

- XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL -

PONENCIA:

**LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA: CRÓNICA DE UN FRACASO
ANUNCIADO**

AUTORES:

Nombre y Apellido: JOAQUÍN COLOMBO¹

Dirección Postal: Calle 27 N° 239 Piso 3° Depto. "A", La Plata (1900), Pcia. De Buenos Aires

Tel.: (0221) 156122134

Correo Electrónico: abog.colombojoaquin@hotmail.com.ar

Nombre y Apellido: MARÍA J. PIEDRALBA BRINER²

Dirección Postal: Calle 66 N° 519, piso 6° Depto. "A" La Plata (1900), Pcia. De Buenos Aires

Tel.: (0221) 156002490

Correo Electrónico: mariapiedralba@gmail.com

Nombre y Apellido: GUSTAVO GERMÁN RAPALINI³

Dirección Postal: Calle 21 N° 658 Depto. 2° "frente", La Plata (1900), Pcia. de Buenos Aires

Tel.: (0221) 156240919

Correo Electrónico: gustavograpalini@gmail.com

ABSTRACT:

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos han sido diseñados como solución a la carga de tareas que demuestra el Poder Judicial, la cual repercute negativamente sobre el sentimiento de justicia de

¹ Abogado de la matrícula; Director Técnico Jurídico de la Dirección General de Servicios Técnico Jurídicos de la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires; candidato a *Magíster* en Derecho Procesal (U.N.L.P.).

² Abogada de la matrícula; relatora de la Subsecretaría de Interior, Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires; candidata a *Magíster* en Derecho Procesal (U.N.L.P.); auxiliar docente con dedicación simple de la materia "Adaptación Profesional - Practicas Civiles y Comerciales", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.).

³ Abogado de la matrícula; candidato a *Magíster* en Derecho Procesal (U.N.L.P.); auxiliar docente *ad honorem* de la materia "Derecho Procesal II", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P.; Docente Adjunto en las materias "Taller de Producción de escritos y Argumentación" y "Práctica Profesional II" de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.D.E.

los ciudadanos. Es preciso, replantearse el modelo impuesto, cuando la realidad no refleja los cambios imaginados. La mediación debe ser vista como un eslabón más del sistema de justicia y no como una mera cuestión burocrática que lo único que suma es una intrascendente etapa más al justiciable.

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN; 2.- CRÍTICAS Y ACIERTOS AL MODELO ACTUAL; 3.- EL SISTEMA IMPLEMENTADO: III.A) EL ROL DEL ABOGADO; III.B) EL ROL DEL MEDIADOR; III.C) EL MATERIAL PROBATORIO; 4.- ALGUNAS CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo, se enmarcará en la temática propuesta por la **“COMISIÓN 1: DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL: IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**.

El desafío en el que constantemente se ve inmerso el Derecho Procesal Civil y Comercial consiste en intentar *aggionarse* a los nuevos conflictos, y las consecuentes exigencias que de ellos se derivan.

En nuestro país y en casi todo el mundo, hay dos preocupaciones centrales de la población: el acceso a justicia y la demora en la resolución de los pleitos⁴.

No resulta innovador sostener que una de las problemáticas sobre la que mayormente se debe trabajar para pretender alcanzar niveles óptimos de eficiencia y eficacia en el servicio de justicia, es la reducción de los plazos procesales⁵; y una de las soluciones que han adoptado las legislaciones locales ha sido la implementación obligatoria de la mediación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

A diferencia de lo que ocurre en sistemas como el chino o el japonés, donde la filosofía confuciana ha estado siempre en la base de la

⁴ LORENZETTI, RICARDO L., “Discurso Inaugural” al año judicial 2013 (26/2/2013).

⁵ MORELLO, AUGUSTO M., “El proceso Civil Moderno. Capítulo 7, Tiempo y Proceso”. Ed., Platense. 2001.

tradicional predilección por la mediación, en los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a los métodos alternativos de resolución de disputas ha sido más reciente y -de cierta forma- menos sólido⁶.

Basta citar como ejemplo a la Nación, o los regímenes de Córdoba, Corrientes, San Juan, Mendoza, Chacho, cada una con sus notas características. Específicamente, la Provincia de Buenos Aires la ha implementado por Ley N° 13.951⁷ y su Decreto Reglamentario N° 2530/10, sumado a las acordadas 3585/12 y 3592/12 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos de Buenos Aires.

En el ámbito bonaerense, sobre el que interesa puntualizar, las razones que -someramente- antes se señalaron, se encuentran en los fundamentos de la propia normativa, la cual refiere al instituto de "mediación", como *"...la conciliación previa obligatoria, cuyo único objeto, es instaurar un medio alternativo de resolución de conflictos, antes que el mismo sea llevado por las partes hasta los estrados judiciales...clara voluntad política de institucionalizar nuevos mecanismos alternativos para la resolución de disputas, que conlleven a solucionar los problemas de sobrecarga de tareas, debido al volumen de demandas incoadas, que soporta el Poder Judicial..."*⁸.

Nos propondremos determinar si el modelo de la mediación prejudicial, con las premisas que ha sido instaurado, es útil considerando el objetivo para el cual fue propuesto, sobre todo en lo que refiere a la actividad probatoria (hoy nula) y su conexidad –no conexidad- con el ulterior proceso judicial, y con la finalidad⁹ que el mismo debe perseguir.

⁶ TARUFFO, MICHELE, "Paginas sobre Justicia Civil", p. 114, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.

⁷ Promulgada el 15/01/2009 mediante Decreto N° 48/09.

⁸ Ver Fundamentos de la Ley N° 13.951.

⁹ La finalidad y función del proceso, resulta un tópico hartamente analizado por la doctrina nacional y comparada. Si bien excede al presente, es preciso determinar que el trabajo sigue la directriz de quienes creemos que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad judicial como aproximación de la realidad histórica y, por ende su función, radica en estructurarse para alcanzar dicha finalidad. No se nos escapa lo espinosa que resulta nuestra posición, toda vez que implica considerar que el proceso en ocasiones debe superar el valladar que implica el principio dispositivo; no obstante, estamos convencidos de que éste no puede soslayar la prevalencia de la finalidad de la judicatura y que la postura asumida no implica violentar garantías procesales. (Se recomienda seguir en este extremo TARUFFO, Michel. El proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana. Capítulo II: "El Problema de la Igualdad de las Partes" Ed. Temis. Bogotá, 2008).

Adelantamos al lector que nuestro análisis, aunque con pretensiones de ser objetivo y aséptico, ostentará un nivel crítico de casi todos los elementos cuyo abordaje se procurará focalizar en referencia al actual andamiaje de la mediación prejudicial, tal y como se encuentra establecida.

Ya inmersos en nuestra modesta propuesta, el centro neurálgico girará alrededor de la seriedad y coherencia del sistema que se pretenda utilizar, y el rol de la persona o funcionario encargado/a de llevar adelante la etapa. Entendemos, esto resulta crucial. Y adelantamos nuestra opinión, en cuanto al desajuste que percibimos en el actual sistema de mediación prejudicial en la Provincia de Buenos Aires y en aquellos que han asimilado idéntica o análoga postura.

Asimismo, la incorporación de medios de prueba preliminar, a petición de parte o aún -eventualmente- de oficio, tendiente a orientar el rumbo de la discusión con parámetros más seguros en cuanto a los hechos cuyos enunciados ya debieron haber sido efectuados (al menos, desde un sentido lato y escueto, pero eminentemente necesario), coadyuvará a obtener el resultado querido; eficiencia y eficacia en la solución del conflicto.

Examinaremos la posible practicidad de utilizar un mínimo de elementos probatorios que se producirían en el ámbito de la mediación y que ciertamente echen luz en el potencial conflicto, dentro del proceso de conocimiento posterior, simplificando así su tramitación.

Para ello, no ingresaremos en discusiones tales como la inclusión de todas las materias consideradas mediables, ni la exclusión expresa de otras, o las que por su naturaleza no son disponibles para las partes y por tanto no pueden constituirse nunca en objeto de la mediación, o aquellas cuestiones que resulten de puro derecho, por cuanto todas ellas gozan de entidad suficiente como para ser desarrolladas en un trabajo exclusivo.

El horizonte estará demarcado por plantear las inconveniencias de una mediación como mecanismo ajeno al ulterior proceso, y la practicidad a los fines de la reforma procesal perseguida de plantear la utilidad de cierta actividad probatoria desarrollada en dicha instancia para hacerla valer en el futuro juicio principal.

Partiendo de la idea de que nos encontramos ante un conflicto cierto y en apogeo, en plena etapa de gestación e incorporación a una estructura

procesal, las posibilidades de encarar la tarea de la resolución de la disputa parece ofrecer mayores posibilidades de éxito.

Pretenderemos concluir que diseñar un mecanismo alternativo de solución de controversias, conexo al proceso posterior desde su faz probatoria, y que a su vez se conjugue con el activismo judicial de todos los operadores judiciales (abogados y jueces), importa proponer una solución certera al problema del retraso judicial –sin implicar por ello una medida que por sí sola sea superadora-.

Aun asumiendo que nuestra idiosincrasia no es afín a grandes cambios, ni a variaciones del *status quo*, estamos convencidos de que nuestra modesta propuesta puede ser diagramada y pensada para convivir con la mayoría de las normas que sustentan el plexo normativo procesal vigente, y que sumados a determinadas y necesarias mutaciones legislativas, vislumbran la viabilidad de la propuesta.

2.- CRÍTICAS Y ACIERTOS AL MODELO ACTUAL

Como hemos referido, no pretendemos replantear el modelo de mediación que la normativa positiva ha delineado, mas sí su finalidad.

Sabido es que los métodos de resolución de conflictos se encuentran profunda y recíprocamente conectados con los determinados y específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican, lejos de constituir sistemas aislados producto de expertos, especialistas o burócratas de turno¹⁰.

Un mecanismo alternativo de solución de conflictos que, porcentualmente¹¹, no tiene una significación destacada en cuanto al eficaz

¹⁰ BERIZONCE, ROBERTO O., "Mediación, Cultura y Valores: Por qué la Conciliación-Mediación 'Valorativa'". Publicado en Civil Procedure Review, v.4, n.3: 3-24, sep-dec., 2013. Dicho autor a su vez remite a CAPPELLITTI M., Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental), en Proceso, ideologías y sociedad, Ediar, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. 34 y ss., especialmente pp. 83-90; DAMASKA M., The Faces of Justice and State Authority... Seguiendo la versión castellana Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, ed. Juríd. de Chile, Santiago de Chile, 2000, passim y CHASE O., Law, culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context, New York University Press, New York, 2005. Seguiendo la traducción castellana de F. Martín Diz, Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, passim.

¹¹ GIANNINI, LEANDRO J., "Mecanismos Alternativos para Favorecer el Acceso a la Justicia en América Latina. La mediación Obligatoria en Argentina". Publicado en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (C.E.J.A.).

tratamiento de las controversias que efectivamente absorbe, deja al descubierto que el vocablo alternatividad representa una mera tautología, pues indefectiblemente el conflicto caerá –casi con seguridad- bajo la esfera del proceso judicial.

Ergo, la mediación, al menos en la Provincia de Buenos Aires, se caracteriza por ser casi un trámite burocrático que se anexa al estadio litigioso propiamente dicho; ha devenido en una suerte de peaje de acceso al proceso judicial.

Siguiendo un orden sistémico (y tomando los puntos que a los fines del presente se consideran mayormente relevantes), comenzaremos por el método de designación -por sorteo- del mediador que intervendrá en el respectivo conflicto¹².

En una primera lectura, entendemos que tal mecanismo contribuiría a la transparencia de la desinsaculación, por cuanto al momento del requerimiento no se sabrá que mediador tocará en suerte, por lo tanto se aseguraría la imparcialidad y evitaría que la parte fuerte (pensemos en los reclamos a grandes empresas) terminen imponiendo a su “mediador de confianza”. Un modelo de selección aleatorio, que además asegure que para que vuelva a intervenir el mismo profesional sea necesario que todos los que estuvieren inscriptos hayan sido designados, parece garantizar la distribución del trabajo y por lo tanto los honorarios que de la participación se deriven.

No compartimos la posición de cierto sector de la doctrina que sostiene que este sistema corre el riesgo de que la intervención recaiga sobre un mediador menos capacitado que otro¹³ y ello afecte directamente la posibilidad de arribar a un acuerdo (por cuanto es requisito que aquel haya aprobado la capacitación para poder ingresar al Registro Provincial de Mediadores y una vez incorporado puede, además, ser controlado^{14 15}.

¹² El Reglamento para la Designación de Mediadores fue aprobado como Anexo I del Acuerdo N° 3585/12 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¹³ Consideración no teniendo en cuenta la aptitud en abstracto del profesional, sino particularmente la materia que sea objeto de controversia. Si bien parecería a priori una argumento vanal, no es menos cierto que en el ejercicio profesional diario, los abogados (aunque nuestro título y matrícula no nos cercenen el campo) nos avocamos a determinados campos de actuación profesional y dejamos otro a un lado; por su parte, el propio Estado se encarga de impartir justicia a través de organismos jurisdiccionales que dividirán sus tareas según competencia y jurisdicción. Por lo cual, en definitiva, el argumento no debe sonar descabellado.

¹⁴ Ver artículos 25 y 27 de la Ley N° 13.951

No obstante ello, existe –o debe existir- un piso mínimo de formación para el correcto manejo del instituto que está –o debería estar- garantizado por las exigencias que el Estado establece administrativamente para la habilitación del profesional en calidad de mediador¹⁶ y por el posterior control que sobre el mismo existe a nivel jurisdiccional o –eventualmente- disciplinario. E incluso, tanto el mediador como la parte requirente y/o requerida, tienen las atribuciones suficientes para ejercer control –o autocontrol, según sea el caso- sobre quien resultare designado¹⁷.

Asimismo, entendemos acertada la exigencia del patrocinio letrado de las partes intervinientes, por cuanto si bien el coloquio negocial debe sucederse entre los justiciables, serán sus abogados quienes deban velar porque el mismo no se incline desfavorablemente para su cliente y deberán colaborar activamente en la instrumentación del convenio marco del potencial acuerdo, en tanto que el mediador es quien –en definitiva- deberá mantener la balanza equilibrada. Cabe destacar esta arista del sistema, debido a que, aunque son minoría, existen regulaciones que establecen que ello no es un requisito *sine qua non* –vg. Chubut¹⁸–.

Nos encontramos ahora frente a lo que consideramos el mayor problema del sistema, meollo del presente trabajo; la falta de conexión de la etapa mediadora previa con el proceso judicial futuro.

Cabe en este punto adelantarnos a lo que será el disparador de nuestra conclusión final, ya que advertimos que la inconveniencia radica en

¹⁵ No obstante lo esbozado, aquellos sistemas que posibilitan al requirente al menos la chance de la elección (unilateral, al inicio) del profesional que mediará en el pleito, permite que aquel sea escogido conforme la congruencia entre su especialización y la naturaleza del conflicto.

¹⁶ El Decreto N° 130/10 designó al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires como Autoridad de Aplicación de la Ley N° 13.951, facultándolo para dictar la normativa tendiente a la implementación, optimización y organización del Registro Provincial de Mediadores, que fue creado por la mentada norma legal. Asimismo, y en virtud del carácter en que fue instituido, la citada Cartera Ministerial fue autorizada para homologar los programas y cursos de capacitación.

¹⁷ Ley N° 13.951. Artículo 28: “Los Mediadores podrán excusarse o ser recusados por las mismas causales que los Jueces de Primera Instancia, no admitiéndose la excusación o recusación sin causa. En ambos casos se procederá inmediatamente a un nuevo sorteo. El Mediador no podrá asesorar ni patrocinar a cualquiera de las partes intervinientes en la Mediación durante el lapso de un (1) año desde que cesó su inscripción en el Registro establecido por la presente Ley. La prohibición será absoluta en la causa en que haya intervenido como Mediador”.

ARTICULO 29: “No podrán actuar como Mediadores en sede judicial, los profesionales que registren inhabilitaciones civiles, comerciales o penales o hubiesen sido condenados con penas de reclusión o prisión por delitos dolosos hasta que obtengan su rehabilitación judicial o quienes hayan sido sancionados disciplinariamente por el Colegio de Abogados por motivos éticos o faltas disciplinarias graves.”

¹⁸ Artículo 7° de la Ley XIII N° 13.

la falta de condicionalidad que la mediación ostenta respecto del juicio ulterior.

Lo que sea objeto de debate, negociación, manifestaciones verbales o hasta aseveración sobre la plataforma fáctica que sea motivo de conflicto, o sobre el arsenal probatorio que se encuentre o no en manos de los litigantes, será -casi intolerable decirlo- ajeno al futuro e inminente debate judicial¹⁹.

Establecer que aquello que suceda en el seno de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos resulte indiferente a lo que luego se discuta en el ámbito del Poder Judicial -máxime cuando dicha instancia resulta de tramitación obligatoria- atenta contra la propia finalidad del sistema, si resolver controversias es lo que efectivamente se persigue.

Con una habitualidad que debería preocuparnos, la audiencia mediatoria se asume con liviandad, sin interés y con sentido –en la mayoría de los casos- dilatorio. Es cierto que en ocasiones aisladas existirán medios de prueba que serán exhibidos frente al requerido y requirente y que posiblemente no asomarán durante la instancia judicial. Actitudes como las introductoriamente señaladas se fortalecen por la falta de sanciones –motivaciones, como contracara positiva- en la legislación vigente. Sobre las ideas instaladas en este párrafo versarán los capítulos siguientes, pero tendrán asimismo consecuencias directas sobre el resto de los tópicos destacados.

Con lo cual, transcurrida la instancia mediatoria, y suponiendo la eventual heterocomposición (o autocomposición asistida) del conflicto, en la jurisdicción bonaerense (al igual que en otras, por ejemplo Misiones²⁰) la exigencia de la homologación del eventual acuerdo de mediación resulta un sin sentido²¹.

¹⁹ Quizás en este punto los operadores jurídicos deberíamos preguntarnos como hacemos (valida y razonablemente) para explicarle a un justiciable que puede hablar tranquilo, hasta mentir si lo desea, o bien ocultar información que tenga, si (total) lo que allí sucede no tendrá consecuencia. Tal esquema conspira contra la naturaleza humana misma. Desafiamos a todos los lectores que sean padres, tíos o bien tengan contacto continuo con niños, a decirles que pueden actuar, decir o hacer lo que les plazca ya que, independientemente de su comportamiento, no tendrán premios ni castigos.

²⁰ Ley N° XII – N° 19. ARTÍCULO 34.- Homologación Judicial. El Juzgado o Tribunal de origen, una vez recibido el acuerdo remitido por el Centro Judicial de Mediación, debe homologarlo sin más trámite, sin necesidad de ratificación alguna. La homologación judicial del acuerdo se hace previa vista del Defensor Oficial, cuando haya intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces comprometidos.

²¹ Sí los tendría, a los fines tributarios.

Ello se corrobora desde –al menos- tres extremos diferentes. Por una parte, bajo ningún aspecto es posible asumir que un Juez ajeno a la discusión entre las partes -motivo del principio de confidencialidad-, puede saber a ciencia cierta si la solución a la que las partes han arribado es justa²², y por lo tanto proceder a la homologación requerida.

En segundo lugar, ante el eventual incumplimiento del acuerdo de mediación arribado, se facilita la solución del conflicto de fondo en la instancia judicial, debido a que aquel se encuentra contenido en el mentado acuerdo intervenido por el mediador (ello sin necesidad de homologación alguna). E incluso, siempre quedará expedita la acción de nulidad por aplicación de los artículos 953 y siguientes del Código Civil²³.

En este punto consideramos que la naturaleza de un acuerdo mediatorio, al no requerir obligatoriamente homologación, no es asimilable a una sentencia (como ciertas legislaciones así lo prevén), sino que debería consistir en un acuerdo dotado de suficiente ejecutoriedad y reforzado a su vez por la intervención del mediador en calidad de funcionario público. Además la no homologación no supone *per se* que la composición no resultó equitativa o justa entre las partes, porque si bien comprendemos la sensibilidad de este extremo, su aseguramiento no depende de la eventual revisión del órgano judicial sino del rol que el mediador debe desempeñar en dicha instancia prejudicial. Finalmente, asiste razón a Giannini²⁴, cuando referencia que existe una inconstitucionalidad latente entre una ley local que exige la homologación de todo tipo de acuerdo transaccional arribado en el marco de una mediación pre judicial y la pauta del Código Civil vigente

²² La “justicia” (no obstante ser quizás uno de los conceptos jurídicos indeterminados más importantes que existan) aparece en cuanto artículo de doctrina y resolución judicial se diagrama, quizás al mejor estilo norteamericano de exhibición cinematográfica de la bandera nacional. En las películas norteamericanas suele verse en alguna escena la bandera de Estados Unidos flamear, circunstancia que lejos de legitimar alguna suerte de patriotismo, es utilizado por los productores ya que reciben beneficios económicos por difundir la insignia patria.

²³ Es oportuno señalar en este punto que, con motivo de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, conforme Ley N° 26.994, las previsiones referentes al objeto del acto jurídico se encuentran contenidas en su artículo 279.

²⁴ Ob. Cit. Pág. 34.

(artículos 837 y 838)²⁵ que impone este requisito en tanto se estuviese ante derechos litigiosos, o sea en el marco de un proceso judicial²⁶.

Finalmente, se destaca la falta de cultura jurídica de los operadores del Instituto de la Mediación; no todas las inconveniencias, o al menos las aquí señaladas, responden a la pobre reglamentación del mecanismo.

Ya instalado el sistema, el profesional liberal, en su mayoría, no se ha (no nos hemos) concientizado respecto de las potenciales ventajas que representa tener una instancia previa para solucionar la controversia que generó el conflicto latente. Por el contrario, este instituto se ha configurado como la excusa legitimada para dilatar el arribo a las soluciones y para generar mayores honorarios de los abogados intervinientes (sumado, a los lógicos emolumentos que el mediador percibirá).

Incluso –en el centro mismo de la diana- con el modelo vigente se le ha otorgado al letrado una nueva herramienta de manipulación del proceso, por cuanto podrá dilatar o acelerar según su estrategia o conveniencia –lo cual agrava el panorama- el inicio de las actuaciones.

Si coincidimos en que una forma muy valorada por el común de la sociedad de mejorar el servicio de justicia es lograr procesos judiciales más rápidos (advertimos el consecuente rechazo a la lentitud de los procesos) e instar a terminar con los procesos interminables²⁷, la mediación así regulada parece ir a contramarcha.

No obstante lo expuesto, consideramos que la mediación constituye una oportunidad por demás relevante para satisfacer la recomposición social que no sólo se encuentra en cabeza del Poder Judicial. Aún cuando ello implique menos rédito económico para los intervinientes, es necesario diseñar un mecanismo que imponga a los profesionales actuantes asumir la tarea con la responsabilidad suficiente y sin dilaciones o actitudes

²⁵ Aquí también es enriquecedor indicar el correlato que dicha pauta encuentra en el nuevo Código Civil y Comercial. Específicamente, en el artículo 1634 se establece que... *“Si [la transacción] recae sobre derechos litigiosos sólo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa...”*.

²⁶ Sin perjuicio de lo expuesto, conviene resaltar la utilidad práctica de contar, hasta tanto se impulse la modificación del sistema actual, con un acuerdo homologado ya que, en este último caso y frente a un eventual incumplimiento de obligaciones pendientes de ejecución, tal pretensión tramitaría a través del carril de la ejecución de sentencia, con todas las bondades que ello trae aparejado para el actor-ejecutante.

²⁷ GUFFANTI, DANIEL BAUTISTA, “Sentencias inapelables por el monto. Interpretación teleológica, funcional y gramatical del nuevo art. 242 del cód. procesal civil y comercial de la Nación”; *El Derecho* [239] - (07/09/2010, nro 12.581), 2010.

inapropiadas que atenten contra la real posibilidad de alcanzar un acuerdo en dicha instancia. En esto, de *Perogrullo* recordar, somos hijos del rigor.

Consideramos que inevitablemente tendremos que replantear el principio de la confidencialidad que rige en materia mediatoria (al menos en la generalidad de los distintos modelos vigentes).

No obstante, fácil es asumir tal tarea cuando los estudios empíricos del caso advierten que, en lugar de cumplir su finalidad de generar un ámbito de confianza suficiente para el diálogo, y en consecuencia mostrarse “desnudos” en la negociación, sólo sirve como medio de *pseudo*-extorción, máxime cuando la parte fuerte del conflicto puede coactivamente presionar por la adopción de un acuerdo, vulnerando aún más la posición de quien por ser la parte débil ya carga con tal estigma.

Pero, discúlpenos la insistencia, la mayor inconveniencia del actual sistema sale a la luz, cuando objetivamente se han recolectado estadísticas que demuestran que el nivel de conflictos conciliados en esta instancia es insignificante frente a la cantidad de procesos judiciales que se inician en igual período.

3.- EL SISTEMA IMPLEMENTADO

El poder estatal debe asumir la necesidad de atender la problemática de la carga laboral acumulada en el Poder Judicial, y todas las consecuencias que de ella deriva, cuestión respecto de la cual ya nos hemos someramente ocupado.

En ese entendimiento, implementó la mediación prejudicial obligatoria, buscando que la controversia en cuestión fuere desactivada por los propios interesados sin necesidad de acudir propiamente a la instancia judicial.

Sin embargo, por el modelo con que fue instalado el mecanismo alternativo de resolución y las reglas elegidas, ya advertimos que su utilización y finalidad ha sido desvirtuada por todos los operadores que -en rigor de verdad- de ella deberían valerse.

Para superar este escenario disvalioso, resulta preciso comprender que los sistemas que sean diseñados deben ostentar cierta conexidad. Advertimos que, siendo que los resultados alcanzados no fueron

satisfactorios a los fines de la descongestión del servicio de justicia, resulta esencial repensar un mecanismo que, en determinadas ocasiones, tenga implicancia en el eventual proceso judicial posterior: “*si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo*”²⁸.

Concretamente, posamos nuestra propuesta estrictamente sobre aquellos conflictos que darían ocasión a los procesos de conocimiento *stricto sensu*, es decir ordinario en el ámbito Federal, y aquel y/o sumario para el ámbito local; es decir, los procesos de conocimiento pleno²⁹.

A fin que nuestra propuesta pretenda tener una razonable viabilidad, -nuevamente- invitamos a repensar la confidencialidad que rige en los procesos mediatorios.

Esta regla de negociación, resulta defendida en la teoría por cuanto permitiría que las partes requirentes y requeridas dialoguen en un ámbito de absoluta confianza, despojados de cualquier inquietud o especulación. Y desde tal enfoque, no parecería estar descentrada su utilidad y/o finalidad.

Pero repárese que la improductividad del mismo aparece, una vez más, en el campo empírico. El bajo nivel de conflictos resueltos demuestran que mantener oculto en instancias ulteriores aquello que sucede en la audiencia mediatoria, no ha sido un incentivo suficiente a los fines del triunfalismo de la mediación como mecanismo alternativo.

Establecer cierta implicancia, por mínima que sea, de la mediación en el ulterior juicio en que ella derive, facilitará el desarrollo del mismo, obligará a un mayor compromiso de los operadores jurídicos, reforzará la conveniencia de arribar a una temprana resolución de aquel, y todo ello conjuntamente se reflejará en un descongestionamiento del servicio de justicia.

Y es que (sepa disculpar el lector nuestro énfasis en este punto) diseñar una estructura de debate donde lo que allí ocurra o el desempeño que las partes lleven a cabo no tenga como contrapartida ulteriores consecuencias valiosas o disvaliosas, se encuentra *ab initio* destinado al fracaso.

²⁸ EISTEIN, ALBERT (14/3/1879 – 18/4/1955).

²⁹ Como sostuvimos al inicio, dejamos fuera aquellas estructuras procesales que se encuentran excluidas expresamente de la etapa que nos ocupa, o bien que sin estarlo su objeto no sea disponible y en consecuencia insusceptible de mediar; o, asimismo, aquellas controversias que confieren a los litigantes la posibilidad de optar o no por dicha senda mediatoria.

Sentado el foco de atención, para un mejor análisis, desarrollaremos ciertos tópicos en particular que consideramos esenciales, destacando la inevitable vinculación que existe entre los mismos.

III.A) EL ROL DEL ABOGADO

Un primer enfoque, a modo de llamado de atención, debería estar situado en la formación misma de los abogados ubicando la lupa ya desde las aulas universitarias. Somos de la idea que el letrado debería tener un nivel de preparación más profundo y serio en el desenvolvimiento y negociación en el campo de métodos alternativos de solución de controversias. Creemos que en este punto estamos en franca deuda con la sociedad.

Ya ingresando en lo que al presente trabajo incumbe y desde el tamiz procesal, la falta de sanciones/incentivos atenta contra el propio sistema mediatorio. El abogado del requirente es quien mayor interés demuestra -o debería hacerlo- a los fines de solucionar el conflicto en cuestión, por cuanto significará alivianar su trabajo, satisfaciendo a su vez los intereses de su cliente.

También es cierto que, en ocasiones, aquél preferirá acceder a la instancia judicial por cuanto puede significarle un mayor monto en lo que a sus futuros estipendios incumbe. Del otro lado, la intención no es muy diferente, por cuanto el abogado del requerido funciona en el entendimiento que el mejor tratamiento del caso es aquel que se dilata en el tiempo. Entiende que la parte a la cual representa se mostrará complaciente en tanto tarde más en afrontar la eventual obligación. La cultura jurídica instalada ha hecho que la lógica de pensamiento se haya invertido en tales parámetros. La idea debe ser la inversamente opuesta³⁰.

Como la cultura es un valor social arraigado, no se modificará por el hecho de plasmar estas ideas en un nuevo texto normativo, sino que dichas pautas deben ser dirigidas a constreñir ese comportamiento querido, en base a parámetros mas o menos razonables en directa relación a como se maneja el grupo social al cual va dirigido. Y la mejor manera de impulsar

³⁰ No efectuamos tales manifestaciones en el sentido de pretender establecer una regla inquebrantable, ni mucho menos cristalizar lo que los autores pensamos en este punto; sino que, por el contrario, se intenta dar una visión lo más aséptica posible, sobre datos objetivos de la realidad.

dicho cambio es por intermedio de la utilización de sanciones y/o incentivos para los profesionales.

No resulta ocioso recordar que no obstante cuando cada vez sean más los puntos en común entre los sistemas jurídicos en general y procesales en particular, no es menos cierto que aún persisten diferencias ontológicas. Y esas diferencias fundamentales no pueden explicarse sino desde un análisis que confronte las diversas culturas jurídicas y que se sumerja en como ellas impactan en cada sistema en particular³¹.

La cultura confuciana -por dar un ejemplo- es desde hace milenios el fundamento de la predilección por la conciliación como método “armonioso” de solución de las controversias, y del correspondiente desfavorecimiento del recurso a los procedimientos judiciales³².

Volviendo a nuestro sistema, y aunque excedería el marco del presente desarrollar las variables de aquellos, creemos necesario mencionar algunas opciones como la distribución de las costas, la reducción de gastos entre la que se encuentra la tasa de justicia (nuevamente se hace presente la inconveniencia de la homologación del acuerdo), la multa por un extremo acreditado en sede judicial y negado en la audiencia de conciliación, la aplicación del principio de preclusión en cuanto a medios probatorios no introducidos oportunamente en la etapa mediadora³³, sanciones por violación a las normas éticas, entre tantas otras.

Será igualmente necesaria que las consecuencias del obrar del abogado, no sólo sean soportadas por sus representados, sino también por ellos mismos, v.gr. como en determinados supuestos en los cuales el instituto de la temeridad y/o malicia, están previstos en las leyes de enjuiciamiento civil provinciales.

III.B) EL ROL DEL MEDIADOR

Es imposible que un mediador al comprometerse con el caso no se inmiscuya en las posibles soluciones del mismo y manifieste las variantes que considera compositoras.

³¹ STÜRNER, ROLF: “Derecho Procesal y Culturas Jurídicas”. Ius et praxis; ISSN 0718-0012 version on line; año 2007.

³² TARUFFO, MICHELE: “Cultura y Proceso”; p. 190. Páginas sobre Justicia Civil. Marcial Pons. Barcelona, 2009.

³³ Algo similar a lo que ocurre en la etapa de *pre-trial* del *common law*.

Si para justificar una decisión jurisdiccional intervienen muchos factores: valorativos, lingüísticos, éticos, empíricos³⁴, tales premisas pueden traspasarse perfectamente al juicio de valor que efectúa internamente el mediador³⁵, sin perjuicio de su disímil tarea.

La teoría clásica de la mediación sostiene que, a diferencia de la conciliación, quien cumple el rol para acercar o asistir a las partes, hasta allí encuentra su límite de actuación. Nunca será un buen mediador, si las partes por sí solas no proponen una solución y acuerdan respecto de las mismas. Su campo de actuación no sería el de un heterocomponedor, sino el de un mero asistidor calificado que colaborará para fomentar la autocomposición.

Pues bien, creemos que tal premisa resulta un enunciado casi imposible de sostener, más cercano a una utopía que a una realidad de nuestra idiosincrasia.

Naturalmente quien media en una negociación entre partes propone –directa o implícitamente- soluciones intermedias y razonables, que posibilitan la solución. De lo contrario, la reflexión del resto de los participantes será que el rol de aquel resultó improductivo. Está en la naturaleza de cualquier persona (hombre de derecho o no) que intervenga en discusiones, esgrimir su posición y hasta proponer soluciones parciales, ya sea que lo haga expresa o implícitamente o bien que, habiendo tomado posición, no la manifieste, aunque surja de su obrar.

Entendemos que el rol del mediador debe ser abiertamente más comprometido, entre otras finalidades para reconocerles el trabajo que entre las sombras desempeñan. Otorgarles la libertad de dicha actuación (proponiendo fórmulas) permitirá que sigan en sus funciones con mayor tranquilidad, y hasta cabe también pensar en la posibilidad de ofrecerles incentivos frente a la composición de la controversia en dicha instancia³⁶.

³⁴ FRANCISKOVIC INGUNZA, BEATRÍZ ANGÉLICA: "La Sentencia Arbitraria por Falta de Motivación en los Hechos y el Derecho".
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf

³⁵ Tradicionalmente, se dice que el juez debe partir de los principios, aplicarlos a los hechos y sacar después las conclusiones. Pero de hecho el juez es un ser humano, cuya mente suele funcionar como la de los demás hombres.

³⁶ Y no por ello podría sostenerse que perdería su imparcialidad u objetividad. Ya que, de sostenerse tal criterio, deberían eliminarse las bibliotecas y producciones de doctrina que sostienen enfáticamente

Además, el mediador tiene que ser experto en Derecho³⁷. Una de las cualidades que tiene que presentar la autocomposición del conflicto, es que la solución y el acuerdo que se aconsejen se ajusten a derecho, lo cual no impide que de ser necesario se acuda a profesionales de otras ciencias.

La única forma de recomponer la paz social entre los individuos es a través de una solución lo más racionalmente equitativa, y la ciencia que vela y garantiza por tales valores es el derecho. Si el arreglo, aun siendo producto de la autocomposición, resulta conforme a derecho, aquellos principios se encontrarán garantizados.

Además, no podemos pasar por alto, que ante un eventual incumplimiento de lo acordado en mediación, la intervención del Poder Judicial sucederá sobre una cuestión que no requiere ser encausada, debido a que se encontrará sobre los rieles que requiere el proceso. El trabajo se allana para todos los operadores, y lo que es más importante aún, la decisión jurisdiccional podrá obtenerse sin tanto trajín judicial.

Ningún rechazo encontraremos por parte del mediador, por cuanto su tarea se verá, indefectiblemente, valorizada.

III.C) EL MATERIAL PROBATORIO

Resulta éste un punto neurálgico en nuestra crítica al actual sistema, y al mismo tiempo, una de nuestras ideas de reforma.

Estamos convencidos que existen determinados elementos probatorios que -una vez ingresados en la etapa previa- tienen que ser utilizados en el eventual proceso judicial. No se trata de un extremo discrecional de la parte requirente o requerida, sino que como todo medio de prueba conocido entre las mismas debe formar parte del juicio.

A aquellas se les exige que se comporten de buena fe en la instancia mediatoria, por cuanto se les asegura que lo que allí se debate no traspasará la puerta, y por tanto no existe motivo para esconder elementos o conocimientos que despejen el camino hacia la composición.

que un magistrado no adelanta su posición sobre el debate fondal de un asunto al resolver positiva o negativamente una medida provisional o de naturaleza cautelar.

³⁷ BERIZONCE, Roberto O., "La Mediación en Transformación: Hacia una Conciliación Mediación 'valorativa'". (La Ley Bonaerense 13.951, de 2009). Revista de Derecho Procesal. Rubinzal Culzoni, , pág, 241-260, 2010.

Ahora bien, igual exigencia debe observarse en todo el *íter* que insuma el conflicto en sí mismo. La buena fe requerida no muere junto con la mediación, la misma subsiste durante el proceso judicial e incluso vivirá luego del mismo.

En ese entendimiento, resulta ilógico permitir a las partes que obren de buena fe en la mediación y muestren todas las cartas con las que cuentan y que luego las escondan a los efectos de aprovechar la “inocencia inducida” del juez.

Resulta obvio que no todos los medios probatorios de los que podemos valernos en el proceso podrán tener lugar en una y otra instancia, pero sí al menos tenemos que reconocer que la documental en poder de las partes debería transitar por los carriles propuestos.

Seguir sosteniendo un sistema en el que, a modo de extorción, una de las partes ejerce su posición favorable sobre la debilidad de la otra, permitiendo luego que niegue lo que antes hubo afirmado, no es más que asentar más la vulnerabilidad³⁸ de aquel y legalizar que no es oído. Por ello, cabe preguntarse: ¿Cuán garantizado está el acceso a la justicia en un sistema de mediación obligatorio como el vigente?

Ergo, es necesario trabajar sobre la conexidad que debe existir entre la instancia mediatoria –administrativa o no- y el proceso judicial, a los fines de la simplificación de la tramitación tendiente a la recomposición de la controversia que se trate, con la consecuente descompresión del sistema judicial.

No menos importante resulta la visión desde la mediación, pues es igual de necesaria la producción de prueba sobre determinados elementos que, por la importancia que revisten en la pretensión actoral y/o resistencia del legitimado pasivo, repercutirían en la posibilidad de desactivar o no prematuramente el conflicto.

Repárese v.gr. en procesos de conocimiento cuya pretensión radique en el supuesto daño que el requirente esboce haber padecido, cuya comprobación (sin perjuicio del resto de los extremos) resulte de un

³⁸ No resulta antojadiza la terminología utilizada, por cuanto la protección del vulnerable se ha convertido en uno de los paradigmas centrales que enarbola el Código Civil y Comercial de la Nación, próximo a entrar en vigencia.

dictamen pericial. No contar con tal medio de prueba en la mediación, incide e impacta directamente en la seriedad que pretenda conferirse al sistema de resolución de conflictos como tal.

IV. – ALGUNAS CONCLUSIONES

Si sumamos todos los extremos que fuimos delineando, veremos que el puntapié de la propuesta que sostenemos radica en comenzar a ver a todas las instancias intervinientes como un sistema conexo.

Un plan general de reforma del servicio de justicia no se integra con esfuerzos aislados y espasmódicos -y mucho menos, dotados de fuertes connotaciones ideológicas-; sino con labores coordinadas en diversas y sucesivas etapas: (a) relevamiento del “cuadro de situación”; (b) diagnóstico; (c) diagramación de propuestas; (d) implementación; (e) seguimiento, evaluación y ajustes³⁹.

Reformular el mecanismo de la resolución alternativa de los conflictos, requiere que el mismo no continúe siendo una simple cuestión burocrática, en la que todo lo que allí sucede muere junto con la instancia. Mantener dicho esquema es reafirmar el fracaso de aquella mediación que no logra la heterocomposición, pues no sólo el conflicto subsiste, sino que además todo el trámite que tuvo curso no sirvió para nada; no produce ningún efecto. No sólo fracasa como mecanismo alternativo, sino que su transcurso es en vano.

Por el contrario, si ante la no composición en la instancia mediatoria, lo que allí se hubiese producido sirviese para retroalimentar el proceso judicial ulterior, se le daría utilidad a una herramienta que en el modelo actual ha demostrado ser harto improductiva. Y en este punto, como ya adelantamos, no cabe confundir esta conexidad propuesta con la homologación sin sentido que se exige en el acuerdo de mediación en el ámbito bonaerense.

Si pensamos en el sistema, veremos que el proceso judicial que se retroalimenta de lo que útilmente se hubiere producido en la mediación, evitará una serie de tramitaciones ya resueltas en esta instancia.

³⁹ BIELSA RAFAEL A., “El concepto de Reforma Orgánica del Servicio de Justicia”, *Cuadernos de Fundejus*, N° 1, p. 2, Bs. As., diciembre de 1993.

Además, los operadores tienen que sentirse atraídos al aprovechamiento de esta instancia, por ello es necesario incentivar la utilización consiente y sancionar su desvirtuación. Dicho comportamiento, a su vez, debe estar acompañado e impulsado por el nuevo rol que debe reconocerse al mediador.

Entendemos, no es más que ampliar la finalidad que encierra la mediación.