

LA MEDIACION Y EL NOTARIO MEDIADOR- A 200 años de la Revolución de Mayo

1.1-Antecedentes

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, ya que es tan antiguo como lo es el conflicto. Su génesis es la de la vida en comunidad. En la época posterior a la segunda guerra mundial se dio un gran impulso al estudio del fenómeno antropológico, social, económico y político de la guerra, y se fueron modelando distintas teorías que tienen entre uno de sus capítulos a "LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS".

Si focalizamos en la Intervención de Tercero sin Participación en el Conflicto, encontramos la figura del Mediador quien, no decide el conflicto, siendo las propias partes quienes conservan la autonomía de su solución y, la del Arbitro / Juez los cuales sí deciden el conflicto por las partes.

Se ve entonces, que el tema de la heteronimia de la solución del conflicto, que funciona bajo la culpabilización, la imposición, la asignación de responsabilidades y la sanción, es sólo una forma de asegurar que los conflictos no queden irresueltos y de que los proyectos de individuos, grupos o entidades que forman la comunidad puedan llegar a realizarse en pos del orden social y bien común. El Estado es quien carga con el mantenimiento de esta forma de solucionar conflictos, a través del ordenamiento jurídico y se hace responsable de su vigencia.

Advertimos que la demanda social apuntaba, y aún hoy es así, no sólo a la mejora del funcionamiento del sistema tradicional, los tribunales, sino además hacia los contenidos, esto es, al fondo de las soluciones adjudicadas por la magistratura.

La comprensión, recepción y difusión del instituto de mediación, tal como la conocemos hoy, se remonta a comienzos de los 90, con una experiencia piloto en Mediación en la ciudad de Buenos Aires. Hasta entonces se habían dado algunos desarrollos por ejemplo en el área familiar, pero entremezclándose con la terapia o asistencia.

La mediación, tal como ahora la conocemos, no es sino una adaptación actualizada de lo que ya existía en otras culturas, en otras épocas.

1.2-La importancia de su implementación

Con la sanción y promulgación de la ley nacional nro. 24.573 de 1995 que instituye la MEDIACION PREJUDICIAL OBLIGATORIA, en Capital Federal, se da un impulso notable a la instauración del método R.A.D. (Resolución Alternativa de Disputas) en la Argentina.

Si se analizan los altos costos explícitos e implícitos que acarrea al Estado- por ende a los contribuyentes- la resolución de conflictos, sea en instancia judicial o administrativa, la mediación, resulta altamente conveniente para la sociedad, como forma alternativa a un proceso judicial, a fin de solucionar diferencias. Se debe entender a la mediación como una manera de frenar el acceso precipitado a la jurisdicción del Estado, que se suscita a mi parecer, muchas veces por incapacidad de las partes litigantes de poder comunicarse adecuadamente.

Se presume que con la disminución de las causas en los tribunales, en cuanto al volumen de expedientes que ingresan en el sistema, los jueces podrán dedicarles más tiempo a aquellos casos en donde no es posible ni conveniente la mediación, posibilitando un estudio pormenorizado del caso en cuestión y dándoles a sus sentencias la excelencia jurídica necesaria para que tengan una razón de ser.

La solución mediante acuerdo de los conflictos, presenta ventajas tanto desde el punto de vista individual (las partes conocen mejor que el juez sus verdaderos intereses y el límite de sus pretensiones) como social (favorece la paz social y la cohesión de la comunidad, frente al trauma que supone toda resolución decisoria). Debido a su carácter de armonizadora de posturas, tiende a preservar o recomponer relaciones entre las partes, lo que difícilmente podría lograrse luego de una sentencia judicial en la cual, usualmente existe una parte vencedora y otra derrotada.

Si a ello se le añade su utilidad práctica, habrá que coincidir en que tendremos que estar atentos a la evolución de la mediación en el futuro inmediato.

1.3. El Notario mediador

El mediador debe estar plenamente capacitado jurídicamente para ser director del proceso de mediación, porque todas las cuestiones mediables que sean objeto de este instituto (aquéllas que no sean cuestiones de orden público) tienen trascendencia jurídica, por lo tanto cualquier acuerdo que se logre debe estar concluido por un experto en derecho, de lo contrario si sus cláusulas no se adecuan al derecho vigente, no podrá ser ejecutado y en el peor de los casos será pasible de nulidad. No obstante ello, los expertos en otras áreas o ciencias, son en ocasiones imprescindibles como terceros colaboradores para que las partes puedan arribar a un acuerdo que las beneficie.

En el presente trabajo me enfocaré en destacar al Notario, quien por sus características de imparcialidad, por su preparación jurídica semejante a la del abogado, por su experiencia y por su capacidad, puede sin dudas ser el mediador natural por excelencia. En efecto, los deberes de imparcialidad del Notario convierten al mismo en una figura ideal de conciliador.

Como sabemos, el Notario tiene como deber, adecuar la voluntad de las partes a la ley, por lo cual, intrínsecamente y ontológicamente, es un conciliador. Conforme estas características, deberá potenciarlas con cursos, capacitaciones, entrenamientos y equipamiento adecuado, para que la mediación así concebida, prevalezca como método de resolución de conflictos.

En las conclusiones de la IX JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA realizada en Perú del 11 al 14 de Octubre de 2000, se señaló que *“se considera que por su capacitación jurídica y por su formación alitigiosa, el Notario puede cumplir adecuadamente la función de mediador”*.

En este campo es importante la incumbencia de los respectivos colegios profesionales a fin de que promuevan este tipo de “justicia amistosa”. Es loable destacar lo dicho por el Papa Juan Pablo II con motivo del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino realizado en Buenos Aires en el año 1998 con motivo del 50 Aniversario de la Unión Internacional de Notariado Latino, que *la función Notarial es en su esencia preventiva del litigio, destacando también el valor de guía del consejo del notario y el aporte insustituible que la función notarial ofrece al tejido social. Propuso el Pontífice mantener y valorizar el alto perfil moral del notario, su imparcialidad, su capacidad de escucha, su predisposición a la resolución de discordias y conflictos, todo lo cual lo convierte en “constructor de paz y armonía social”.*

El tema aquí abordado fue objeto científico de Congresos, Jornadas y Seminarios. En efecto, el primer tema del XXIII Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Grecia en octubre 2001, se refirió a *“La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos”.*

En sus recomendaciones finales, el Congreso declaró:

En materia de consejo y mediación y, en su caso, en materia de arbitraje, más concretamente en su relación con las funciones y actividades de la profesión notarial, anima y solicita a los legisladores nacionales e internacionales, a cualquier otra instancia competente de los Estados y a los Consejos Notariales Nacionales para que:

- *respeten los principios fundamentales y las características particulares – enumeradas a continuación- en las mencionadas materias de consejo, mediación y arbitraje, si esas funciones son desempeñadas por el notario perteneciente al sistema de Notariado Latino.*

- *integren o refuercen, en el derecho nacional e internacional, disposiciones relativas a la intervención obligatoria o recomendada del notario en las indicadas materias, según se amplía a continuación.*

- *promuevan el fin primordial de los Notariados Nacionales y de la Unión Internacional del Notariado de servir a la prevención de los conflictos y litigios, a la descongestión de la Jurisdicción del Estado y a la salvaguarda de la paz jurídica y social.*

Se acotaba, entre otros, que *en cuanto al contenido, el consejo notarial cubre todos los aspectos de los asuntos jurídicos, incluso, como una especialidad notarial clásica, cualquier información en materia internacional o transfronteriza y en materia de Derecho Internacional Privado.*

En este sentido, el consejo es ilimitado y la preparación del notario – siempre mantenida por una formación continua- debe dominar todas las dimensiones de la consulta formulada.

Se establecía asimismo que *la mediación es un método adecuado para la solución de conflictos y un medio útil para la armonización de los intereses divergentes de las partes implicadas en una controversia, jurídica o no.*

En tal caso, sin embargo *la recomendación se refería a la composición amistosa, a la “gestión” pre jurisdiccional de los conflictos, y ofrece un conjunto sistemático procesal e instrumental para la instauración o reinstauración de la paz jurídica y social entre las partes.(1)*

Por otra parte, el Consejo de Notariados de la Unión Europea (C.N.U.E.) constituyó en su seno un grupo de trabajo, para hacer un especial seguimiento de esta materia demostrando claramente que el interés a nivel mundial por este “proceso amistoso” va en aumento.

En efecto, la actividad notarial de mediación es relativamente significativa en Holanda y Bélgica, pequeña en Alemania y Austria y prácticamente nula en Francia, Italia y España.

Ahora bien, como forma de instrumentación, el notario-mediador puede además, ofrecer sus servicios profesionales para la documentación de la solución alcanzada por las partes y puede también, guiado por la experiencia directa y auténtica del procedimiento de mediación en cuestión, plasmar el acuerdo de las partes en escritura pública o, si aquéllas lo desean, en otro documento escrito que respete todas las formalidades legales exigidas, con la ventaja suplementaria de su carácter ejecutivo, poniendo así fin a todas las incertidumbres relativas al cumplimiento definitivo del asunto. El notario tiene, pues, la facultad especial de ofrecer con su única intervención todos los servicios relativos a la mediación jurídica y a su ejecución definitiva.

Conclusión:

En nuestro país este método de resolución de conflictos sociales tiene una gran potencialidad, enorme futuro y perspectiva. De hecho actualmente sólo dos provincias todavía no han adoptado legalmente el instituto de la mediación y una de ellas es la Provincia de La Pampa.

Asimismo debemos reconocer que aún hoy, a quince años desde su implementación en la mayoría de las provincias de nuestro país, existen ciertos obstáculos que impiden el desarrollo pleno de este instituto: A saber:

- la concepción de que el Estado es la única instancia a la cual podemos acudir para la solución de nuestros problemas y también de nuestros conflictos.

- La falta de confianza en el individuo para poder arreglar por sí solo buena parte de sus necesidades.

- La carencia entre nosotros de una cultura científica, académica y social que valore debidamente las ventajas de la autocomposición de intereses.

-(1) Las conclusiones expuestas formaron parte del discurso del Presidente de la Unión Internacional del Notariado Notario Dr. Eduardo Gallino en el marco del XLIV Congreso Nacional del Notariado en Venecia, 22 de Octubre de 2009.

Fuentes consultadas:

-El Notario del Siglo XXI-Revista Online del Colegio Notarial de Madrid-Enero-Febrero 2010-Nº29.

-Manual de Formación Básica de Mediadores.

Fabiana B. García Olivera-Abogada-Mediadora-

