



Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales
Universidad
Nacional
de Córdoba



1613 - 2013
400
AÑOS



Sociedad
Argentina de
Sociología
Jurídica

“Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina”

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC - Sociedad Argentina de Sociología Jurídica

Córdoba, Argentina – 17, 18 y 19 de octubre de 2013

TENSIONES EN LA MEDIACIÓN JUDICIAL DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO: UNA MIRADA SOBRE LA “PENETRACIÓN” DE LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA JUDICIAL CORDOBÉS

Agustín Vélez Massa
Universidad Nacional de Córdoba
agustin.velezm@gmail.com

Resumen

La mediación irrumpió en el sistema judicial cordobés en 1998, a partir de una experiencia piloto que luego se instituyó, con la sanción de la ley 8878, en una instancia obligatoria dentro del proceso judicial en determinados casos. Desde ese momento hasta nuestros días su uso se ha expandido a diversas ramas del derecho. En este trabajo se busca indagar respecto a la “penetración” (cf. Galanter 1974) de este mecanismo de resolución de conflictos en el sistema judicial cordobés. Ello se hará a partir de dos regularidades observadas durante una investigación de la mediación judicial en casos de accidentes de tránsito, a saber: a) el alto nivel de declinación de la mediación por parte de las compañías de seguro, y b) la habitual inasistencia del demandado-asegurado a la audiencia de mediación. A partir de ello –y de los planteos teóricos de Pierre Bourdieu y Marc Galanter– se analizan las tensiones existentes en torno a la utilización de la mediación judicial de estos casos civiles de accidentes de tránsito en el Centro Judicial de Mediación de Córdoba.

1. Introducción

De hecho, y con cautela, podemos comparar el campo a un juego (jeu) aunque, a diferencia de este último, el campo no es el producto de un acto de creación deliberado, y sigue reglas o, mejor, regularidades que no son explícitas ni están codificadas.

(Bourdieu y Wacquant, 2008:135)

Tal como lo han afirmado Dezalay y Garth (1996:293) al estudiar la mediación en los Estados Unidos y el arbitraje comercial internacional, cada uno de estos ámbitos de resolución de conflictos constituye un “mini-campo caracterizado por sus propias reglas de juego y jugadores”¹. Estos autores sostienen que la definición de cada uno de ellos no tiene que ver con cierta esencia característica sino con el éxito de los agentes participantes para definirlo en determinados términos. De tal modo, esta visión deja de lado conceptos esencialistas en relación a los distintos métodos de resolución de conflictos y, en cambio, pone de relieve la importancia de la construcción histórica de los campos y las posiciones ocupadas por los agentes que en ellos intervienen. Esto mismo buscará resaltarse en esta ponencia, pero en relación a la mediación judicial de accidentes de tránsito.

Este trabajo se basa en el estudio de mediaciones obligatorias en el Centro Judicial de Mediación de Córdoba (en adelante: CJM) en casos de accidentes de tránsito. A partir de los datos obtenidos de la observación de audiencias, de encuestas previas a la mediación y entrevistas posteriores a su finalización, fue posible llegar a la conclusión de que la mediación de accidentes de tránsito es un sub campo dentro de la mediación, donde la configuración actual del campo –esto es: las posiciones que ocupan los distintos agentes, la distribución (cantidad y tipo) de los capitales valorados en el campo, los hábitos que despliegan y las estrategias que desarrollan- determina la existencia de ciertas regularidades propias del campo (entendiendo los conceptos de campo, posición, capital, hábitos, estrategias y regularidad en los términos de Pierre Bourdieu).

En el marco de la mediación judicial en casos de accidentes de tránsito, surgen del corpus de datos dos regularidades que ponen en evidencia las distintas estrategias, posiciones y capitales de los diferentes actores y las luchas entre ellos, esto es: a) el alto índice de incomparecencia o declinación de la mediación por una de las partes y, b) la incomparecencia del asegurado a la audiencia de mediación.

El análisis de estas dos regularidades, que supone poner en tensión las prácticas concretas con relación a ciertos postulados y presuposiciones de las teorías que sustentan la mediación, permitirá ver la importancia de la construcción histórica de la mediación como campo relativamente autónomo y las dificultades que encuentra para “penetrar” (en términos de Marc Galanter) en el sistema jurídico cordobés.

¹ Esta y las demás citas de textos en idioma inglés son traducciones propias.

2. Metodología

El presente trabajo se basa en los datos obtenidos en un estudio de campo de pequeña escala, recopilados mediante un conjunto de métodos. En primer lugar, se observó el desarrollo de nueve mediaciones: seis de ellas versaron sobre accidentes de tránsito, una sobre la cobranza de una deuda de tarjeta de crédito, una por un conflicto por la permuta de dos inmuebles y finalmente una en materia de familia referida al monto de una cuota alimentaria. En total se trató de 13 sesiones, aunque en cuatro de ellas se produjo el desistimiento de la instancia por la compañía de seguro interviniente y en una no compareció una de las partes. Dichas observaciones fueron efectuadas en el Centro Judicial de Mediación de la ciudad de Córdoba, entre junio y agosto de 2011; y se tomaron notas de campo durante todo el trabajo de campo.

Antes de que comenzara la mediación se les solicitó a las partes, abogados y mediadores que completaran un cuestionario con preguntas abiertas y cerradas en relación a sus expectativas y experiencias en mediación, así como sobre ciertos aspectos de la relación abogado-cliente. Posteriormente, luego que finalizara el proceso y sólo con aquellos que estuvieron dispuesto a ello, se llevaron a cabo entrevistas semiestructuradas en profundidad a fin de obtener una detallada descripción y valoración del proceso por parte de los participantes. Se realizaron 13 entrevistas, participando en ellas 8 mediadores (4 de ellos entrevistados en parejas), 4 abogados y 3 actores (uno de los cuales era abogado). Todos los cuestionarios y entrevistas efectuados fueron realizados en las mediaciones de accidentes de tránsito, por lo que las conclusiones de este trabajo –aún cuando no pretenden ser generalizables– deben ser circunscriptas a dicho tipo de conflicto. Todos los datos recopilados fueron codificados y analizados mediante la técnica del microanálisis (Strauss y Corbin 1998; Lofland et al 2006).

Por otra parte, el CJM colaboró amablemente abriendo sus puertas y proveyendo ciertos datos cuantitativos que permitieron encuadrar los datos cualitativos obtenidos mediante los métodos ya detallados.

3. Primera tensión: *mediar o no mediar*, incomparecencia y declinación de la mediación

Al institucionalizarse la mediación debió decidirse si la concurrencia de las partes debía ser obligatoria o voluntaria. Se trata de un asunto de suma importancia en el marco de la mediación por cuanto la voluntariedad es un presupuesto clave de este método alternativo de resolución de

conflictos: son las partes mismas quienes deciden cómo buscar soluciones al problema que les aqueja². En la ley que instituye la mediación judicial en Córdoba, el tema se resolvió del siguiente modo: se establece la obligatoria asistencia de las partes a la audiencia, pero se les concede la opción de declinar la instancia, esto es, que pueden decidir no participar de la mediación expresando tal voluntad personalmente en la primera sesión que se fije. La incomparecencia a la primera audiencia es sancionada con el pago de una multa³.

Este diseño se instaura a fin de preservar la naturaleza voluntaria de la mediación, a la vez que se propiciaba la divulgación del mecanismo en la población cordobesa. Durante la primera audiencia las partes toman contacto con el Centro Judicial de Mediación y con los mediadores, quienes les explican el funcionamiento y potenciales beneficios del sistema. Al respecto, Sebastián –un mediador presente en el CJM desde sus comienzos- expresa lo siguiente:

Mirá esto se hizo –yo que estoy desde el principio-, esto se hizo con el objeto de que las partes conozcan lo que es la instancia de mediación. Que tengan ese contacto con el mediador, que se les pueda explicar cual es el proceso y que se fuera difundiendo esto nuevo. Cuando fue pasando el tiempo y ya en todos estos años esta década para atrás, si vos me preguntás hubo muchas audiencias, hubo mucha resistencia, hubo algunos malos momentos en eso, pero me parece positivo que la gente siguiera viniendo obligatoriamente a la mediación, me parece positivo. (Sebastián, E-M02-M)⁴.

Como puede verse, el propio mediador da cuenta de una tensión al hablar de “resistencia”, pero ¿cuán profunda ha sido esa resistencia? Los datos brindados por el CJM en relación a la cantidad de casos en que la mediación no pudo tener lugar pueden dar un panorama de ello.

De acuerdo a los datos referidos al año 2010, los casos de mediaciones en que alguna de las partes expresó su voluntad de desistir representan el 15% de la totalidad de mediaciones de ese año. Sin embargo, ese porcentaje es considerablemente mayor si nos circunscribimos a los casos civiles de mediación obligatoria, donde en el 46% hubo desistimiento por una de las partes. A ello cabe agregar que, según los informantes entrevistados, el porcentaje es incluso mayor en los

² El tema ha sido largamente discutido en la bibliografía sobre mediación, puede verse, entre muchos otros Menkel-Meadow et al (2005), en igual sentido Highton et al (2004). Respecto a la mediación en Córdoba, el estudio de Bergoglio et al (2005) indaga sobre los efectos de la obligatoriedad en la valoración de los actores del proceso de mediación en los primeros años del CJM.

³ Ley 8858, artículos 18 y 2° y Decreto Reglamentario N° 1773/00, art. 34°.

⁴ El código consignado después de cada extracto de entrevista hace referencia al método de recolección de datos (C: Cuestionario; E: Entrevista), a la mediación en la que el informante participó y su rol en la misma (M: Mediador, A: Actor, AA: Abogado del actor, AC: Abogado de la Compañía de Seguros). Los nombres de los entrevistados han sido cambiados para preservar el anonimato y la confidencialidad.

casos de accidentes de tránsito, por cuanto muchas compañías de seguro tendrían por política no participar de las mediaciones en sus casos.

Tabla 1: Casos civiles no mediados (CJM, 2010, datos no publicados)

Casos civiles de mediación obligatoria	N	Porcentaje sobre la totalidad de casos iniciados	Porcentaje sobre los casos civiles iniciados
Desistimiento	1167	15%	46%
Incomparecencia	387	5%	15%
TOTAL	1554	20%	61%

De tal modo, el 61% de los casos civil que llegaron al CJM en el año 2010 no fueron mediados, sea por inasistencia o desistimiento de las partes. Se trata, indudablemente, de una barrera a la “penetración” de la mediación en la práctica judicial cordobesa. Cabe indagar, entonces, sobre las razones y repercusiones de tal situación para los agentes.

Los abogados de las compañías de seguro, que son quienes usualmente desisten, plantean una serie de reservas en relación a la utilidad de la mediación. Detrás del desistimiento yace una negación de las promesas de la mediación. En palabras de uno de ellos:

Mirá yo lo juicios realmente que, con los que utilizo la mediación son muy pocos (...) porque si yo vengo negociándolo, ir a la mediación a negociarlo no tiene sentido. Pero te explico por qué no tiene sentido: porque además imaginate, vos venís con una persona hablando como viene la negociación... 30, 40, 50, te vas poniendo de acuerdo en los números, no hablemos de responsabilidad, hablemos de los números... Y de repente entrás a la mediación y te ponés a hablar con dos personas que no saben de qué se trata el juicio, no saben lo que es daños y perjuicios... está bien, está muy bueno muchas veces que sea interdisciplinario, que existan, que al lado del abogado haya una psicóloga, porque puede interpretar al actor y puede hacerlo bajar en pretensiones, y le puede dar otra nueva óptica de todo esto. Pero muchas veces, te soy honesto, yo hablo con el abogado y me llevo mucho más, llegamos m... Generalmente los clientes van a hacer lo que dice el abogado, para empezar; ¿cuántos

clientes van a decir en una mediación que sí porque los convenció el mediador y porque el abogado...? Generalmente el mediador nunca va a pasar nunca por encima del abogado, y si el abogado en este rubro que es el que tiene gran influencia sobre su cliente es muy difícil que el mediador le tuerza la voluntad al cliente y no al abogado, ¿no sé si me entendés? (Diego, E-M06-AC)

Como puede verse, primero el abogado habla de la mediación como algo que está a su disposición (es él quien decide cuándo utilizar o no la mediación). Ello, de por sí, sugiere un débil compromiso con el juego: las inversiones son medidas y no se tiene confianza en el capital específico del campo (no cree en la habilidad de los mediadores para contribuir a un acuerdo, para ayudar a las partes a arreglar).

A reglón seguido, a la vez que refuerza su argumento, dirige su ataque a los supuestos beneficios de la mediación en lo referente a la reducción de tiempos y costos del proceso, como así también en lo que respecta a las ventajas para las partes:

Entonces como te digo, mirá: generalmente vienen negociando algo y sentarme al frente de dos persona, que no tienen la menor idea de qué se trata el juicio, muchas veces no saben mucho de daños y perjuicios. Ehh... realmente lo entiendo yo que, particularmente que es una pérdida de tiempo. Te soy completamente honesto, generamos más gastos, ehh muchas veces mareamos más a los clientes, ehh hacen, te tiran algunas opiniones a veces los mediadores.. ojo, es como en todo, abogados buenos y malos, tribunales buenos y malos y mediadores buenos y malos, pero me ha pasado que no me arriesgo... es decir... eh tratamos de manejarlo... (Diego, E-M06-AC)

De tal modo, al ir “manejándolo”, las compañías de seguro y sus abogados renuncian completamente a aceptar la *illusio*⁵ de la mediación y cuestionan la importancia del campo. Así, la mediación termina siendo un mero trámite que cumplir:

Particularmente la mediación ésta bueno, lo tomé como un trámite, porque lamentablemente no tenía ningún tipo de esperanza en que se pueda modificar o que la mediación [pudiera cambiar] algo. Pero generalmente, ehh no me ha pasado nunca –y yo hace cinco años que soy abogado de compañías de seguros- que, o a lo mejor han sido de trescientos juicios que llevo dos juicios que un mediador realmente me cambió el destino de un juicio. Ehhh Realmente no me ha pasado, no me ha pasado. No se si no he tenido suerte o si no he tenido suerte a lo mejor no era justo el momento, la persona y el cliente...porque son muchas las aristas que se tienen que dar. Pero yo creo que generalmente cuando yo he cerrado en mediación ha sido porque yo he tenido la plata o porque le dije bueno ya estamos en

⁵ Bourdieu afirma que cada campo “engendra y activa una forma específica de interés, una *illusio* específica, que es la condición de su propio funcionamiento” (Gutiérrez 2002:47). En sus propias palabras: “La *illusio* es lo opuesto mismo a la ataraxia: es estar preocupado, tomado por el juego. Estar interesado es aceptar que lo que ocurre en un juego social dado importa, que la cuestión que se disputa en él es importante (otra palabra con la misma raíz que interés) y que vale la pena luchar por ella” (Bourdieu y Wacquant, 2008:156).

mediación, lo cerramos ahora. Pero no ha habido juicios en que yo he dicho bueno estamos muy lejos vamos a mediación a ver si podemos llegar a un acuerdo y después [de] trabajar y trabajar hemos llegado a una solución. Me ha pasado, pero en la minoría de los casos. (Diego, E-M06-AC)

Entretanto, los mediadores refutan esta visión; primero, remarcando el hecho de que “la mediación no llegó a comenzar”, resguardando así las promesas de la mediación del subrepticio ataque de los abogados que aducen su no consecución y, segundo, insistiendo en valorar positivamente la instancia aún cuando la mediación haya sido desistida:

Valoro... En realidad no se abrió el proceso de mediación eh pero la gente que... digamos valora el contacto, el que haya gente dispuesta a escuchar, el que se le explique, el conocerse, porque justamente ahí es donde las personas tienen oportunidad de verse la cara, digamos, un trato más humanizado, ¿no? por el contacto humano, no son papeles que los abogados escriben y presentan al juez y ... sino que, el abogado de la compañía tiene que soportar la presencia del damnificado, el abogado de de los mmm digamos que viene con el litigante tiene que contener a su cliente, explicar, digamos se juegan otras cuestiones que no son del orden de lo legal, absolutamente. (Florencia, E-M04-M).

No, no, yo creo que vale la pena, porque por lo menos los abogados por allí entran en algún tipo de contacto extra del que puedan tener en tribunales, la parte actora también ve que hay algún tipo de interés, se me ocurre, de por parte de quien es el demandado de tratar de ver, de arreglar, o en su momento quién tiene la razón o no, o sea que pienso que también tiene sus beneficios, el que asistan a la mediación, aunque sea para desistir. No solamente para zafar de la multa que les aplica a quien no asiste a la mediación, sino porque es, se ve como una –para mí- como una cierta buena voluntad por parte de la otra parte de tratar de acercar posiciones. (Clarisa, E-M06-M).

Yo siempre les explico a la gente, aunque desista la otra parte, les explico por qué bien, cómo, qué podría haber pasado... les pinto también un escenario diferente sobre cómo podría haber sido la mediación. Creo también que esto es producto del aprendizaje, es decir, lo que los co-mediadores decimos entre nosotros, la medida que actuamos ante la gente produce aprendizaje, porque la gente de alguna manera va copiando y nosotros vamos transmitiendo maneras de interactuar/relacionarse ¿no? Este respeto, esta escucha, este no interrumpir, este trato cordial ¿no es cierto? Ehm y respetuoso, ese trato de no juzgamiento a la conducta de la gente hacen que de alguna manera viste que lo vaya internalizando la persona.. suponemos al menos que eso pasa [ríe], eso es lo que esperamos y lo que deseamos ¿no? (Magdalena, E-M04-M)

Muchas veces [dicen]: “no hay instrucciones, no hay instrucciones”. Bajamos y los vemos charlando ahí afuera. Porque muchas veces no quieren pagar los honorarios, pero bueno! La semillita está, está puesta. (Silvia, E-M01-M).

Resulta interesante observar cómo, pese a ser ambos –mediadores y compañías de seguro– jugadores usuales del sistema y que por lo tanto pueden luchar por objetivos a largo plazo y no sólo por ganancias inmediatas (cf. Galanter 1974), esta situación de frecuente declinación de la mediación parece ser asumida por los mediadores como una habitualidad, respecto de lo cual no queda mucho por hacer. Probablemente ello sea así debido al particular desarrollo histórico del campo y a la diferencia de volumen y estructura de capital entre las compañías de seguro y los mediadores⁶.

... las personas que tienen, vienen con expectativas ... todos tiene expectativas de poder arreglar y de que esto se solucione. Pero ante un no rotundo que es un límite ¿no?, bueno es como que no se puede hacer más nada en mediación. (Florencia, E-M04-M).

Distinta es la posición de los demandantes y sus abogados, quienes pese a haber escuchado la enfática negativa de la contraparte a mediar, expresan inquietudes respecto a los motivos que guían a las compañías de seguro y manifiestan cierta expectativa de que los mediadores insistieran con el desarrollo de la mediación, desafiando la rotunda negativa de la compañía de seguros a invertir en el juego.

Fernando enfatiza la importancia de conocer las razones del desistimiento:

Y me parece que las mediadoras podrían haber... si le buscan algún cambio podrían haber presionado más sobre la compañía para ver cuáles son los motivos más o menos en la declinación. Me preguntaba si es una cuestión general digamos que ellos declinan en todos los juicios, política, o solamente en este caso que den un poquito más de explicación porque sino es un mero trámite que... bueno, por eso las compañías lo toman de ese modo. Si a uno lo presionan en ese momento por ahí tendría otro tipo de respuesta ¿viste? Pero es tan liviano el tema, dicen bueno, declinamos pagamos \$100 y listo. Entonces es bastante fácil también para ellos hacer eso. Entonces por ahí si algo pudiera haber sido diferente es eso digamos, que los mediadores que presionen un poquito más para los motivos de la declinación. (Fernando, E-M04-AA)

Más fuerte es la demanda de Pedro, quien cree que los mediadores deberían ejercer cierto “poder convictivo”:

Las mediadoras fueron demasiado rápidas, ‘si no quiere mediar, chau, el que sigue’. Entiendo que tienen que ser rápidas, porque tienen muchos casos, pero yo tengo un interés más profundo.

⁶ Respecto a estas nociones de volumen y estructura de capital, explica Gutiérrez (2002:43): “La primera hace referencia al conjunto de recursos (poderes) efectivamente utilizables –es decir, la suma del capital económico, cultural, simbólico y social–, del que puede disponer un agente o grupo de agentes determinado. La segunda, consiste en formas diferentes de distribución del capital global entre los distintos tipos de capital. Es decir, la especial estructura patrimonial que se constituye según el peso relativo de cada uno de los capitales que la forman”.

Los mediadores debería tratar de atraer a la mediación; tomar lo que dicen las partes. Por ejemplo, yo dije que estaba dispuesto a poner a disposición del abogado de la compañía los testigos; debieron haberse tomado de eso y a partir de ahí intentar presionar para mediar.

[La mediación] no le puso ni le quitó nada; eso pasa en el 99% de las mediaciones, poco hacen los mediadores, por lo menos acá, no tienen toda la capacidad, o no si capacidad, quizás técnica, poder convictivo... le falta bastante para andar acá. (Pedro, E-M06-AA)

La última afirmación parece ser una evaluación de los capitales que poseen por los mediadores. Para el abogado, ni su “capacidad”, “técnica” (capital cultural) ni su “poder convictivo” (capital simbólico) resultan suficientes para hacer que la mediación se abra y “ande”. Esto es, en cierto modo, aceptado por Florencia, quien admite su aprendida aceptación de lo que parece ser una batalla perdida:

Es que hay límites, es decir, uno por la ... con el tiempo, al principio cuando uno recién empieza digamos ehm pareciera ser que bueno, a ver, si tendremos que haber preguntado algo, si tendremos que haber indagado más, o haber dicho bueno a ver ‘porqué doctora no es posible’ bueno, todas estas intervenciones, cuando son compañías, porque acá no se trata de seres humanos personas, son compañías que están en Buenos Aires, ni siquiera están acá, y cuando traen una decisión ehm digamos no es positivo tratar de forzar esto porque hay una decisión tomada de no mediar, porque incluso esta compañía no acepta la mediación, es decir desiste en todos los casos, entonces uno sabe también, conoce a las compañías y a los abogados... (Florencia, E-M04-M).

En fin, el desistimiento (y de modo más fuerte la incomparecencia) son medios por los cuales las compañías de seguro y sus abogados cuestionan y desafían el valor de la mediación; se niegan a invertir⁷ en el juego, rechazan que el juego valga la pena, que merezca la pena ser jugado (cf. Bourdieu y Wacquant 2008:135-136).

La frecuente declinación de la mediación por parte de las compañías de seguro pone en evidencia una estrategia (en los términos de Bourdieu) de las mismas y sus abogados, que dificulta la penetración de la mediación en el sistema judicial cordobés. Esta situación, es el resultado de la disputa por la configuración de un campo que aún lucha por tener cierta autonomía. El estado actual del campo no es producto exclusivo de la conducta de las compañías de seguro y sus abogados, sino que es consecuencia del vínculo entre las posiciones ocupadas por cada uno de los agentes (mediadores, abogados, partes) y la composición y volumen de sus capitales.

⁷ En este sentido se afirma (ídem:158): “Por inversión yo hago referencia a la propensión a actuar que nace de la relación entre un campo y un sistema de disposiciones ajustado al juego que propne, un sentido del juego y de lo que está en juego que implica al mismo tiempo una *inclinación* y una *capacidad* de jugar el juego, ambas por igual social e históricamente constituidas y no universalmente dadas” (remarcado en el original).

Y así como la declinación y la incomparecencia son modos extremos de desafiar el valor del campo de la mediación, la inasistencia del demandado-asegurado a la audiencia es una forma de disputar las reglas del juego.

4. Segunda tensión: *estar o no estar*, la inasistencia del demandado-asegurado

El texto de la ley de mediación de Córdoba (Ley 8858, art. 18) dispone que “Las personas físicas deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderados, excepto cuando resulte imposible por causa fehacientemente justificada, debiendo concurrir con asistencia letrada”. Esta disposición se explica por uno de los principios fundamentales enunciado en el artículo 4° de la ley: la comunicación directa entre las partes. A la vez, la presencia de ambas partes resultar ser un pilar fundamental de la retórica de la mediación, continuamente valorado por los mediadores en sus discursos y por la literatura especializada⁸.

Se afirma, entre otras cosas, que la mediación permitiría alcanzar más y mejores acuerdos por cuanto sería menos costoso y más rápido, pero especialmente porque permitiría a las partes mantener el control sobre sus disputas.

Un valor central de la mediación es la autodeterminación de las partes. La autodeterminación en este contexto significa que las partes conservan el control tanto de su participación en el proceso de resolución del conflicto como en el resultado del mismo. (...) Los mediadores promueven el empoderamiento y autodeterminación de las partes dando el espacio y tiempo para que cada lado pueda contar sus historias y ser escuchados de una manera significativa. (Menkel-Meadow et al, 2005:270)

Además, la mediación supondría tener especialmente en cuenta la relación entre las partes. Por lo tanto, el proceso estaría destinado a mantener y mejorar ese vínculo, una cuestión absolutamente dejada de lado por los tribunales.

En este marco, en el cuestionario respondido antes de que las sesiones observadas comenzaran, todos los mediadores respondieron que la participación de las partes es muy necesaria; y al ser preguntados por el rol de aquellas en el proceso, constantemente hicieron hincapié en la importancia de la autodeterminación y el empoderamiento. Los siguientes extractos ejemplifican esto:

[Las partes] son los verdaderos protagonistas de la mediación. Se espera que vuelvan a apropiarse de su problema y lo resuelvan, no dejándolo en manos de una tercera persona: el juez” (C-M03-M)

⁸ Para un análisis de los beneficios atribuidos a la mediación y el lugar que éstos ocupan en el discurso y las prácticas de los mediadores del CJM de Córdoba, ver Vélez Massa (2011).

Las partes adquieren un rol de protagonismo en el sentido que tienen que trabajar en pos de su propia solución. Se espera que puedan sentirse confiados en el proceso” (C-M04-M)

La mediación es desde otro ámbito, es asumir la responsabilidad que ha tenido cada cual en cómo se va a resolver ese problema que lo incluye; el tema –o yo trabajo así- si la persona no se incluye en el problema, no estamos hablando acá del culpable, sino que se incluya, que el problema es de él, o de ella, y en la decisión de ellos ¿no? está poder resolver esto, no hay mediación posible, entonces sí es mucho más fácil que resuelva el juez. Acá se recibe de sujetos responsables, que se responsabilicen (E-M04-M)

Por otra parte, y como ya se dijo, en sus comienzos la asistencia obligatoria a la mediación también encontraba fundamento en la necesidad de “educar” a los justiciables respecto a los métodos alternativos de resolución de conflictos. La presentación y explicación de la mediación por parte de los mediadores (aún cuando luego las partes renunciaran al proceso) buscaba familiarizar a los justiciables con esta modalidad de resolución de conflictos y así fomentar su utilización.

Sin embargo, aun existiendo estas razones jurídicas y sociales para exigir la presencia personal de todos los involucrados, resulta habitual –en los casos de accidentes de tránsito- que el demandado/asegurado no comparezca personalmente sino que esté representado por su abogado (el abogado de su compañía de seguros). Además, ello no es problematizado por los mediadores ni la contraparte durante la audiencia, sino que se lo asume como normal. Se hace así patente que las reglas de un campo no son actos deliberados de creación, sino regularidades no explícitas ni codificadas (Bourdieu y Wacquant, 2008:135).

Ahora bien, ¿qué posición toman los distintos agentes en relación a esta regularidad propia del campo que se opone a la disposición legal?

En su discurso, como se puso de relieve arriba, los mediadores continúan valorando el encuentro personal entre las partes y la comunicación directa entre ellos. Remarcan la necesidad de dar a las partes la posibilidad de hablar entre ellos, asumir responsabilidades, perdonar, pedir perdón, etc. Sin embargo, actualmente asumen como habitual la incomparecencia de los asegurados:

...vinieron todas las partes. Las compañías de seguro por lo general no traen a las partes, vienen representadas por el abogado... (Magdalena, E-M04-M)⁹

⁹ Resulta interesante analizar como la mediadora, en primer lugar, afirma que “todas las partes” estuvieron presentes, descontando ausencias; y sólo después se rectifica aclarando que el demandado no lo estuvo por cuanto “las compañías de seguro por lo general no traen a las partes”, pero lo hace como una referencia al pasar y asumiendo con total naturalidad lo que parece ser una facultad de las aseguradoras. Vale la pena comparar esta actitud por la asumida por la misma mediadora en una mediación familiar que tuvo lugar ese mismo día en el Centro Judicial de Mediación. En este caso el ex marido no compareció personalmente a la audiencia, sino que lo hizo su abogado.

Algunos -que están ‘desde el comienzo’- recuerdan cuando todavía reclamaban un estricto cumplimiento de la norma:

Y en general, muchas veces pasa eso [que no asista el demandado]. En un principio éramos muy estrictos en que si o si deberían asistir los demandados y por un lado eso hace que – o haría- que realmente los demandados sepan qué clase de compañía tienen, ¿no? (Sebastián, E-M02-M)

De tal modo, aun cuando los mediadores exigían arduamente la comparecencia personal del asegurado, los abogados de las compañías de seguros resultaron victoriosos en la batalla. Actualmente los mediadores se presentan como impotentes ante las compañías (y sus abogados), tal como Ana relata:

Mirá, este es un tema muy importante en la mediación. Nosotros siempre queremos que venga el demandado. Sobre todo en los casos de que cuando hay lesiones bastante graves. Pero bueno, las compañías con esto del poder obvian de traerlo al demandado. Me hubiera parecido muy bueno que hubiera venido el demandado (...) Incluso si uno pide que venga -¿no es cierto?-, queda a nivel de la compañía. Hay veces que hay casos donde hay lesiones muy graves que uno [pide que venga], porque la parte lo necesita. Necesita verlo. Y la parte quiere que le diga que lo sienten y todo, y aún así no han querido traerlos. (Ana, E-M02-M)

Como Ana, algunos mediadores continúan sosteniendo la importancia de la presencia de los demandados. Esto se debe a que no se trata sólo del cumplimiento de una norma, sino que entran en juego diferentes formas de entender los conflictos y la mediación misma. Mientras los abogados de las compañías de seguro ven al conflicto como un asunto puramente económico, los mediadores rescatan los aspectos emocionales o morales de la disputa.

De tal modo, los abogados de las compañías de seguro, remarcan la innecesaridad de traer al asegurado a la audiencia, por cuanto éste no puede decidir respecto a la procedencia o monto de la indemnización¹⁰. Todo lo referente a la posibilidad o no de llegar a un acuerdo son cuestiones manejadas estrictamente por el abogado y la compañía.

Porque en realidad que vaya el asegurado a la mediación no cambia en nada, porque el que termina decidiendo si se arregla o no se arregla no es el asegurado, es la compañía. ... Yo voy a negociar si la

Sorprendentemente, en esta oportunidad el asunto resultó problemático y llevo cierto tiempo de la sesión. La ex mujer, su abogado y las mediadoras reprocharon al abogado del marido su ausencia, debiendo éste explicar las razones que justificaban la incomparecencia de su cliente (un importante viaje de negocios). La marcada diferencia en el modo de reacción de las (mismas) mediadoras en los dos casos da cuenta de las particularidades de las mediaciones de accidentes de tránsito como un sub campo y el carácter negociado de las reglas que lo gobiernan.

¹⁰ Relis (2009) constata argumentos muy similares por parte de abogados de compañías de seguro en casos de mala praxis médica.

compañía lo estima conveniente, no si el asegurado dice que negocie, no sé si me entendés. (Diego, E-M06-AC)

Los mediadores, por el contrario, remarcan la importancia de dar a las partes la oportunidad de comunicarse, de asumir responsabilidad, pedir perdón, etc.

La gente no quiere intermediarios. La gente quiere hablar con quien tuvo el problema. Porque en definitiva la compañía de seguros para lo que está es para, digamos, ponerse a pie en una cuestión de responsabilidad. (...) la parte muchas veces más allá de lo económico le interesa que las personas vengan y le digan: lo lamento, lo siento. (Ana, E-M02-M)

Sin embargo, algunos mediadores comparten el punto de vista de los abogados de las compañías y asumen el asunto como una facultad de esto y resaltan la inutilidad de la presencia del demandado para llegar a un acuerdo (que es claramente entendido en términos puramente económicos). Entienden que “la compañía asume la defensa del demandado entonces prefiere no exponerlo” y eso no influencia “para nada” (Silvia, E-M01-M) la mediación.

Los abogados de los demandantes, por su parte, consideran importante la presencia del asegurado para que tengan conocimiento de cómo está gestionando la compañía de seguro sus causas. Existe cierta esperanza de que –de estar allí– el demandado podría influenciar a la compañía para llegar a un acuerdo.

Hubiera sido bueno que el demandado fuera, habría que haber sabido llevarlo, para buscarle el lado humano a la mediación. El demandado sólo hablaba con la compañía. Si viera a las partes, vería como es la realidad, lo que produjo el accidente, y así se podría sentar con la gente de la compañía para arreglar el asunto. (Pedro, E-M06-AA)

Los actores, por último, toman distintas posiciones: mientras que para algunos no tendría sentido que el asegurado concurra, por cuanto entienden que es la compañía quien debe responder; otros preferirían encontrarse con la contraparte personalmente.

En relación a los asegurados, no fue posible contactarse con ellos para conocer su opinión al respecto. Sin embargo, de las entrevistas surge que los asegurados no son alentados a concurrir por sus abogados. Es interesante hacer notar que los abogados de la compañía, al ser preguntados por los eventuales beneficios de la asistencia del asegurado, remarcan que podría ser positivo el control (por parte del asegurado) sobre cómo se está desempeñando la compañía, mas no recalcan como particularmente positivo una eventual comunicación directa entre las partes. Las diversas concepciones de los conflictos y sus resoluciones quedan así en evidencia.

5. Algunas conclusiones: de campos, jugadores y reglas de juego

Recapitulando, tenemos que en la mediación de casos civiles de accidentes de tránsito se dan dos regularidades: la declinación de la mediación por parte de las compañías de seguro y la inasistencia del demandado-asegurado a la audiencia. Estas circunstancias nos hablan de las particularidades de la mediación de accidentes de tránsito como un sub campo dentro del más amplio de la mediación. A continuación se presentan algunas conclusiones que pretenden echar luz sobre dichas particularidades, sus causas y consecuencias.

a. Construcción histórica del campo: su configuración actual es el resultado de las luchas de fuerza entre las distintas posiciones.

Como todos los campos, el campo de la mediación en el CJM fue construido y evolucionó históricamente. La configuración actual del campo y las reglas que lo rigen resultan del estado actual de las luchas de fuerzas entre las posiciones que ocupan los diversos agentes en este concreto momento histórico. Al decir de Bourdieu y Wacquant (2008:136): “[e]n cada momento, es el estado de las relaciones de fuerza entre los jugadores lo que define la estructura del campo”. De un costado, los mediadores han logrado que se instituya y mantenga la obligatoria asistencia de las partes a la primera audiencia de mediación. Aun cuando los casos de incomparecencia no son pocos, esta medida busca favorecer el posicionamiento de los mediadores en el campo y en su relación con los otros agentes del campo jurídico.

De otro costado, el hecho de que los demandados-asegurados no concurren a la audiencia de mediación no resulta de un acuerdo consensuado entre mediadores, abogados y partes, ni tampoco del cuerpo legal que regula la instancia de mediación. Por el contrario, constituye una regularidad del campo producto de las luchas de fuerza entre las distintas posiciones. Así entendido, salta a la vista el fuerte posicionamiento de las compañías de seguro y sus abogados frente a los mediadores y la parte actora; por cuanto la regla que existe en la actualidad responde a sus intereses. Refuerza esta idea el hecho de que también algunos abogados de los actores, según surge de las encuestas y entrevistas realizadas, consideraban innecesaria la presencia de sus clientes en la audiencia de mediación; pese a lo cual no han conseguido modificar las reglas del juego: los actores siguen acompañando a los abogados en las audiencias de mediación.

b. Las compañías de seguro constituyen “jugadores usuales” en el campo de la mediación y, como tales, han logrado limitar la “penetración” de la mediación.

La obligatoria asistencia a la primera audiencia de mediación fue impuesta a fin de que el nuevo método de resolución de conflictos pudiera llegar a ser explicada y experimentada por los justiciables y abogados, que de otro modo podrían rehusarse a la innovación por no tener conocimiento de la misma (Bergoglio et al, 2005). La actual habitualidad de la declinación de la instancia por parte de las compañías de seguro atenta contra la “penetración” de la mediación en la sociedad y cultura jurídica cordobesa.

Marc Galanter (1974:97) toma el concepto de “penetración” (*penetration*) de Friedman, quien se refiere con ese término al número de actores y esferas de acción que determinada norma efectivamente alcanza. Se relaciona, entonces, con la efectividad de las normas. Galanter sostiene que los *jugadores usuales* tienen más chances de discernir qué normas tiene más posibilidades de “penetrar” y cuáles de resultar meros compromisos simbólicos. Además, afirma el autor, los *jugadores usuales* pueden utilizar sus recursos para asegurar la penetración de las reglas que le sean favorables.

Mediante el desistimiento de la mediación, las compañías de seguro aplican sus recursos en sentido inverso, esto es: dificultan la penetración de la mediación. Esta situación, sin embargo, no puede verse como una consecuencia unilateral de la conducta de las compañías de seguro y sus abogados, sino como el resultado de la construcción histórica de un campo que aún lucha por tener cierta autonomía. Es que sólo el particular vínculo entre las posiciones ocupadas por cada uno de los agentes (mediadores, abogados, partes) y la particular composición y volumen de sus capitales puede explicar la capacidad de las compañías de seguro para frustrar o moldear la mediación, la pacífica asunción de dicha habitualidad por parte de los mediadores y la nula repercusión que tiene el grito de oposición de los demandantes y sus abogados.

c. Como “jugadores usuales”, las compañías de seguro y sus abogados también han logrado moldear las reglas de juego en su beneficio.

Como se vio, la presencia física de las partes -muy valorado por la retórica de la mediación y legalmente exigido- cede ante la facultad que se han alegado los abogados de la compañía de seguros de representar a los demandados; lo que –a esta altura– no es impugnado ni por los mediadores ni por la otra parte en la audiencia de mediación. El carácter de jugadores usuales

(*usual players*; Galanter, 1974) de las compañías de seguros y sus abogados, junto con la débil legitimidad de los mediadores en comparación con la posición histórica de los abogados, llevaron a perder la batalla de la presencia física de las partes, incluso con el texto de la ley a su favor.

La victoria de las compañías de seguros y sus abogados sobre la asistencia obligatoria del asegurado confirma que "los jugadores usuales pueden jugar por las reglas, así como las ganancias inmediatas", y sugiere otra forma en que los que más tienen toman ventaja (Galanter, 1974:100). La distinta posición que ocupan las partes en el campo jurídico, social y económico debe ser tomada en cuenta, ya que aún cuando tanto los abogados de los actores como los abogados de los asegurados consideran innecesaria la presencia de sus clientes en la audiencia, sólo estos últimos han conseguido cambiar las reglas de acuerdo a sus intereses. Esto sólo se explica como resultado de la disparidad en la estructura y el volumen de capital acumulado por las compañías de seguros, que sin duda supera a los de los demandantes.

Por lo tanto, la negativa de las compañías de seguros (y sus abogados) a llevar el asegurado a la audiencia constituye una estrategia desplegada para cambiar las reglas del juego, para alterar el valor dado a la comunicación directa entre las partes, y eventualmente para definir los casos de accidentes de tránsito principalmente como una cuestión económica. De esta manera, las compañías de seguros se introdujeron en el campo de la mediación -pero no para aceptar y reproducir su lógica originaria- sino para cambiar sus reglas, desde que "los jugadores pueden jugar para aumentar o conservar su capital, su cantidad de fichas, en conformidad con las reglas tácitas del juego y los prerequisites de la reproducción del juego y de sus asuntos en juego; pero también pueden ingresar en él para transformar total o parcialmente, las reglas inmanentes del juego" (Bourdieu y Wacquant, 2008:137).

d. La variación de las reglas en cuanto a la comparecencia del asegurado también limita el posible estilo de mediación, esto es: sobre qué mediar, de qué modo, con qué fines.

Como se adelantó, el poder de los abogados de la compañía de seguros llega a tener prioridad sobre el encuentro personal y la comunicación directa entre las partes; dando lugar a una variación en las reglas del campo que tiene influencia en lo que se entiende por mediación y el estilo de la misma. Es que la mediación en accidentes de tránsito, en ausencia del demandado, resulta ser muy similar a la negociación entre abogados, que es tan común en el ámbito judicial. Así, los letrados hablan por sus clientes, cuya presencia no es necesaria; el lenguaje utilizado es

eminentemente jurídico y el tema central lo constituye el quantum de la indemnización, favoreciéndose un monetarización del conflicto¹¹.

Entonces, no son sólo los mediadores ni la ley quienes deciden cómo y sobre qué será la mediación. La importancia de los abogados de las compañías de seguros determinando las reglas del juego, omitiendo traer al asegurado, pone de manifiesto la naturaleza conflictiva, negociada y controversial del estilo de la mediación. En ausencia del demandado, la mediación necesariamente se apartará de un estilo transformador (Baruch Bush y Folger, 1994) o un enfoque terapéutico (Silbey y Merry, 1986) para configurarse como una disputa de carácter económico.

6. Comentarios finales

Entonces que se cerraba la mediación ahí, firmamos y nos fuimos. Entré y salí, no hablé nada, ni siquiera... La verdad que en el sentido con el que yo iba, me fui con una mano atrás y otra adelante, me fui defraudado. (Carlos, E-M04-A)

La literatura en relación a la mediación suele destacar el mayor nivel de participación de las partes en la resolución de sus conflictos, como así también un alto nivel de satisfacción en los usuarios del sistema¹². Podría decirse entonces que la frase citada arriba corresponde a uno de esos usuarios minoritarios que no han tenido la suerte de experimentar una mediación exitosa. Sin embargo, y a pesar de no ser este un estudio cuantitativo ni generalizable, lo expresado por Carlos parece expresar una experiencia común entre aquellos demandantes en casos de accidentes de tránsito que han concurrido al Centro Judicial de Mediación en busca de una resolución a sus casos.

Cabe aclarar que si bien este estudio no pretende indagar sobre los niveles de satisfacción de quienes participan en instancias de mediación judicial, sí busca poner en cuestión la aseveración de algunos promotores de la mediación que arguyen y dan por supuesta la general aceptación de la mediación y su creciente adopción por parte de los justiciables, justificando así, en algunos casos, la expansión de la mediación, ya sea a nuevas áreas del derecho o a un mayor número de casos (instaurando, por ejemplo, la mediación pre-judicial obligatoria o promoviendo la mediación penal).

¹¹ Welsh (2005) resalta el debilitamiento de los principios de autodeterminación y empoderamiento en la mediación a causa de la participación de abogados y jueces, quienes traen consigo las prácticas tradicionales del sistema adversarial, como así también por la fuerte orientación de los tribunales a la eficiencia y la finalización de causas.

¹² En relación a Córdoba, ver Di Pietro (2011).

Las conclusiones de esta ponencia llaman a remarcar la necesidad de un adecuado análisis y evaluación de las políticas públicas relacionadas a la administración de justicia, más aún cuando se fundamentan a sí mismas en sus aportes a un mayor acceso a la justicia y una mayor democratización de la misma. Dicho análisis no debe efectuarse sólo previamente al lanzamiento de una nueva política (como lo fue, en el año 2000, la incorporación de la mediación al Poder Judicial de Córdoba), sino también a través de controles periódicos que contemplen la especificidad de los diversos casos a los que dicha política se aplica (en nuestro ámbito: diferencias entre casos de familia y casos civiles, como podría ser también –dentro de estos últimos- los casos de accidentes de tránsito, el cobro de pequeñas deudas, problemas vecinales, etc.). Consideramos que los estudios empíricos y el análisis de las posiciones ocupadas por los agentes, sus estrategias y capitales pueden echar luz sobre qué está en juego y qué obstáculos y qué ventajas existen para que los diseños de las políticas de acceso a la justicia resulten eficientes, justas y ciertamente democratizadoras.

Referencias bibliográficas

Baruch Bush, R.A. y Folger, J.P., 1994. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers.

Bergoglio, M. I., Barmat, N., Carballo, J., Sánchez, M. y Vilanova, J. L., 2005. “Estrategias de cambio en la cultura jurídica: ¿mediación voluntaria u obligatoria?”. En *Revista Iusta*, 23 jul-dic. Disponible en: <http://co.vlex.com/vid/estrategias-mediacion-voluntaria-obligatoria-42440198>.

Bourdieu, P. y Wacquant, L.J.D., 2008. *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Dezalay, Y. y Garth, B., 1996. “Fussing about the Forum: Categories and Definitions as Stakes in a Professional Competition”. En *Law and Social Inquiry*, 21 (2), 285-312.

Di Pietro, M. C., 2011, “Realidad de la mediación judicial en Córdoba”. En *Revista de la Facultad*, 2 (1), Nueva Serie II, U.N.C., 151-161.

Galanter, M., 1974. “Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”. *Law & Society Review*, 9 (1), 95-160

Gutiérrez, A.B., 2002. *Las prácticas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu*, Madrid: Tierradenadie Ediciones.

Highton, E.I. y Álvarez, G.S., 2004. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Lofland, J., Snow, D.A., Anderson, L., and Lofland, L.H., 2006. *Analyzing Social Settings: A Guide to Quantitative Observation and Analysis*, Australia: Thomson.

Menkel-Meadow, C.J., Love, L.P., Schneider, A.K. and Sternlight, J.R. (eds.), 2005. "Introduction to Mediation". En *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York: Aspen Publishers, 255-275.

Relis, T., 2009. *Perceptions in Litigation and Mediation: Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties*. New York: Cambridge University Press.

Silbey, S. and Merry S.E., 1986. Mediator Settlement Strategies. *Law & Policy*, 8 (1), 7-32.

Strauss, A. y Corbin, J., 1998. *Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, London: SAGE Publications.

Vélez Massa, A., 2011. "La mediación judicial: entre el campo jurídico y el campo de la mediación". En: Zaikoski Biscay, D. y González M. G. (ed.) *Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica: problemas sociales de Latinoamérica: desafíos al campo jurídico*, Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa.

Welsh, N. A., 2005. "The thinning vision of self-determination in court-connected mediation: the inevitable Price of institutionalization. En: C.J. Menkel-Meadow, L.P. Love, A.K. Schneider y J.R. Sternlight (eds.) *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York: Aspen Publishers, 320-321.