aquellos que postulamos que la mediación implica un cambio de cultura y que debería representar *no un modo anormal de terminación del proceso*, en la concepción del código de rito, sino el modo normal en que las relaciones jurídicas deben abordarse de modo dialógico como cambio de paradigma cultural. Esta tesis nos lleva a pensar en la mediación como un proceso/herramienta/instancia que contribuye a la tranquilidad y pacificación social, más allá de la consecución de acuerdos que concluyan con la etapa del conflicto reducido al caso jurídico.

Es sabido también que los acuerdos, como producto de todo contrato, pueden ser verbales o escritos y representan ley para las partes. Por ende, no se puede omitir la legalidad, tanto la proveniente del derecho interno como la del derecho internacional, receptado también por los mecanismos constitucionales de nuestro Estado.

Esas obligaciones y responsabilidades asumidas por los Estados representan en casi todos los casos cargas para los mismos y se encuentran previstas en declaraciones, tratados, entre otros instrumentos jurídicos, que a continuación se detallan, a saber:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

⁵ Atienza, Manuel “El sentido del Derecho” p. 152

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Las Reglas de Mandela para las personas Privadas de la Libertad

La Convención de los Derechos del Niño

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Convención Belém do Pará o Convención para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Adultas Mayores

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad

Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030-ONU)

Tal como lo plantea la Dra. Pierini “En una democracia, el Estado es el principal garante de la vigencia de estos derechos. Los principios y pautas de los derechos humanos, adoptados por consenso universal son referencia ética y normativa fundante para una sociedad como la nuestra que ha elegido la paz y el Estado de Derecho”⁶. En el ámbito de la mediación, como instituto de acceso a la justicia, es necesario que se encuentren garantizados los reaseguros democráticos que sostienen los principios de los derechos humanos.

Por lo tanto, la autonomía de la voluntad y la buena fe de las partes de ningún modo pueden suplir la presencia del Estado en temas donde la garantía de los derechos humanos recae sobre su responsabilidad.

En correspondencia a ello, los abogados, tanto de parte (actitud colaborativa y como auxiliares del sistema) como los mediadores tenemos ese marco jurídico imprescindible, que se transforma en una imposición legal. Tal es así que deberíamos tener en cuenta que, para evitar reproducir las asimetrías y ante la necesidad de equilibrar las relaciones de poder entre las partes, en donde se equiparan las oportunidades, donde se deben buscar las voces habitualmente silenciadas y donde los derechos económicos sociales y culturales de los sectores más desfavorecidos se encuentran en juego, en nombre del control de convencionalidad, es que debe garantizarse la presencia del derecho vigente como referencia normativa ineludible dentro del proceso de gestión del conflicto, no solo en su gestión judicial sino desde su tratamiento inicial en la etapa de mediación cualquiera sea su oportunidad de realización.

Tal es así que, cuando planteamos que esta obligación ineludible de los operadores del derecho nos interpela, lo hace desde diferentes aspectos que deberían de manera urgente convocar al trabajo en tal sentido.

Por una parte, se debería generar conciencia acerca de la necesidad del conocimiento referencial y la aplicación del derecho convencional por parte de todos los operadores jurídicos que participan en la mediación. Esta toma de conciencia representa un requisito necesario para evitar posibles cuestionamientos de legalidad, reproducir dinámicas asimétricas, cometer un daño en las acciones y, sobre todo, para poder edificar el ejercicio profesional de la mediación y el derecho con la máxima responsabilidad y ética.

⁶ Pierini, Alicia (coordinadora) “Pensamiento crítico sobre derechos humanos”. P. 13

Se impone la necesidad de ampliar los programas de formación de los mediadores hacia el campo de los derechos humanos en general y, de manera especial, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien, como ya fue planteado para la enseñanza de grado, paulatinamente también, ello está aconteciendo en las currículas de enseñanza como maestrías y doctorados, que tienen como objeto de estudio e investigación la gestión constructiva de conflictos, no se refleja aún en los programas de capacitación prevista para los mediadores, que en la práctica pueden omitir las responsabilidades asumidas jurídicamente por los Estados y conformarse con los acuerdos de partes.

Hay un punto crucial que merece un desarrollo diferenciado, pero que es la idea en esta reflexión dejar planteado, es la interpelación que nos genera, ante esta obligación de cumplimentar con el control de convencionalidad ya mencionada, el deber de repensar dentro del rol y características del mediador en los conflictos con impacto jurídico.

En especial respecto de conceptos que aun hoy siguen trabajándose en los programas de formación respectivos con una visión ajena al planteo de este trabajo, respecto de los alcances de la neutralidad como principio de la mediación, principio que sigue estando vigente en las legislaciones de la materia, y que requiere dar un serio y profundo debate en cuanto a su alcance cuando asumimos que este mediador tiene también a su cargo la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos humanos y el derecho convencional que debe atravesarlo y sin duda, modifica significativamente la práctica de la mediación.

Es un debate que también tendrá impacto con el resto de las características del rol, y del alcance de los principios de la mediación. Por ende, una incidencia clara y comprometida sobre nuestro quehacer diario como mediadores en las diferentes áreas donde podamos ser llamados a trabajar desde una concepción del mediador y de la mediación como herramienta e instancia de pacificación social, con ética y acción sin daño.⁷

Bibliografía

Atienza, Manuel *“El sentido del Derecho”*. (Barcelona Editorial Ariel Derecho, 2012). 152

Innerarity, Daniel *“Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del Coronavirus”* (Barcelona, Ed. Galaxia Gutenberg, 2020). 29

Pierini Alicia (Coordinadora) *“Pensamiento crítico sobre Derechos Humanos”* (Buenos Aires, Eudeba, 1996). 13

Przeworski, Adam, *“Las crisis de las democracias. ¿Adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?”*. (Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2022). 26

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N 7. *“Control de convencionalidad”*.

Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit. Implementado por la GIZ. 5 y 11.

⁷ La acción sin daño proviene del Derecho Internacional Humanitario. Se caracteriza por minimizar los riesgos, maximizar los recursos, conocer el contexto, cumplir con la legalidad y promover iniciativas coherentes con el contexto.