

LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Por Andrea Viviana Abate¹

INTRODUCCIÓN

La tecnología ha permitido nuevas formas de interactuar y relacionarse entre las personas –tanto humanas como jurídicas- y de éstas con las Administraciones de los diversos Estados, incentivando el tejido de nuevas redes comunicacionales e introduciendo cambios en todos los procesos y procedimientos hasta ahora conocidos.

Los avances tecnológicos son cada vez más rápidos y vertiginosos y se verifican en todos los ámbitos de nuestra vida.

Ahora bien, para que la expansión y difusión del uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones permita garantizar los derechos de un mayor número de ciudadanos es necesaria la adopción de una serie de medidas dirigidas a eliminar ciertas barreras y obstáculos existentes.

La complejización de las relaciones humanas sumado a las crisis económicas, políticas, sociales, migratorias, etc., que atraviesan muchos estados, ha contribuido a incrementar el nivel de conflictividad social. Ello colaboró al colapso del por sí ya abarrotado sistema judicial.

En efecto, el incremento constante y sostenido de causas judiciales ha implicado desafíos cada vez mayores para los Jueces y Tribunales de Justicia, los cuales se vieron inermes y sin capacidad de respuesta frente a la avalancha de nuevas demandas sociales.

Esta circunstancia condujo a aumentar el retraso en la resolución de las causas judiciales y a la imperiosa búsqueda de nuevos horizontes que permitan dar respuesta al clamor de la sociedad por soluciones rápidas, adecuadas y efectivas.

DESARROLLO

I. La mediación como mecanismo de resolución de conflictos.

¹ Relatora del Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de la Iª Nominación del Centro Judicial Capital del Poder Judicial de Tucumán, Docente e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán y de la Universidad San Pablo-T, Abogada, Escribana, Mediadora, Especialista en Derecho Administrativo, Maestrando de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.

Al iniciar el abordaje de la temática bajo estudio se divisan una serie de dificultades, obstáculos e inconvenientes que dificultan la implementación y difusión de la mediación.

1. ¿Qué se entiende por mediación?

Previo al abordaje de la temática específica objeto de estudio, uno de los principales inconvenientes con que nos topamos es la dificultad de encontrar una definición unívoca sobre qué se entiende por mediación.

Siguiendo tales lineamientos podríamos afirmar entonces que todo tipo de procedimiento en que las partes intenten voluntariamente solucionar sus controversias e intervenga un mediador es de por sí una mediación, con independencia de la denominación empleada por los interesados.

De la sola circunstancia de que se trate de un medio que permita resolver conflictos, no cabe necesariamente extraer la conclusión de que se trata de una “mediación” en el sentido estricto del término.

La presencia de un mediador por sí sola tampoco es suficiente, puesto que todo depende de que tal persona ejecute realmente el rol de un “mediador”. Es decir, no baste con la intervención de un “mediador” que -valga la redundancia- “medie” en el conflicto entre las partes, sino que dicha persona debe estar capacitada para intervenir como tal.

También podemos definir la mediación como “un proceso por el que un tercero ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a prevenir, gestionar o resolver un conflicto ayudándolos a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables”².

Lo interesante de esta definición, si bien no menciona expresamente al mediador cuya presencia es imprescindible para que podamos hablar de mediación, es que señala que la misma no solamente constituye un método para resolución de conflictos, sino que también constituye un medio eficaz para prevenirlos –siempre y cuando se actúe oportunamente atacando las posibles causas de la controversia y se contribuya a desarticular las mismas-, o para gestionarlos, ya sea para generar compromisos en las partes tendentes a arribar a una solución o para disminuir la intensidad de las controversias y garantizar acuerdos duraderos.

² Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz, p. 4.

2. Ventajas de la mediación.

La mediación “se basa en la premisa de que, en el entorno adecuado, las partes en conflicto pueden mejorar sus relaciones y avanzar hacia la cooperación”³.

En efecto, la principal ventaja atribuida a la mediación es que dicho procedimiento permite la autocomposición del conflicto, comprometiendo a las partes en la búsqueda de soluciones y contribuyendo en la medida de lo posible a lograr que los intervinientes en la mediación logren dialogar y actúen de manera cooperativa. Es decir, se busca reposicionar a las partes en protagonistas, readecuando su rol en torno a los verdaderos artífices de los acuerdos a lograrse en lugar de tratarse de meros espectadores, pendientes de la solución impartida por un tercero imparcial.

II. La mediación por medios electrónicos.

1. Proliferación de terminologías

Amén de la problemática advertida en torno a la dificultad de encontrar una definición sobre mediación, se constató la tendencia a incluir dentro de la mediación a procedimientos que claramente no reúnen las características necesarias para ser consideradas verdaderas mediaciones.

Por ello uno de los mayores inconvenientes en la actualidad es la proliferación de términos y de nuevas denominaciones, muchas de las cuales se suelen emplear como sinónimos, pese a presentar notables diferencias.

Sin ir más lejos, es frecuente escuchar hablar de resolución alternativa de conflictos” o “*alternative dispute resolution*” (en adelante ADR) y en las últimas décadas sobre “resolución de disputas *on line*” u “*on line dispute resolution*” (en adelante ODR) y últimamente sobre la posibilidad de efectuar mediaciones a distancia, mediaciones a través de medios electrónicos, mediaciones electrónicas, mediaciones *on-line*, e- mediación, etc. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿en todos estos supuestos nos encontramos frente a verdaderas mediaciones?

También se ha asimilado a la mediación electrónica con la resolución de conflictos en ámbitos en los cuales no se encuentra permitida la mediación (como por ejemplo en materia de consumo) o en los cuáles no existe mediación

³ Ibíd, p. 5.

(como por ejemplo los casos de negociaciones asistidas en portales electrónicos como e-bay, Mercado Libre, etc.).

2. ¿Qué se entiende por mediación de conflictos por medios electrónicos?

Así, la mediación de conflictos por medios electrónicos puede ser definida como “un procedimiento que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intenten alcanzar por sí mismas un acuerdo y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley”⁴.

En este caso, al igual que en todo procedimiento de mediación existen una serie de elementos a tener en cuenta, como ser: la necesidad de planificar y preparar adecuadamente las audiencias; contar con el libre consentimiento de las partes; garantizar la imparcialidad del mediador; buscar que todas las partes que puedan verse afectadas por el conflicto participen y la necesidad de lograr acuerdos duraderos, entre otros.

3. Diferenciación con los “ODR”.

Ethan Katsh y Janet Rifkin señalan que los ODR son aquellos mecanismos que “facilitan la resolución de conflictos a través del poder transformador de la tecnología, la cual se incorpora como la cuarta parte en el modelo tripartito tradicional de la resolución de conflictos”⁵.

En esta instancia del análisis resulta necesario diferenciar dichas formas de resolución de disputas *on-line* de la mediación electrónica.

Cabe señalar que en ambos casos se trata de conflictos en los cuales por diversos motivos las partes no pueden reunirse personalmente en el mismo lugar y deciden voluntariamente intentar resolverlo de manera *on line*. Por ello, se emplean las *TICs*, acudiéndose en la mayoría de los casos a la videoconferencia.

⁴ CONFORTI, Franco, Pequeño Manual de Mediación Electrónica, Alicante, Acuerdo Justo, p. 22-24 y 62-63.

⁵ KATSH, Ethan y RIFKIN, Janet, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. Jossey- Bass. San Francisco, citados en CONFORTI, Oscar Daniel Franco, Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos, InDret 4/2015, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2015.

La diferencia sustancial es que en el caso de los *ODR* no estamos hablando de mediación en el sentido estricto del término, por cuanto no existe una persona que actúe como mediador, ni tampoco se aplican las técnicas, ni recursos frecuentemente utilizados en las mediaciones.

Por su parte, en las mediaciones electrónicas estamos hablando de verdaderas mediaciones dirigida por uno o más mediadores, que además de contar con la capacitación necesaria para mediar en conflictos cuenta con conocimientos en *TICs*, y que se valen de la tecnología atento a la imposibilidad de que las partes se encuentren personalmente en un mismo ámbito físico.

A su vez, en el caso de las mediaciones electrónicas deberán verificarse ineludiblemente una serie de requisitos, como ser: a) voluntariedad y libre disposición; b) igualdad de las partes e imparcialidad del mediador; c) neutralidad; d) confidencialidad; e) buena fe, respeto y cooperación; y f) garantizar la identidad de los intervinientes.

En cambio, en el caso de que empleemos los *ODR* no resulta obligatorio velar por el cumplimiento de tales exigencias.

4. El empleo de nuevas tecnologías en la mediación.

Todo procedimiento de resolución de conflictos tiene como mínimo tres partes: 1) requiriente/s o solicitante/s, b) requerido/s y c) operador del conflicto (mediador, negociador, árbitro). Al implementar la resolución de conflictos de manera no presencial o virtual se suma una nueva parte: las *TIC's*.

Por lo tanto, cabe señalar que no existe ningún inconveniente en emplear las *TIC* en la mediación, es más, como se verá a continuación, atento a algunos de sus beneficios entendemos que la misma será sin dudas empleada con mayor frecuencia en los próximos años.

5. Conflictos que pueden ser solucionados mediante la mediación por medios electrónicos.

El procedimiento de mediación por medios electrónicos puede ser para cualquier tipo de mediación y no sólo para reclamaciones de cantidades de dinero.

III. Problemáticas detectadas en la mediación por medios electrónicos.

En las próximas líneas se señalarán las problemáticas detectadas, así como los aspectos a mejorar y las ventajas que la mediación presenta, como paso previo a exponer las conclusiones del presente trabajo de investigación.

En efecto, en el abordaje del tema objeto de estudio nos enfrentamos a diversas problemáticas, las cuales serán analizadas a continuación.

1. ¿Todas las personas tienen acceso a los medios electrónicos?

Para que la mediación electrónica pueda ser viable es necesario que todos los sujetos que intervengan en ella (partes, mediador, co-mediador) puedan acceder a aquellos medios electrónicos (videoconferencia, plataformas electrónicas, e-mail) mediante los cuales se va a sustanciar el procedimiento de mediación.

Dicho acceso debe ser igualitario para todos los intervinientes, es decir, en igualdad de condiciones por las partes. Además, debe garantizarse que los medios empleados les permitan a las partes expresar libremente sus puntos de vistas. Ello a efectos de cumplimentar uno de los principios básicos de mediación cual es la "igualdad de las partes".

2. ¿Cuántas personas saben usar los medios electrónicos?

A la disponibilidad de recursos tecnológicos y a la necesidad de que los mismos funcionen adecuadamente, cabe agregar otro obstáculo que puede funcionar como un condicionante que impida el empleo de la mediación electrónica.

Además, muchas veces suponemos que estamos acostumbrados a usar ciertos medios electrónicos, hasta que la realidad supera la ficción y advertimos que en realidad conocemos algunas prestaciones básicas que ofrecen los programas o el *software*, pero ante un mínimo inconveniente tecnológico (olvidamos una contraseña, no recordamos el nombre con el cual identificamos un archivo, nos aparece una leyenda "*unknow error*", etc.) no sabemos qué hacer y recién entonces advertimos que nuestro conocimiento informático es más bien reducido.

Otro factor a tener en cuenta es la edad de las personas, por cuanto no serán las mismas dificultades que deberemos atravesar si las partes de la mediación están interiorizadas en el empleo de los medios tecnológicos y telemáticos por la sencilla razón de que crecieron con ellos, o si debieron incorporar tales herramientas a edad avanzada.

Por ello, lo fundamental es ser conscientes de esta situación comúnmente conocida como “brecha digital” y evaluar la capacidad de los sujetos en conflictos para emplear adecuada y eficientemente los medios electrónicos a través de los cuales se llevará a cabo la mediación electrónica. Caso contrario, deberemos buscar otros mecanismos para resolución del conflicto que no involucren las nuevas tecnologías.

3. Posible solución a las problemáticas anteriormente mencionadas.

Una posible solución a esta dificultad es la posibilidad de efectuar mediaciones electrónicas a través de instituciones de mediación, las cuales pueden proveer a los sujetos los instrumentos tecnológicos adecuados para efectuar una mediación *on-line*, y además controlar el adecuado empleo de los mismos.

4. Acceso de las personas con discapacidad.

En estos casos resultará fundamental garantizar la posibilidad de acceder al lugar donde se llevará a cabo la mediación y que el mismo cuente con las facilidades necesarias. También deberá preverse en aquellos casos que resulte necesaria la utilización de intérpretes que manejen el lenguaje de señas y todos aquellos medios o sistemas que permitan a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso.

5. Necesidad de capacitar los recursos.

Una cuestión de suma importancia es la capacitación de los mediadores y de los co-mediadores tanto a nivel teórico como práctico, debiendo agregarse los conocimientos sobre informática y empleo de las herramientas de las cuales puede valerse la mediación electrónica.

Los mediadores deberán ser capaces de solucionar ciertos problemas tales como la falta o deficiente conectividad, los errores tecnológicos comunes que puedan presentarse a lo largo de teleconferencias, etc. Además, deberán asistir a las partes en caso de que se presente alguno de dichos inconvenientes y generar confianza en ellos, así como en los terceros que puedan intervenir (abogados, peritos, etc.) sobre la seguridad del empleo de la tecnología.

Resultaría conveniente que las prácticas de mediación incluyan ejercicios y simulación de casos de mediaciones *on line*, para que los estudiantes vayan incorporando dichos conocimientos y familiarizándose con el

procedimiento electrónico y, en la medida de lo posible, puedan participar en mediaciones reales.

IV. Aspectos a mejorar

1. Difundir el empleo de la videoconferencia

Debería facilitarse y difundirse el empleo de la videoconferencia, ya que no solamente constituye un medio para obviar viajes innecesarios, evitar la preocupación que genera tener que llegar a horario en horas de tránsito abundante y disminuir la tensión que representa una situación nueva, sino que se trata, además, del método más seguro, por cuanto previene la suplantación de identidad, al permitir que las partes puedan verse y oírse como si estuvieran una al frente de la otra.

Ello es de suma importancia por cuanto es imprescindible que se vean y escuchen para que puedan entablar un diálogo que les permita pensar en las posibles soluciones para el conflicto. Es por ello que en la inmensa mayoría de las definiciones sobre mediación se hace alusión al “encuentro entre partes”.

Ahora bien, no solamente es importante el contacto fluido entre las partes, sino entre éstas y el mediador. Por ello resulta fundamental que el dialogo entre todos sea directo y no se encuentre sujeto a grandes pausas o a constantes interrupciones por problemas técnicos.

La ventaja de hacerla *on line* es que dado nuestro actual ritmo de vida y las múltiples ocupaciones que tenemos, sumado a lo caótico que se ha vuelto el tráfico en las grandes urbes en ciertos horarios, resulta sumamente dificultoso trasladarnos físicamente de un lugar a otro, por lo que coordinar una reunión en línea entre las partes puede resultar mucho más sencillo que pretender un encuentro personal.

Además, otra de las ventajas que presenta la mediación a través de video conferencia es que las mismas suelen ser más organizadas, por cuanto cada parte debe esperar su turno para hablar, ya que si todas hablan al mismo tiempo ninguna se entendería. Por lo tanto cuando una de las partes de la mediación está expresando su punto de vista, las demás deben escuchar atentamente y al responder la primera puede corroborar si realmente se entendió lo que quiso decir.

La videoconferencia permite dar respuesta al inconveniente de cómo garantizamos la identidad de las partes y evitamos la suplantación de identidad

por cuanto es al ser sincrónico, permite a las partes y al mediador verse y oírse de forma simple.

Además podrían emplearse cámaras 360° que permitan tener una visión completa del lugar donde se encuentra cada uno de los requirentes, para que las partes se sientan seguros respecto a la posibilidad de “ser espiados”.

En síntesis, entendemos que la videoconferencia “es el medio técnico más apropiado para garantizar la intervención de una persona mediadora (que no puede ser sustituida por un programa informático o de *software*), para aplicar la escucha activa (lo que implica que las partes y el mediador se puedan preguntar, re-preguntar y obtener respuestas de viva voz), poder generar cierto grado de empatía, poner en práctica los re encuadres, resúmenes, el parafraseo, el trabajo sobre las narrativas de las partes con preguntas circulares, intentar mediante la lectura de los gestos faciales (que se puedan apreciar en la imagen que trasmite una *webcam*) detectar emociones que el mediador corroborará mediante preguntas que a la vez le permitirán comenzar a trabajarlas, etc.”.

2. Resaltar la importancia del rol del e-mediador.

El mediador electrónico o e-mediador debe estar capacitado y contar con las herramientas que le permitan poder aplicar todas las técnicas del procedimiento de mediación, como ser efectuar preguntas abiertas, repreguntar, parafrasear, practicar la escucha activa, etc.

V. Conclusiones

La mediación solamente resultará efectiva si estamos convencidos de su utilidad.

La clave de bóveda debe ser garantizar que las personas puedan ejercer sus derechos y que puedan hacerlo cada vez más. Además, implica empoderar a los ciudadanos para que sean ellos los que arriben a la solución de sus conflictos y no sea un tercero imparcial ajeno al mismo el que resuelva.

Ello contribuirá, además, a generar mayor conciencia sobre que los derechos conllevan obligaciones y a responsabilizarse por sus propias acciones. Todo lo cual indirectamente redundará en beneficios para la vida en sociedad.

Ahora bien, entendemos que la circunstancia de que existan nuevas y mejores tecnologías no es por sí sola suficiente, ya que necesitamos, además, capacitar a las personas en el empleo de los nuevos recursos tecnológicos.

En efecto, debe promoverse el empleo de las comunicaciones electrónicas y aprovecharse las nuevas tecnologías para brindar más y mejores soluciones para los conflictos que puedan suscitarse entre las personas.

La clave está sin lugar a dudas en la difusión del sistema, ya que de nada sirve contar con una herramienta de gran utilidad para solucionar los conflictos, si los posibles usuarios de la misma no la conocen.

Entendemos que resulta imprescindible bregar por la cooperación entre los servicios de justicia y los mediadores. Si realmente estamos convencidos de que la mediación permite descomprimir a los tribunales y facilita el acceso a la justicia, entendida esta en sentido amplio, resulta también indispensable establecer canales de comunicación y cooperación entre las autoridades judiciales, administrativas y los mediadores.

La mediación pretende acercar a las partes, fomenta el diálogo entre ellas y la construcción de soluciones de calidad, que sean sostenibles en el tiempo, contribuyendo a la pacificación social. Por ello no debe verse en la mediación un mecanismo “meramente alternativo” para la resolución de controversias, sino como una forma más de solucionar conflictos que se agrega a las ya conocidas.

Pero para que la mediación resulte eficaz, como claramente se señala en las Directrices de las Naciones Unidas, se debe reforzar “la profesionalidad y la credibilidad de las actividades de mediación en todo el mundo”.

Por lo tanto cabe aunar esfuerzos en capacitar recursos y en difundir las actividades de mediación, como una manera de contribuir a la tutela efectiva de los derechos, a que los mismos puedan ejercerse sin barreras u obstáculos y a que no sea tornen en meras expresiones de deseos irrealizables en la práctica.

La mediación por medios electrónicos ya está instalada entre nosotros, la difusión, utilidad y los beneficios que podamos obtener de tal herramienta dependerán de sus operadores y de la generación confianza en las personas de su capacidad para resolver conflictos de manera económica, rápida y efectiva.