

MEDIACION Y REFORMA PROCESAL

La ley 24.573 y su decreto reglamentario
Análisis exegético

OSVALDO ALFREDO GOZAINI

Dedicatorias

A Graciela Susana Rosetti, ejemplo de constancia, empeño y voluntad para superarse de continuo, sin importar tiempos ni contrariedades.

A Alda Beatriz Pascuet, quien me acompañó tanto tiempo en mi vida universitaria.

A Clarisa Leguer y Andrea Alejandra Imatz, y demás integrantes de mi cátedra de "Derecho Procesal", en la Universidad de Belgrano.

.....

Indice general

Capítulo I. LA MEDIACION

1. Introducción; 2. Qué es la mediación; 3. Derecho comparado; 4. Diferencias con otros mecanismos para la resolución de controversias; 5. Objetivos de la institución; 6. El procedimiento de mediación; 7. El trámite en la Ley 24.573; 8. Principios procesales aplicables al trámite de mediación; 9. Formas de la mediación; 10. El perfil del mediador; 11. Dependencia del mediador; 12. Las soluciones hipotéticas de la mediación.

Capítulo II. LA LEY 24.573.

13. Análisis exegético de la norma y su decreto reglamentario.

APENDICE LEGISLATIVO

Decreto 1480/92

Ley 24.573

Decreto reglamentario 1021/95

.....

CAPITULO I. LA MEDIACION

1. Introducción

El 4 de octubre de 1995 se sancionó la Ley 24.573 (denominada de Mediación y conciliación) que "instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio".

A pesar del rótulo anunciado, la norma agrega reformas importantes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que exceden la finalidad propuesta y pueden ocasionar algunas disfunciones que pretendemos esclarecer en estos párrafos.

A estos fines haremos una exégesis del articulado el cual debe orientarse sobre los fundamentos que explican la mediación como sistema.

2. ¿Qué es la mediación?

Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

Esta base superficial tomada de un dato etimológico nos permite ingresar en el modismo prometido por el instituto de la mediación.

La figura se aproxima a la conciliación, pero difiere en la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse ambos sistemas de resolución de disputas.

Cuando Carnelutti sostuvo que estructuralmente eran idénticas, en realidad no decía que las dos tuvieran el mismo objeto, aun cuando el metodológico fuera similar. En los hechos, la idea soporta para sendas figuras la finalidad de pacificación social sin que exista en el resultado sesgo alguno de victoria personal para alguna parte.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predomios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran como fue evolucionando la armonía de la sociedad y como se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Algunos señalan como formas de mediación los procedimientos del popular "Tribunal de Aguas de Valencia" (), además de ingentes variedades tomadas de la conciliación extrajudicial.

Lo cierto es que la mediación, en la forma como actualmente se describe y desarrolla, ha cambiado su fisonomía ancestral.

Se apartó del clásico emparentamiento con la conciliación para lograr un prestigio institucional que repercutió en numerosas legislaciones que pretenden ingresar en su modismo resolutivo.

3. Derecho comparado

Estas maneras de proyectar soluciones desde la autoridad de quien la emite reconoce otros influyentes recónditos, como el remoto juicio bíblico del Rey Salomón, quien luego de escuchar a dos mujeres que mutuamente se asignaban la maternidad de un hijo, dispuso cortarlo al medio con su espada para adjudicar al niño por mitades; ante lo cual una de las madres probables resignó su reclamo, dictando el Rey sentencia a su favor por presunción de verdad.

"Tranch, le conflit", en la clásica expresión francesa; eso es en definitiva la razón de aquellas soluciones. Había alguien victorioso; alguien que obtenía mejores resultados.

Pero en la actualidad la mediación está transformándose; se distancia absolutamente de la conciliación, aun cuando pueda constatarse en algunos sistemas judiciales un emparentamiento que no es tal.

Así, por ejemplo, en Colombia donde se instalan centros de mediación tendientes a disuadir el conflicto o a conciliarlo una vez deducidas las acciones judiciales.

Existen allí tres disposiciones alrededor de las cuales giran las posibilidades de evitar o zanjar la controversia. Son, el artículo 101 del Código Procesal, la Ley 23 del año 1991 y el Decreto 2651 del mismo año. De estos surgen los mecanismos para lograr la pacificación acudiendo las partes voluntariamente, antes del proceso o en su curso, a un centro de conciliación.

Para cumplir con esta finalidad, cuando se está desarrollando el litigio, la ley establece dos sistemas obligatorios para tentar el acuerdo: las audiencias preliminar y de conciliación.

Es importante establecer una clara delimitación entre el alcance de los conceptos que involucran a ambas audiencias por cuanto no es extraño que se consideren sinónimos, cuando en realidad presentan precisas notas diferenciadoras, de ahí lo pertinente de deslindarlos para evitar que se vaya a aplicar la audiencia preliminar en casos donde no se les ha previsto o que se desarrolle tan solo la de conciliación cuando la contemplada es la preliminar ().

La audiencia preliminar, prevista en el art. 101 del ordenamiento procesal se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el saneamiento, la resolución de excepciones previas, la evaluación de los interrogatorios de partes y la fijación de los hechos del litigio.

Por su parte, la audiencia de conciliación está prevista en el artículo 6 del Decreto 2651/91 para aquellos procesos donde no se aplica el acto anterior.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia del juicio, todo lo contrario, la audiencia preliminar dura tres horas ("La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla al quinto día siguiente"), deben estar presentes las partes y sus apoderados, y se destaca la permanente búsqueda para solucionar la crisis. El tiempo dedicado a la conciliación lo torna productivo (tiempo útil) tanto para el mundo reducido pero explosivo de un proceso concreto, como en inversión social. Este mensaje lo recibe la sociedad y prestigia al órgano capaz de conseguir la paz ().

De su parte, los centros de conciliación y de equidad -los más próximos a la mediación- se establecen en distintas entidades públicas y privadas a las que se fijan determinadas condiciones y objetivos.

El Ministerio de Justicia es el órgano de control de estos centros, los que deben realizar las siguientes funciones: a) confeccionar listas de mediadores, requisitos a reunir, trámite de inscripción, forma para designarlos y causales de exclusión; b) tarifas de honorarios y gastos administrativos; c) normas internas de funcionamiento; d) designar director y secretario con atribución de funciones y facultades ().

En estos centros se guarda absoluta confidencia sobre los asuntos donde se involucran. "Las partes podrán solicitar la mediación de manera conjunta o separada, presentando un formulario ante el Centro de mediación que estuviera pactado en el contrato -si así fuera el caso- o en su defecto ante el centro que libremente elijan. Podrán concurrir a la audiencia de mediación solas o acompañadas por su abogado".

"Dentro de los dos días hábiles de la presentación, el centro designará al mediador que se hará cargo del caso y citará a las partes para un día y hora determinados. Llegado el momento de la audiencia, el mediador interrogará a las partes para establecer con claridad los hechos alegados y las pretensiones que ellas fundamenten, para luego iniciar la propuesta de las fórmulas de avenimiento, que las partes pueden aceptar o no".

"El trámite de la mediación puede finalizar de dos maneras distintas según haya o no acuerdo de resolución. En el primer supuesto, termina con la firma del acta que contenga el acuerdo al que se arribó, especificándose claramente las obligaciones a cargo de cada una de ellas. Este documento tiene el carácter de cosa juzgada y habilita su inmediata ejecución. Dado el segundo supuesto, las partes suscriben un acta donde se deja constancia de la imposibilidad que hubo de llegar a una solución".

"Una característica del procedimiento colombiano es que si el acuerdo recae sobre la totalidad del litigio, no habrá lugar al proceso respectivo; pero si fuese parcial, se dejará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias restantes" ().

Finalmente, vemos como evoluciona la conciliación hacia la mediación en estas leyes comentadas cuando se agrega la conciliación de equidad, que procura alentar fórmulas de acuerdo y pacificación a través de diversas organizaciones cívicas pertenecientes a barriadas u organismos comunitarios.

El nuevo Código Procesal Civil de Perú, ha incluido como etapa obligatoria en el proceso la conciliación, después de haber saneado las cuestiones de hecho planteadas en los escritos de postulación (art. 465 CPC). Esta etapa que puede también formalizarse en cualquier estado de la litis -antes de la sentencia de segunda instancia !!!- se convoca a petición de parte o de oficio.

Sostiene el art. 326 que: "Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato

propone la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días".

"Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevara al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma".

"Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el Juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia".

4. Diferencias con otros sistemas para la resolución de controversias

La evolución sufrida en el sistema de mediación facilita encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias.

Con la conciliación se distingue de acuerdo con las modalidades como aquella se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema -aun cuando lo lleva en su destino- sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intra procesal o extra procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un *h litio* de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una perspectiva singular.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

Del arbitraje se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existe grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios ().

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no existen fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se

trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con ,l debemos continuar en relación y convivencia social.

Donde se hallan mayores diferencias es con el proceso judicial. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez, mag• er las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y reci,n allí conocen la m,dula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quienes son las partes porqu,, quiz jam s lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es t,cnica, ,l sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Se precisa el concepto agregando que "en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente, un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide de que uno solo de ellos tiene razón" ().

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena f, que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confianza y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Finalmente, sostiene Entelman, "la mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carece la intervención judicial y arbitral. El mediador puede llevar al seno del conflicto más y mejor información. No sólo información gen,rica sobre la naturaleza de la relación conflictual y las consecuencias de cada una de las conductas de las partes. Puede llevar a ,stas más información sobre el verdadero contenido de sus objetivos. Puede darles mayores conocimientos específicos sobre el conflicto concreto y puede, por ende, en sus di logos independientes o conjuntos con ellas, conducir las hacia un cambio de percepción, condición indispensable para un cambio del contenido de las pretensiones, es decir, para un cambio de objetivos que permita una resolución de naturaleza ganador-ganador" ().

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema se encuentran condensadas en los puntos siguientes: a) es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; b) es flexible, gracias a su

relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas; c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte; e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos; f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación; g) comparativamente con el proceso judicial, es reducida en sus costos; h) de igual manera, es reducida en el tiempo ().

5. Objetivos de la institución

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón ().

Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas viables a los conflictos entre los hombres.

¿Es un cambio de cultura? creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo.

Hay en todo el sistema una estructura flexible de procedimiento, que disuade los formalismos priorizando la comunicación libre entre pensamientos encontrados; esa actitud de apertura mental tiende a descubrir la visión productiva del conflicto ().

En este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el aflojamiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial, encuentra en los abogados otro enfoque y objetivos en la misión mediadora.

Bien señala Berizonce que el profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; "debe" procurar componer el conflicto antes de pleitear; ha de perseguir la composición conciliadora; "habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias" ().

La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte.

Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo ().

La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaja le indica las respectivas conveniencias del obrar.

6. El procedimiento de mediación

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto como si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable.

El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas ().

El informalismo circundante determina que sólo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan ().

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo (Vgr. plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades.

Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto.

En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Ha dicho la Dra. Gladys Alvarez que "la confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de pr ctica que se indague en los motivos por los cuales se arribó al mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ,sta debe ser respetada" ().

Pareciera ser ,ste uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, el cual, inclusive, podría estar suscrito entre partes y mediador como una especie de acuerdo formal tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

No obstante, como el mediador tiene deberes públicos que proteger y cumplir, podría ser relevado de guardar el secreto cuando tome conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de ,l, o de la tentativa o comisión de un delito que d, lugar a la acción pública".

Por su parte, el art. 11 de la Ley 24.573 establece que "las actuaciones ser n confidenciales. El mediador tendr amplia libertad para sesionar con las partes, pudi,ndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad...".

La t,cnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema.

En efecto, en la tarea compositiva tendr que situarse en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Despu,s, corresponder eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, ser preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desentrelazadas.

La seriedad del problema quedar enfocada en el halo de luz preciso, dejando en zonas grises lo perif,rico que, por lo general, son los alimentos comunes del r,gimen judicial.

En los supuesto que la comunicación entre las partes resulta difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, logrando con ello, la comunicación necesaria.

"Por otra parte -se agrega-, el mediador debe lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra persona. En la mediación se emplea mucho tiempo induciendo a la gente a escuchar los argumentos de la otra parte, por lo que específicamente en esta rea deben estar objetivamente asesorados" ().

Otros autores, tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de Estados Unidos, sostienen que el proceso tiene usualmente seis etapas: 1) contactos iniciales entre el mediador y las partes, 2) ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiar n el proceso, 3) obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda, 4) creación de alternativas de solución, 5) evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieran las partes, 6) conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento ().

7. El tr mite en la Ley 24.573

Señalamos reci,n que no es preciso dotar al sistema de un procedimiento ritual, bastando que se ofrezcan líneas de conducción administrativa.

No obstante, la Ley 24.573 articula un procedimiento muy preciso, casi metódico, que por su casuismo introduce algunas cuestiones difíciles de esclarecer si no es trav,s de la experiencia que el tiempo y el desarrollo pueda brindar.

El art. 4º dice:"El reclamante formalizar su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecer n por la vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se proceder al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entender en la litis".

En los tres días siguientes el interesado deber notificar al mediador sobre el contenido y alcance del conflicto, a cuyo efecto, aqu,l, apenas informado, "...fijar la fecha de la audiencia a la que deber n comparecer las partes..." (art. 6).

Ambos litigantes podr n tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones (art. 7).

El plazo para la mediación es de sesenta (60) días corridos a partir del emplazamiento a la parte accionada o al tercero requerido, salvo en los casos de procesos de ejecución o juicios de desalojo que se abrevia a treinta (30) días (art. 9), o el acuerdo entre partes que permite ampliar el plazo vencido.

No se prev, un número determinado de audiencias, de manera que pueden ser tantas como necesarias mientras corra el t,rmino antes dicho.

8. Principios procesales aplicables al tr mite de mediación

Se destacan inmediatamente en la evolución del instituto, principios procesales que operan a pleno en el desarrollo del procedimiento de mediación.

La celeridad resulta quiz una de las bondades m s evidentes, si tenemos en cuenta el breve tiempo que insumen las tratativas de solución.

La mediación prevista en el Decreto 1480/92 se inserta en un grupo m s amplio de medidas tendientes a la "gran" reforma judicial argentina, y en ,stas, el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene pensado el r,gimen alternativo en el artículo 310 apartado B, por el cual se indica que "el Juez podr disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días".

También el estudio de los profesores Carlos J. Colombo, Raúl A. Etcheverry, Julio Cueto Rúa y Hector G. Umaschi, de reformas al derecho adjetivo ha previsto en el anteproyecto de Código procesal civil, comercial y laboral de la Nación, un libro completo (Libro VI) denominado <<Procedimientos alternativos de resolución de conflictos>>, que trata en el Capítulo I sobre la mediación (arts. 766/776), en el capítulo II sobre el tercero neutral (arts. 777/784) y en el capítulo III sobre el proceso arbitral en tres secciones: Juicio arbitral; pedidos de transformación de los procesos de conocimiento en arbitraje, y arbitraje laboral.

El anteproyecto, que tiene estado parlamentario, se encolumna tras el sistema de conciliación y mediación implementado por la ley 24.573.

En los Centros de Mediación norteamericanos los reclamos se resuelven en una o dos audiencias que no toman más de tres semanas con un desarrollo aproximado de hora y media por acto celebrado.

Algunas estadísticas señalan que sobre 4.000 pleitos un 82% logra conciliar ().

El principio de economía procesal luce en el cuadro sus perfiles más eficientes. No sólo por la economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además por la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a la mediación, o por los gastos y honorarios que eventualmente signifique.

La rapidez aparece nuevamente otorgando una gran eficacia al servicio prestado, aun cuando no hubiera logrado el acuerdo, jamás su trámite puede ser absolutamente inútil.

La informalidad es otro de los beneficios que reporta. Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial, lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso, como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía, trae un nuevo contingente para alentar el uso de la mediación.

También promedia una ética de la mediación a partir de la confidencialidad del sistema y del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentar armonizar el conflicto de partes. Estos, a su vez, al admitir la colaboración del mediador, saben que no podrán argumentar las "confesiones" recíprocas del procedimiento cumplido si, eventualmente, se frustrara la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto común.

Finalmente, a nadie escapa que a través de la mediación se decongestiona la actividad judicial liberando a los jueces de tareas que otros muchos realizar con mayor seguridad y eficacia.

9. Formas de la mediación

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza del mismo condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos o casi todos los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación, sin embargo, en la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando: "a) en el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante; b) las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento; c) no existe una gran disparidad de poder; d) la causa del conflicto es la mala comunicación; o e) cuando existen cuestiones técnicas muy complejas..." ().

La pauta esta dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos: 1) la mediación patrimonial y 2) la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente a grupos sociales (v.gr.: empleado de una corporación; alumno universitario; etc.), entre otras posibilidades.

La mediación patrimonial opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etc., pero quedar en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse ().

La mediación familiar, aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenece las soluciones que alcances, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

La mediación familiar -sostiene Waigmaister- "es la alternativa al litigio ya que está basada en la activa participación de los involucrados para resolver sus propios problemas y encontrar una solución entre ellos y para ellos" ().

Se proyecta también como herramienta de prevención de otro tipo de conflictos familiares, como la violencia doméstica o el abandono de hijos.

Al respecto Gladys Alvarez sostuvo que era indispensable tener presente que cuando apareciese el componente de violencia en forma potencial o manifiesta, sería necesario efectuar distinciones en el tratamiento aplicado de la mediación, toda vez que difería el enfoque según fuera violencia entre esposos, hijos, ancianos, incesto, etc. Cada categoría merece una consideración particular y aspectos que han de indagarse cuidadosamente. "Obviamente, ni todos los casos, ni todos los individuos con problemas familiares son aptos para la mediación, más aun en los casos de violencia doméstica" ().

10. El perfil del mediador.

Se enumeran como necesarios e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una serie intención de ayudar; f) habil para la comunicación; g) imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones; q) conciliador; r) eficaz; s) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto ().

De suyo, estas habilidades se logran a través de una probada capacitación que no significa cubrir solamente aspectos psicosociales y jurídicos, al requerirse también el manejo de computadores y experiencia en administración (art. 10 del Reglamento de Mediación).

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende técnicas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos.

El entrenamiento del Mediador reporta una utilidad adicional desde que la idoneidad se complementa con la experiencia de años lograda sobre la materia.

11. Dependencia del Mediador.

La Mediación como instituto válido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria, debe responder a un interrogante previo. ¿Cómo se debe implementar la figura? y en su caso, ¿requiere de alguna dependencia?.

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas, corresponde ahora ver quien se encarga de llevarla a cabo para resolver el problema que significa descifrar si el arbitraje es o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Recordemos que ninguno de estos sistemas alternativos puede ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos un proceso; porque la jurisdicción es antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogmático ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica, pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si pensáramos que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en base a un procedimiento libremente acordado, confundiríamos el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; sólo aconseja, acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos pero con puntos de coincidencia que liminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

La practicidad de su desenvolvura admite, en consecuencia, no adscribir para ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en Estados Unidos de América donde existen más de 650 compañías dedicadas a la solución alternativa de disputas ().

¿Privatización de la justicia?, puede ser, pero si el destino final no es resolver haciendo justicia, sino acordando modalidades donde confluyen voluntades antes enfrentadas, no vemos porqué, tenga que hablarse de la justicia allí donde el problema es otro.

En todo caso no existe más justicia que la que tiene aceptada el consenso unánime de la sociedad, y por eso podemos hablar de un derecho a la desobediencia, o de una resistencia a la opresión.

La justicia individual que no trasciende el espacio que las mismas partes concretan no tiene que estar necesariamente unida a la participación de la jurisdicción como Poder Estatal.

Ahora bien, aceptada esta tesis, resta considerar cómo se implementa, porque, si la Mediación nace desde la iniciativa oficial para insertarla en la sociedad a través de mecanismos posibles, habrá que observar de qué forma se llega y como se involucran los aspectos institucionales respectivos.

En definitiva, es el problema del Decreto 1480/92 que al resolver por decreto presidencial, el interés del Estado en la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos (art. 1), estableció en el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina la obligación de formular proyectos legislativos (función natural y propia en un sistema de colaboración en el ejercicio del Poder), y dictar normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución (función esta de significativa importancia para evitar mortificaciones de los otros poderes -judicial y legislativo-).

Que el Cuerpo de Mediadores funcione dentro del ámbito del Ministerio de Justicia no apareja problema alguno, mientras la tarea sea independiente de la que actúa el Poder Judicial a través de sus jueces naturales.

Pero si el sistema se entromete en el proceso, aun ofreciéndole una herramienta válida y probadamente eficaz, será menester considerar el medio por donde ingresa y cómo llega a instalarse.

Es decir, al juez se le puede ordenar por ley -ex post facto- que utilice la mediación en aquellos procesos donde entienda auspiciosa su participación (Vgr. Anteproyecto de Reformas al Código Federal); también un decreto podría generar consecuencias procesales de recepción

inmediata (V.gr: suspensión de procesos contra el Estado, etc.); o una resolución ministerial acercar ideas para solucionar cierta crisis manifiesta en otro órgano de poder.

La colisión est cuando el Poder Judicial recibe implementado el mecanismo y los jueces interpretan que resulta injerencia en el mbito de sus poderes y facultades.

La C mara Nacional Civil en su acuerdo del día 14 de Octubre de 1993, debió decidir el pedido del Ministerio de Justicia para designar juzgados de familia y patrimoniales donde realizar la experiencia piloto.

Se observa en el debate la pol,mica que planteamos para el estudio. Algunos jueces estimaron que la forma como debía obrar el mediador significaba vulnerar el núcleo de atribuciones que el código procesal le asigna. Por ejemplo, las facultades de conciliación; sosteni,ndose que, de acuerdo con la instrucción ministerial mencionada, y ante la falta de ley de mediación expresa, cualquier juez podría desligarse de sus deberes haci,ndolos cumplir por otra persona que, precisamente, no depende del Poder Judicial.

En tal dirección se agregó que "el cuerpo de mediadores debe salir del rea del Ministerio de Justicia e ir a la órbita del Poder Judicial para los supuestos de mediación judicial como ocurre con cualquier experto, pues el mediador es un conductor del proceso pero pi,nse por analogía en el Juez americano que no dicta sentencia porque tiene un jury y sin embargo es el conductor del proceso el que lleva el procedimiento dentro del juicio y pi,nse tambi,n en el poder que tiene ese juez y de la seguridad que lo rodea. ¿Qu, seguridad existe en que los mediadores van a conducir el proceso sin alterar la igualdad de las partes?. La Justicia a trav,s de sus órganos es la que debe determinar los requisitos que los mediadores deben reunir".

La presencia del mediador fue tomado, inclusive, como un rol del ejecutivo a trav,s de funcionarios por ella capacitados dentro de la limitación exclusiva y excluyente de un poder independiente.

Lo cierto es que el temperamento opositor al proyecto no tiene m s argumentos que el temor de los jueces a perder un espacio que nunca ejercieron eficazmente: la conciliación, la pacificación estricta sin necesidad del sofisma sentencial.

Lo hasta ahora expuesto respecto a la metodología de actuación del mediador releva de mayores comentarios, al estar justamente fuera del proceso su actividad central.

No sustituye ninguna función jurisdiccional, solamente coadyuva en la búsqueda de soluciones factibles y opina sobre conveniencias. Pocas veces sugiere o recomienda, apenas acerca intereses opuestos con el consejo autorizado de su experiencia e idoneidad.

Tales actitudes, supuesta presencia y mecanismo de participación, no importan injerencias extrañas en el proceso; menos aun de roles contrapuestos con la independencia entre poderes.

No hay agravio a investidura alguna, sino un complemento útil a la eficacia del servicio de pacificación entre los hombres que en parte alguna se reserva al dominio exclusivo del Poder Judicial.

El debate parlamentario de la Ley 24.573 reiteró la pol,mica. El dictamen de minoría en el Senado de la Nación, al respecto, fundamentó que la obligatoriedad de la mediación contraría una de las características fundamentales de la institución cual es la voluntariedad. Al respecto, debe suponerse que si no existe en las partes una "voluntad negociadora" dispuesta a ceder pretensiones a cambio del reconocimiento de otras por la contraparte, no habr mediación posible. Es m s, la obligación de las partes de exponer sus pretensiones a un tercero y de "soportar" todo el tr mite de una mediación que no est n dispuestas siquiera a considerar y menos aún a aceptar, sólo dilataría la intervención judicial, cuestión de vital importancia ya que en modo alguno puede restringirse al justiciable su acceso a la jurisdicción ...[.]...P rrafo aparte merece el car cter intervencionista del proyecto dado por intromisiones injustificables del Poder Ejecutivo en el Judicial. De la simple lectura de su articulado, aqu,l refleja que todo lo relativo a la persona del mediador queda en manos del Ministerio de Justicia. Ya en el artículo 1ø se dice "que las partes quedar n exentas del cumplimiento de este tr mite si acreditaran que antes del inicio de la causa existió mediación ante

mediadores registrados por el Ministerio de Justicia", vale decir que ni siquiera es posible evitar el trámite de la mediación obligatoria demostrando que se intentó, sin éxito, evitar el pleito, por ejemplo, a través de un intercambio postal o telegráfico entre las partes y sus letrados, o que hubo reuniones previas entre ellos.

En la exposición del miembro informante (Senador Jorge J. Cendoya) se dijo también que el proyecto no solamente violentaba el principio básico establecido en la Constitución Argentina de la división de poderes, y el mismo art. 109 que prohíbe al Poder Ejecutivo entrometerse en el conocimiento de causas judiciales, sino también, fundamentalmente, al artículo 18 que consagra la garantía inmediata de acudir a la jurisdicción para dirimir las cuestiones entre partes.

Iguals críticas, aunque variando argumentos, el senador Romero Feris sostuvo que se estaba frente a un proyecto "teñido por la ambición acaparadora del Poder Ejecutivo".

12. Las soluciones hipotéticas de la mediación

No existe una mediación pura que catalogue los resultados sobre la base del modo como interviene el tercero decisor. Son variadas las resonancias que obtiene de acuerdo con las materias sobre las que trabaja y las personas que entrevista.

Citamos ya que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo; etc., pero también, la mediación puede utilizar las demás formas resolutivas de conflictos, en cuyo caso, la formulación final acepta estas posibilidades:

En la mediación ordinaria, el funcionario da una recomendación que puede traducirse en las bases de un acuerdo.

De no conseguir ese término consensuado, puede emitir opinión a título de dictamen que no resulta obligatorio para las partes.

También, los interesados sometidos a dicho dictamen, pueden acordar la obligatoriedad del mismo.

Una variación del tema se proyecta en la mediación por el ombudsman, que a través de su forma metodológica investiga problemas singulares de la sociedad, aconsejando a los organismos públicos para que tuerzan o corrijan los desvíos administrativos que provocan la crítica del ciudadano.

Finalmente, se puede mediar a través de técnicos o expertos neutrales, sobre cuestiones que requieran una capacitación especial.

CAPITULO II: LA LEY 24.573

13. Análisis exegético de la norma y su decreto reglamentario

Disposiciones Generales

Artículo 1º Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio la que se regir por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

a) Carácter obligatorio

Una de las características más importantes que tiene la mediación consiste en la confianza que las partes obtienen sobre un sistema que les permite aligerar su carga de tensión, eliminar cierta animosidad hacia la contraparte - a quien se deja de observar como adversario-, logrando despojar la enemistad para convertirla en un medio de acercamiento y pacificación.

Como la "confianza" no se impone, parece insostenible tolerar la obligatoriedad dispuesta por la ley.

Es este uno de los puntos de mayor fricción y resistencia por los operadores jurídicos - jueces y abogados, especialmente-, los que se reflejan en el debate parlamentario.

En efecto, sostuvo el senador Cendoya (en la exposición como miembro informante del dictamen de minoría) que "la mediación debió haber sido voluntaria y, en todo caso, en la órbita del Poder Judicial, cuyas facultades aparecen violentamente desconocidas en el proyecto que estamos considerando y que ha merecido críticas de todos los sectores".

Entre las que cita conviene recordar lo manifestado por la Asociación de Abogados cuando expresa que "...debemos advertir sobre proyectos de reformas del derecho adjetivo, que prevén su incorporación (de la mediación) con el carácter de obligatoria y como previa a todo juicio, contrariando una de sus características que es la voluntariedad y limitando la oportunidad de la gestión al momento previo a la litis...[.]...Cualquier tarea que no sea la de proponer a las partes soluciones posibles para que éstas decidan, implica desnaturalizar el instituto...[.]...y a nuestro juicio, la sanción de esta ley no va a contribuir a la realización de la paz por intermedio de este servicio metajudicial, sino a incrementar la litigiosidad".

Fue notoria también la disidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al estimar que era compulsiva la puesta en marcha del proyecto ().

La doctrina, aun quienes respaldan la mediación, se opusieron a la obligatoriedad; algunos indicando que era una forma de compeler a las partes contra su voluntad provocando, quizá, una consecuencia nefasta para el instituto (); otros resistiendo la "no voluntariedad" () al operar como un contrasistema.

Con más dureza se ha dicho que "el desprestigio o <<aborto>> de la mediación, como se la ha pergeñado, dependerá de lo que se haga de ahora en más, pues la ley, basada en el <<proyecto Barra>>, no tiene como finalidad la implementación de un método alternativo de resolución de conflictos ampliamente acreditado, sino que sólo se busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos esenciales: el impartir justicia, tal como se hiciera en otras áreas como salud, educación, seguridad, etc....[.]...Es necesario señalar que el sistema creado (obligatorio previo a todo juicio) no tiene parangón en el derecho comparado, por lo que sólo se lo podría definir como <<criollo>> utilizando la calificación vertida por William E. Davis" ().

Lo cierto es que el sistema se estableció, bajo el simplismo de sostener que debía ser obligatoria la instancia de mediación porque, "...si lo hacemos voluntario, evidentemente al no existir esta cultura, poco podemos decir de la eficacia que va a tener este procedimiento. Debemos enseñar cuál es el camino a seguir sin que esta obligatoriedad se interprete como una violación al derecho de defensa en juicio, porque muchos también van a decir que al ser obligatorio, evidentemente, lo estamos sacando de la jurisdicción normal y, en consecuencia, está siendo violado su derecho de defensa en juicio" ().

En Diputados el argumento se presentó como "incentivo de la obligatoriedad... a fin de que también sirva a otro objetivo que se persigue, consistente en disminuir los pleitos y el trabajo que pesa sobre el Poder Judicial" ().

Se agregó que "...el proyecto resuelve el primer problema con la obligatoriedad de la mediación, pero admitiendo que se trata de una promoción cultural por llamarla de alguna forma..." ().

Con mejor fortuna se explica que "la mediación obligatoria con carácter tan generalizado como se la incluye en el presente proyecto no tiene antecedentes en el derecho comparado. No obstante, se justifica la adopción del sistema, dado el fundamento de emergencia judicial que se aduce, con calidad de procedimiento temporario hasta que se sancionen nuevos Códigos Procesales que contemplen la figura definitiva" ().

Nosotros vamos a cambiar el ángulo de observación de esta política que parece focalizar, exclusivamente, el problema de si existe injerencia o no del Poder Ejecutivo en el Judicial, y si promedia con ello una instancia previa perjudicial para el acceso a los jueces.

Debe diferenciarse la cuestión del "acceso a la justicia" del "acceso a los jueces", o dicho en otros términos, no es el mismo interrogante resolver si un trámite anterior a la traba de la litis, o para formular la demanda, constituye un obstáculo para el acceso irrestricto a la justicia (V.gr.: la famosa polémica sobre el reclamo administrativo previo; o el depósito de capital, intereses y costas para la admisión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la pcia. de Buenos Aires; etc.); respecto del otro acceso, vinculado con la eficacia de la justicia, en el cual, se pone al servicio del justiciable una serie de medios y de funcionarios para que vinculados procuren alcanzar un resultado satisfactorio a sus respectivas pretensiones (V.gr.: puede ser a través de la conciliación, la transacción o la misma sentencia).

Si el beneficio es para las partes, no vemos posible cuestionar las bondades de la mediación, aun cuando se imponga como un procedimiento previo.

Esta distinción fue formulada hace mucho tiempo ya por Cappelletti en aquel ciclópeo trabajo que se dió en llamar el "proyecto florentino sobre el acceso a la justicia" (en el que trabajaron más de un centenar de juristas, sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos e historiadores, que después de cinco años, publicaron la obra en 1979 que consta de cuatro volúmenes en seis tomos).

Cuando el discípulo de Calamandrei abordó el tema, sostuvo que existían evidentes ventajas para las partes y para el mismo sistema judicial si los conflictos se solucionan extrajudicialmente. "La actual congestión de los tribunales y el costo excesivamente alto de los juicios pueden ser los motivos para que un procedimiento gil, como es la conciliación, beneficie de especial manera a las partes" ().

La diversidad de medios, nuevas formas y alternativas para resolver conflictos, son de suma importancia ante una sociedad menesterosa de una justicia efectiva, hoy sobrecargada de tareas, muchas de ellas no específicas.

Pero debemos tener cuidado que la aparición de posibilidades judiciales o extrajudiciales que ofrecen soluciones a la controversia, no dispersen la competencia natural que deben mantener los órganos jurisdiccionales.

Quiz más que un problema de "acceso a la justicia" nuestra sociedad padezca una crisis de confianza al sistema, circunstancia por la cual, parece necesario implementar un cambio rotundo, copernicano, que propicie dos fines esenciales: a) recobrar la confianza de los hombres en la justicia, y b) conseguir la especialización del sistema judicial de modo que éste se extienda a todas aquellas personas que la necesiten, acoja sus demandas y las ponga en condiciones de obtener los beneficios que los más avanzados derechos sustantivos han y vienen confiriendo al hombre (V.gr.: derechos difusos, nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional, etc.) ().

Observamos así, que la mediación no llega para introducir un trámite superfluo ni estéril, y menos aun, consagrar una vía anterior que quiera obstaculizar el acceso irrestricto a la justicia; se trata, nada más, de formular un proyecto de solución anticipada a la sentencia.

Sin embargo, el quid radica en la confianza que merezca el sistema en quienes deban operarlo.

Si los abogados lo resisten, los jueces no lo apoyan, y las partes, esencialmente éstas, no confían en las personas que son llamadas a interceder en su conflicto, es probable que la idea se desmorone por su propia insatisfacción.

b) Solución extrajudicial

El párrafo segundo del artículo 1º fomenta recurrir a mediadores antes de acudir a la instancia jurisdiccional.

La consigna se afirma al sostener que "este procedimiento promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia".

Sin embargo no está muy clara la naturaleza jurídica asignada, pues cuando la ley incorpora la mediación como previa a todo juicio, de suyo existe una etapa donde la solución probable ser

"intraprocesal", es decir, como vía de pacificación lograda dentro del proceso que comprende la instancia de mediación.

Técnicamente el juicio es otra cosa, se vincula con la actividad gnoseológica del juez destinada a subsumir los conceptos jurídicos que las partes han desarrollado en los actos del procedimiento desde la postulación de sus pretensiones.

Además, si relacionamos el acto con el inicio de la causa (párrafo segundo), estamos en idénticas condiciones: la causa (como proceso) ya existe y está en marcha. Ahora, si fue intelegida como expediente la situación varía, pero seguimos en un cuadro de pertenencia jurisdiccional.

Con ello, queremos expresar que si la función del mediador no es jurisdiccional (es decir, no resuelve con carácter obligatorio), las actuaciones en mediación debieran estar absolutamente fuera del proceso.

Es probable que esta haya sido la intención del legislador, sólo que por la redacción establecida, la idea aparece difusa.

En consecuencia, al pertenecer la actividad del mediador a una etapa del proceso, resulta incongruente que los funcionarios que la activen se encuentren fuera del Poder Judicial ().

Es cierto que el modelo que en el Código procesal tiene el juicio de árbitros o el mismo arbitraje privado, permite esta delegación en terceros, pero allí se aclara que la intervención se da "en el proceso" y con motivo de ello; mientras que la norma comentada alude a una situación diferente: alienta la pacificación extrajudicial desde un medio judicial.

No obstante, la norma impone una dirección positiva a través de la negociación previa que se propone como remedio a la insistencia por el recurso común de la demanda.

Es cierto, también, -dicen Alvarez y Highton- que "si las partes hubieran recurrido a mediación extrajudicial podrán pedir que se tenga por cumplida la etapa si así lo acreditan; ello no significa que estén exentas de intentar la mediación en la instancia judicial cuando se hayan incorporado nuevas partes o terceros al proceso o el estado de desarrollo del proceso así lo merezca conforme la resolución judicial" ().

Artículo 2º El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Causas penales.
2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El Juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación.
4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. Amparo, habeas corpus e interdictos.
6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.
8. Juicios sucesorios y voluntarios.
9. Concursos preventivos y quiebras.
10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo

a) Posibilidades del juez para enviar a la mediación causas excluidas por la norma.

En líneas generales, la ley pretende incluir entre las materias de mediación posible aquellas de contenido patrimonial, cuyos derechos sean renunciables o transigibles.

No obstante cada inciso presenta algunos interrogantes.

Por ejemplo, es probable que la exclusión de causas penales no impida someter a mediación las acciones civiles planteadas en su instancia; o que las controversias que surjan en los juicios sucesorios permita la intervención de un mediador rogado por las partes, o resuelto de oficio.

Se trata de ver en el caso como funcionan las formas procesales, teniendo en cuenta que el límite de ellas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

El principio de instrumentalidad o elasticidad de las formas, permite obrar al juez en tal sentido, en la medida que el finalismo instrumental no es sino una aplicación en el ámbito del proceso, del principio general de conservación que en su formulación más lata indica la conveniencia de preservar la eficacia y validez de los actos e incluso de las propias instituciones, frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, si ello llevara a un resultado disvalioso.

Si las formas del proceso son flexibles, en tanto esa elasticidad sirve para lograr una mayor eficacia y rendimiento de las instituciones instrumentales; de suyo la mediación, naturalmente informal, pueda encontrar un simplismo funcional, aun entre las materias excluidas.

El rol de servicio a los derechos sustanciales, muestra como existen ciertas materias posibles de convención por las partes como los pactos de foro prorrogado, la suspensión de términos, la prolongación de plazos acordados, etc.

Estas modalidades que la doctrina alemana suele referir como contratos procesales, son en realidad declaraciones de voluntad que conciertan etapas, secuencias o actos individuales del proceso, sin alterar la organización fundamental de su trámite ().

La teoría transporta una visión particular del negocio jurídico civil (privado), circunstancia que incide en la importancia que cabe asignar a la voluntad de las partes que los realizan, y a las posibilidades jurídicas para hacerlo.

Además, como todo acto inter partes tendiente a producir efectos procesales, requiere de la aceptación jurisdiccional; la hipótesis de actos sin participación del órgano deviene de difícil transmisión. Por eso, si en un acto liminarmente indisponible de someter a mediación, los litigantes decidieran hacerlo, será el Juez y no la norma, quien resuelva al respecto.

Ahora bien, esta modalidad que visualiza la posibilidad de alterar o cambiar etapas o actos del proceso, ¿puede ser ejecutada por el juez de la causa?.

Creemos que sí.

Las razones esgrimen, en primer término, su condición de director en la controversia, gozando en el ejercicio de la función de suficientes poderes-deberes para implementar un procedimiento gil y efectivo.

El segundo argumento, versa sobre la condición instrumental de los actos, característica que los hace flexibles sin perjudicar con ello el servicio adecuado a un proceso justo y equilibrado.

Finalmente, el límite lo pone la indisponibilidad de las formas que están basadas en el orden público, o en la defensa de garantías constitucionales o fundamentales.

b) La mediación en causas de familia

La supresión en la Ley de llevar a mediación estas cuestiones parece incongruente, toda vez que resulta uno de los campos más propicios para intentar el ensayo que se propone.

Lo hicieron ver algunos legisladores al criticar el proyecto, como así también, se observó que este artículo 2 inciso 2º incluía una instancia más en las acciones de separación personal, divorcio y demás mencionadas en la disposición, con excepción de las cuestiones patrimoniales.

Dijo el senador Cendoya que "...generalmente en los juicios de divorcio la separación de bienes es una consecuencia de la sentencia de divorcio. Es decir que no se puede derivar previamente la separación de bienes si no existe una sentencia que declare el divorcio. En tal supuesto, ac vamos a tener tres instancias: primero, el juicio de divorcio; después la intervención del mediador una vez ordenada la separación, y finalmente, ante el fracaso de la mediación, nuevamente el tribunal tendrá que actuar a los fines de ordenar la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal..." ().

Sin embargo no fueron fundamentos técnicos los que llevaron al impedimento, sino razones de política legislativa que, bajo la promesa de realizar un proyecto independiente de mediación familiar, permiten avizorar su pronta utilización).

c) Las causas laborales excluidas

También en esta materia la exclusión resulta sorprendente. Ella se explica diciendo que obedece a la oposición de los abogados, quienes temen perjudicarse por sus honorarios profesionales.

Habría que preguntarse si esa es la opinión de todo el foro, antes de afirmar semejante desatino.

También, por vía de hipótesis, el obstáculo puede emerger de la planificación laboral que el Estado tiene para los métodos directos de resolución de conflictos; "paquete normativo" que pudiera dar la verdadera razón por la que se impide mediar en estas circunstancias.

Artículo 3º En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia.

a) Tipos de mediación creados

A tenor de la norma en comentario surge que la Ley crea varias modalidades para recurrir a la mediación: 1) obligatoria, en las situaciones patrimoniales que no se encuentran expresamente excluidas por el art. 2º 2) opcional, de acuerdo con el artículo recién transcrito; 3) voluntaria, cuando las partes acuerden someter su conflicto a un régimen de mediación y, 4) mediación privada extrajudicial, que surgiría del párrafo segundo del artículo primero.

Cada uno tiene un procedimiento idéntico, pero difieren en las etapas donde se produce y con las personas que activan el rol conciliador.

b) El trámite de mediación "opcional"

¿Qué diferencias puede haber en la rapidez posible del juicio ejecutivo respecto de la efectividad del proceso de mediación?

En los trámites ejecutivos son etapas insoslayables la intimación de pago y la sentencia; en las ejecuciones de sentencia o de honorarios, el embargo y la citación de venta; en el desalojo, la notificación o emplazamiento.

Estos actos procesales, ante la opción por la vía mediadora, se suspenden mientras dure la actividad conciliatoria.

No obstante, el acreedor podría exigir, independientemente, por la autorización del art. 2º inciso 6º de la ley 24.573, que se ordenen las medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del litigio (V.gr.: el embargo de bienes suficientes del deudor). En el desalojo, inclusive, podría prepararse la demanda, aun estando en mediación, con diligencias preliminares tendientes a verificar las personas que ocupan el inmueble a desocupar.

Donde radica la eficacia prometida es en el método no compulsivo al que se somete el deudor; tiene posibilidades reales de discutir razones y "causas" que, por la vía procesal, no cuenta; por su parte, quien demanda no debe pagar tasa de justicia vinculada con el importe que reclama, y asegura, en cierta manera, la presencia del ejecutado en el hipotético juicio ejecutivo si fracasa la mediación.

Del procedimiento de la mediación

Artículo 4º El reclamante formalizar su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecen por vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis.

a) ¿Pretensión o reclamo?

La ley en estudio insiste en denominar como pretensiones las peticiones que formulen los interesados (a quienes denomina "partes") en la etapa de mediación.

Si bien es un tema menor, nos preocupa la imprecisión, porque, tiene consecuencias prácticas y no solamente por un purismo dogmático.

Cuando uno habla de "pretensión", en el derecho procesal, piensa inmediatamente en dos espacios a cubrir: el aspecto material, vinculado con la fuerza suasoria y apoyo normativo que debe tener nuestra demanda para lograr una sentencia favorable; y otro aspecto procesal, que se relaciona con los presupuestos procesales de admisión (V.gr.: legitimación ad processum, capacidad, formalidades de los escritos, etc.) que deberemos cubrir para que nuestra solicitud cuente con una providencia que ordene el emplazamiento para estar en juicio.

Por eso, "pretensión" no es igual que "acción". Esta tiene una clara y definida naturaleza: es un derecho subjetivo procesal que se dirige ante el Juez para que ejercite su potestad jurisdiccional concretando la voluntad de la ley en un acto firme e inmodificable por los alcances naturales de la cosa juzgada.

En cambio la pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio, donde lo verdaderamente importante es la razón que tenga esa declaración de voluntad, relegando o desatendiendo el derecho que esgrima o la fundamentación que expresa ()

La pretensión va implícita en la demanda, que es el acto procesal donde se reúnen ambas pretensiones (la material destinada a los aspectos de fondo, y la procesal referida a la cobertura formal de la pieza postulatoria).

La demanda, a su vez, tiene efectos sustanciales y procesales de gran importancia (V.gr.: abre la instancia jurisdiccional; origina el deber de instar el proceso; fija la competencia; delimita el objeto del proceso y el ámbito de las cuestiones a resolver sobre la base del principio de congruencia; produce el estado de litispendencia; interrumpe el curso de la prescripción; consuma la acción intentada prohibiendo en adelante sustituirla por otra -por ejemplo, si se reclamó por juicio ordinario el pago de una suma de dinero, una vez notificada la demanda no se puede mudar hacia el proceso ejecutivo-; constituye en mora al demandado; desde la fecha en que se produce la notificación de la demanda el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir -art. 2433, CC-; asimismo, cuando no es posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, debe estarse a la fecha de la notificación de la demanda -art. 2443, CC-; etc., etc.).

Ahora bien, tal como expresa la ley comentada, el "reclamante" se convierte en "parte" (art. 7) y debe formalizar su "pretensión" en la forma como indica.

Este acto "suspende" el plazo de la prescripción (), comenzando entonces los problemas que queremos develar, pues no aparece compatibilidad alguna con el art. 3986 del Cód. Civil.

En primer término, lo de "partes" debe entenderse no en el sentido de sujetos antagónicos (actor y demandado), sino de personas que en "posiciones" diferentes contradicen sobre hechos o derechos. Al no ser "partes", por no estar aún trabada litis alguna, no pueden aplicarse a ellos los efectos sustanciales y procesales de la interposición de la demanda.

La prescripción puede considerarse "suspendida" mientras dure la mediación y extenderse por el plazo de conciliación logrado hasta el cumplimiento efectivo del acuerdo, en cuyo supuesto, desaparece la acción por extinción o cumplimiento.

Obviamente, el alcance de la prescripción operada estará en relación con las pretensiones mediadas.

Ante la inejecución el plazo vuelve a contarse, pero ¿desde cuando?, porqu, si la parte puede ejecutar el "acuerdo transaccional" (art. 26) va de suyo que no estamos frente a la misma pretensión; ,sta se ha transformado por la homologación que el Juez ha realizado sobre el mismo. En todo caso, comienza a correr un plazo diferente, que ser referido al tiempo procesal disponible para forzar el cumplimiento del acto conciliatorio.

Si no se ejecuta, prescribir el derecho. Pero aqu,l otro, el que se formuló en el reclamo previsto en el art. 4º¿est "suspendido" o se interrumpió definitivamente?

Creemos que la respuesta posible es la siguiente: estar "suspendido" si la mediación no logró establecer el acuerdo de voluntades y reinicia su cómputo desde la fecha que el mediador suscribe el acta a que refiere el art. 14.

Mientras que habr interrumpido el plazo, para comenzar uno nuevo, si se consigue "novar" la obligación requerida que se formaliza en un acuerdo homologado judicialmente, el cual tiene su propio tiempo de ejecución.

b) ¿Se debe acompañar la demanda al tiempo de formular la "pretensión"?

El proyecto del Poder Ejecutivo establecía que la demanda debía acompañar el pedido de mediación, quedando suspendida mientras perdurase el proceso de avenimiento.

La ley cambió sustancialmente la redacción, provocando una atinada advertencia en el dictamen en minoría del Senado de la Nación.

En efecto, sostuvo Cendoya que "...en el supuesto de que fracasara la mediación el actor, el interesado en obtener la tutela jurisdiccional a trav,s del pleito, puede modificar su pretensión, como es común en la presentación de demandas en las cuales las partes pueden modificar sus pretensiones antes de ser notificadas. Esto tambi,n se puede prestar a una chicana judicial puesto que si el actor modifica parcialmente alguno de los aspectos de la pretensión expresada en ese formulario, el Juez puede considerar que se trata de otra contienda judicial, distinta de la iniciada por las partes, y remitir nuevamente el caso al mediador..." ().

El p rrafo final del artículo 5º de la reglamentación aclara que "en ningún caso el reclamante acompañar escrito de demanda".

Ahora bien, confrontado el debate parlamentario, con la norma reglamentada, surgen opiniones opuestas.

Si una respuesta al planteo del Senador Cendoya es que no es posible cambiar argumentos porqu, las pretensiones est n ya expuestas y no pueden modificarse, al comparecer las partes por tales motivos; regresamos a una afirmación anterior: la mediación constituye una instancia procesal que fija el estado de litispendencia.

Empero, sería uno de los pocos efectos procesales que tiene esta instancia, porqu, sólo el emplazamiento previsto en el art. 356 del Cód. Procesal y la notificación efectiva de la demanda provocar n las dem s consecuencias.

Hasta entonces, los interesados asistir n voluntariamente (¿?) a una etapa de proximidad procurando consensuar el conflicto, evitando, precisamente, tener que afrontarlo como adversarios en un litigio.

En caso de fracasar las negociaciones, el actor podr demandar en los t,rminos del art. 330 del Cód. Procesal y con todas las facultades que le confieren los arts. 331 (transformación y ampliación), 334 (agregación de prueba documental), 335 (hechos nuevos, comprendidos como posteriores a la formulación de pretensiones del art. 4º de la ley citada) y 336 (demanda y contestación conjunta) ().

Habr que conferir al Juez un amplio margen de discrecionalidad para que, al atender la postulación definitiva, aquella que enmarcar la congruencia procesal del proceso, pueda ocuparse sin m s tr mite del mismo, siempre y cuando se encuentre superada la instancia de mediación sobre todos los puntos propuestos, o al menos, los que constituyen el nudo central del problema a desatar

(V.gr.: una demanda de daños y perjuicios puede ser presentada ante el mediador como un problema de culpa e indemnización global; y ante el Juez concretarse en responsabilidad y clasificación de rubros resarcibles).

c) Designación del mediador y del Juez competente

Nos parece curioso que se designen simultáneamente mediador y juez, pues si viene dicho que se tratan de procedimientos diferentes en los cuales se propicia descargar las tareas del segundo mediante la eficaz gestión en el conflicto del primero interviniente, no habría necesidad de ese acto unívoco.

A no ser que se reafirme el sentido de "unidad del proceso" donde la mediación se articula como previa, dando por cierto su sentido procesal, es decir, como antejuicio () obligatorio e insoslayable.

Al mismo tiempo la norma no aclara si es posible que las partes elijan un mediador de "confianza" para que se ocupe de sus diferencias, lo cual parece posible, si confrontamos esta idea con la previsión del artículo 1º donde se recuerda que "este procedimiento promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia".

Artículo 5º La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días.

a) Requisitos del formulario

Los recaudos a completar en el formulario se han reglamentado siguiendo el hilo que indica el art. 330 del Cód. Procesal, adecuado a su circunstancia (es decir, eliminando cuestiones innecesarias como la mención del derecho o la jurisprudencia; y, en su caso, el ofrecimiento de la prueba); de manera que los puntos centrales son, además de la individualización de las partes, la presentación sumaria de los hechos (no así en la mediación optativa que permite solicitar la mediación con solo acreditar la tenencia del título) y la concreción de las pretensiones con su liquidación, cuando ella fuere posible, por tener bases ciertas.

El formulario implementa, entonces, únicamente el pedido de mediación, indicando las partes interesadas (con los recaudos necesarios para su identificación y comunicación fehaciente) y una síntesis de las pretensiones. No es requisito fundamentar cada hecho ni respaldarlo con la prueba ().

Deben tener los interesados (reclamante y emplazado) patrocinio letrado, sin poder excusar la intervención personal en las audiencias por medio de contrato de mandato o representación convencional (excepción hecha en el caso de las personas jurídicas y los domiciliados en extraña jurisdicción previstos en el art. 11 párrafo segundo).

Sostiene el artículo 5º de la reglamentación que: "El formulario por el cual se solicite el sorteo y se requiera la iniciación del trámite de mediación se presentará por cuádruplico ante la mesa general de entradas del fuero que corresponda y deberá contener los requisitos que surgen del ANEXO I del presente Decreto".

El ANEXO I del Decreto 1021/95 () establece los recaudos siguientes:

.....

FORMULARIO DE INICIACION DE RECLAMOS SUJETOS A MEDIACION

OBJETO DE RECLAMO

MONTO

I. DATOS DEL O DE LOS REQUIRENTES

Nombre y apellido

Domicilio

Nº de Documento (tipo...)
II. DATOS DEL O DE LOS REQUERIDOS

Nombre y apellido

Domicilio

Nº de Documento (tipo...)

III. DATOS DEL LETRADO

Nombre y apellido

Matrícula

Carácter

Domicilio

Firma del o de los presentantes Firma y sello del abogado

IV. NOMBRE Y APELLIDO DEL MEDIADOR

Matrícula

Domicilio

TE:

FUERO

JUZGADO Nº

NOMBRE DEL JUEZ

SECRETARIA

NOMBRE DEL SECRETARIO

FISCALIA Nº

NOMBRE DEL AGENTE FISCAL

ASESORIA Nº

NOMBRE DEL ASESOR

El plazo de vigencia del presente formulario es de tres (3) días (Artículo 9º Decreto nº 1021/95).

.....

b) Trámite posterior

Una vez que la mesa de entradas ingresa en el sistema de cómputos el pedido de mediación, devuelve los escritos al presentante quien tendrá tres días para remitirlo al mediador sorteado.

Este plazo fue una reforma al artículo original solicitada por el senador Snopek, quien al formular la recomendación dijo que era a los fines de evitar que se paralizara el procedimiento y darle mayor rapidez ().

En Diputados, al requerirse mayores explicaciones sobre el modo de funcionamiento del precepto, se dijo lo siguiente: "...cuando se fija un plazo las leyes deben referirse también a lo que acontecer si no se da cumplimiento a lo prescripto en tal sentido. Pero ocurre que con el sistema de la ley, el reclamante va con su formulario, sortean un juzgador y un juzgado, y se establece un plazo. Cuando la mesa de entradas recibe el formulario tiene un plazo de tres días para remitirlo al mediador. Esto quiere decir que es el propio interesado el que remite esta comunicación al mediador para que se hagan las citaciones correspondientes. Si esto no ocurre en el plazo indicado, evidentemente podría hacerlo en cualquier otro, siempre que justifique las razones de esta demora. Creo que no hay una sanción. En todo caso, la sanción sería que no puede proseguir la actuación, por lo que desistiría de su juicio. Para seguir adelante el trámite tendrá que cumplir con este requisito de algún modo. Por lo tanto, me parece que no habría motivo para modificar el texto de este artículo" ().

Hemos de presentar nuestra discrepancia con el sentido acordado al artículo "por las palabras del legislador" (que estimamos diferente a la "voluntad" que se tuvo en el precepto) y avizorar otros inconvenientes que ello puede acarrear.

El plazo para entregar el formulario (y los escritos) al mediador es de tres días a contar desde la intervención de la Mesa de entradas. Este tiempo difiere del que se cuenta para el mismo

procedimiento cuando se inicia cualquier demanda (48 Hs.), como también las consecuencias que surgen del incumplimiento.

Si bien la ley nada dice al respecto, no podemos pensar que los efectos sean los que dice el miembro informante. Veamos porqué,:

c) Incumplimiento del plazo de entrega del formulario al mediador

La iniciación de un proceso mediante la formalización de los requisitos rituales característicos lleva a que si el interesado (por vía de principio, casi siempre el actor) no deja en el juzgado la demanda -a veces con sus copias- y la documentación en el plazo de 48 Hs. contados desde la intervención de la Mesa General de Entradas del fuero respectivo, el expediente debe reiterar su sorteo.

El sistema coincide con la reglamentación acordada. El artículo 9º dice:

"El reclamante deberá concurrir a la oficina del mediador con los dos ejemplares del formulario de requerimiento intervenidos, según lo consignado en el artículo 6º

El mediador retendrá uno de los ejemplares y restituirá el restante al presentante, con su sello y firma, dejando constancia de la fecha y hora de recepción.

Si el reclamante no cumpliera con este trámite dentro del plazo de TRES (3) días hábiles judiciales deberá concurrir ante la mesa general de entradas a los fines de efectuar un nuevo sorteo".

d) Objetivos de la entrega en término del formulario al mediador.

Según la explicación ofrecida en el debate parlamentario, el objeto de entregar en tiempo el formulario al mediador es a los fines de que se proceda a notificar a todos los interesados; que de no cumplirse, puede llevar a tener a la parte por desistida del proceso.

Nosotros creemos que el objetivo esencial de la comunicación y entrega corresponde para fijar la competencia del órgano mediador y dar posibilidades a las partes para que inicie el cómputo de los plazos para algunos actos procesales (V.gr: suspensión de la prescripción; recusar al mediador; excusarse, el mismo; solicitar aclaraciones, etc.).

Por otra parte, la ley habla de "remitir" que es algo diferente a "notificar" al mediador de su designación.

En este aspecto, se ha sostenido que "la mejor solución será establecer que la notificación al mediador la realice de oficio el Juzgado asignado al recibir una de las copias del formulario desde la mesa del sorteo, única forma de poder controlar el cumplimiento de los plazos legales. Se dirá que esto no es lo buscado por la ley, pero creo -dice el autor- que sólo esta notificación dará certeza al proceso iniciado, permitirá al Juzgado conocer todos los procesos en los que eventualmente intervendrá, tanto si no hay acuerdo o si lo hubiera, homologando el mismo; y por último permitirá obtener información tanto con fines estadísticos como para la labor de la Comisión de Selección y Contralor que se crea, no sin minimizar el efecto que tendrá, entre las partes y sus letrados, el saber que ha intervenido en ese primer acto el Poder Judicial" ().

El reglamento establece en su artículo 10º que:

"El mediador deberá confeccionar y diligenciar la cédula de notificación con el objeto de poner en conocimiento de las partes la realización de la primera audiencia la que deberá contener: 1) nombre y domicilio del destinatario; 2) Indicación del día, hora y lugar de celebración de la audiencia; 3) Nombre y domicilio del mediador y de la parte que requirió el trámite; 4) Firma y sello del mediador.

El mediador podrá notificar al reclamante de lo prescripto en el presente artículo en oportunidad de la entrega del formulario de requerimiento, quedando eximido de enviarle la notificación correspondiente.

Si la primera audiencia no pudiere celebrarse por motivos justificados, el mediador deber convocar a otra audiencia en un plazo no mayor a CINCO (5) días desde el fracaso de la primera debiendo notificar a las partes con por lo menos DOS (2) días de antelación"

Artículo 6º El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijar la fecha de la audiencia a la que deber n comparecer las partes.

El mediador deber notificar la fecha de la audiencia a las partes mediante c,dula adjuntando copia del formulario previsto en el artículo 4º Dicha c,dula ser librada por el mediador, debiendo la misma ser diligenciada ante la Oficina de Notificaciones del Poder Judicial de la Nación; salvo que el requerido se domiciliare en extraña jurisdicción, en cuyo caso deber ser diligenciada por el requirente.

A tales fines se habilitar n los formularios de c,dula de notificación cuyos requisitos se establecer n reglamentariamente.

a) La notificación de la audiencia

Despu,s de cierta resistencia para que fuera el mediador quien notificara la audiencia, quedó establecido por la norma que a ,ste corresponde obrar en consecuencia y establecer la fecha y hora en que las partes convocadas deben concurrir al encuentro de mediación.

Tal como est redactada la disposición, se muestra evidente que la carga buocr tica necesita disponer de una mínima organización que, prima facie, el mediador no cuenta.

Por eso, es recomendable utilizar el personal que tenga el Juzgado que resulte competente, siguiendo en esto, las reflexiones compartidas para el artículo anterior.

Un trabajo comentando el proyecto del Ejecutivo señaló que, frente al deber de comunicación que tiene el mediador, debería incluirse en el contenido de la c,dula al demandado, el requerimiento de que denuncien quienes pueden ser otras personas implicadas que deberían llamarse para intervenir en el esfuerzo mediador ().

La reglamentación no indica algo que nos parece que sería útil incluir en el requerimiento a cursar: el anoticiamiento sobre la conveniencia de acompañar documentos o prueba instrumental que, bajo la reserva de confidencialidad, sirvan para orientar la planificación y estrategia del mediador.

b) Plazo para la eficacia de la notificación

El tiempo de dos días previsto como de antelación a la celebración de la audiencia, no coincide con el plazo del art. 125 y concordantes del Cód. Procesal que es de tres días de anticipación.

Si las notificaciones cursadas, incluso las previstas en el art. 8 p rrafo primero, fracasaran, debe continuar el procedimiento bajo los principios generales de suspensión que rigen en el Código Procesal; en comunión con lo dicho en el art. 9º de la ley, respecto al modo de computar el inicio del plazo para mediar.

El r,gimen general de comunicaciones como las notificaciones en extraña jurisdicción se han reglamentado en el artículo 11:

"La c,dula se diligenciar con una copia del formulario de presentación y contendr el apercibimiento previsto en el artículo 10 de la Ley.

Ser n de aplicación los artículos 140 y 141 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en lo pertinente las normas dictadas por Acordadas de la Corte Suprema de Justicia n 19/80 y 9/90.

Para las c, dulas que deban ser diligenciadas dentro del mbito de la Capital Federal no ser necesaria la intervenci3n de ning3n juzgado, siendo requisito suficiente la firma y sello del mediador.

El tr mite para el diligenciamiento de la c, dula en extraña jurisdicci3n, se regir por las normas de la Ley 22.172. A los fines de dar cumplimiento a las disposiciones de la misma, la c, dula deber ser intervenida y sellada por el Juzgado que hubiera sido sorteado a solicitud del requirente, de acuerdo a lo dispuesto en el artculo 40 de la Ley.

En todos los casos, el mediador podr sustituir la c, dula por carta documento o telegrama colacionado los cuales deber n contener los requisitos consignados en el artculo anterior".

Esta forma de reglamentar la notificaci3n en extraña jurisdicci3n adolece de algunos olvidos pues no aclara el tiempo para concretar la entrega de la c, dula; lo cual, teniendo en cuenta el modo de computar los plazos de caducidad procesal se corre el riesgo de obstruir o ser incompatible con el tiempo establecido para concretar el acuerdo.

c) Fecha de la primera audiencia de mediaci3n

No se encuentra prevista en la norma ni en su reglamentaci3n el t, rmino dentro del cual se debe celebrar la primer audiencia.

Este precepto debe relacionarse con los arts. 7 (contactos con el mediador anteriores a la audiencia) y art. 9 (60 d3as corridos, prorrogables por acuerdo de partes), que confrontados con sus precedentes indican que la audiencia deber3a realizarse dentro de los primeros treinta d3as contados desde la comunicaci3n al mediador de su designaci3n en el caso.

Artculo 7a Las partes podr n tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus precisiones.

a) Sentido de la norma

Esta norma ten3a un sentido diferente al que perdura en la actual redacci3n.

En efecto, el proyecto del Poder Ejecutivo pensaba en que el pedido de mediaci3n se deb3a proponer conjuntamente con la formalizaci3n de la demanda; , sta, era enviada al juzgado para su reserva y la mesa de entradas proced3a a realizar las notificaciones correspondientes.

De esta manera, dec3a el art. 10: "Las partes tomar n contacto con el mediador designado dentro del quinto d3a de notificadas, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones. El referido contacto ser probado por cualquier medio que d, certeza fehaciente".

El objeto estaba claro: las entrevistas preliminares servir3an para concretar las cuestiones litigiosas y llegar a la audiencia con un conocimiento y convencimiento preciso sobre el meollo del conflicto.

La permanencia del artculo en la ley puede tener efectos impensados. Adem s del "lobbismo" posible de las partes, no vemos que agregue nada a un tema que si est adecuadamente presentado en el formulario y los escritos, puede resultar suficiente para celebrar el acto principal de la mediaci3n.

En los hechos, estos encuentros anteriores servir n para que el demandado presente su formulario con sus propias pretensiones (o resistencias a las formuladas por el actor), o el tercero citado pueda manifestar lo que a su derecho (posici3n) corresponda.

b) Lugar de las entrevistas

En el trasfondo de la disposici3n surge inevitable tener que establecer un "Programa de Mediaci3n" que, adem s de colaborar en la descongesti3n de los tribunales y en la buena marcha de la administraci3n de justicia, determinen claramente el lugar, la organizaci3n, el horario, personal a

su cargo, y demás aspectos que han quedado pendientes de reglamentación frente a la insuficiencia del Decreto 1021/95.

La notificación al mediador no será problema en la medida que el registro tenga por "constituído" el domicilio declarado por el funcionario.

Pero el lugar donde se llevarán a cabo las entrevistas, las audiencias, los actos de notificación, etc., ¿dónde se practicarán?

Si el caso se toma como el de otros auxiliares de la justicia (V.gr.: peritos médicos), podrán serlo en sus consultorios; mientras que los actuantes en la experiencia piloto podrán seguir las modalidades hasta ahora practicadas.

Artículo 8º Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora.

Si el tercero incurriese en incomparecencia o incumplimiento del acuerdo que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los artículos 10 y 12 de la presente ley.

a) Concepto de "tercero"

No se trata del "tercero" típico de las intervenciones previstas en el código procesal, sino de interesados que deben participar en el debate ante el mediador por estar involucrados con el contenido de las pretensiones y, un eventual acuerdo entre las partes, puede alcanzarlos. Así lo interpretaron los legisladores ().

Sin embargo, esta explicación resulta pueril si no la confrontamos con el párrafo segundo del artículo, el cual nos muestra a las claras que la citación no es una mera "invitación" a consensuar el conflicto, sino un auténtico emplazamiento que de no acatarlo hace pasible al sujeto de la multa prevista en el art. 10 párrafo segundo, y de la ejecución del convenio logrado (art. 12).

Ahora bien, si pretende alojarse la mediación como una instancia preliminar al proceso, independiente de éste y con fines propios (como lograr la difusión y confianza en este sistema de resolución de disputas a través de organismos públicos y privados creados a tal fin), debe tenerse en cuenta que toda la actividad del mediador no es jurisdiccional. El carece de "potestades propias de la jurisdicción".

En consecuencia, no cuenta con facultades de coerción por no tener el mediador "imperium" que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento a las decisiones judiciales ().

Claro está que el problema se resuelve si el emplazamiento lo solicita el juez a pedido del mediador, debiendo en tal caso el Juzgado cursar la notificación de acuerdo con las sugerencias aquí mencionadas. Ello es posible si reafirmamos el sentido de instancia preliminar de la mediación, en un todo único que se atrapa en la "unidad del proceso".

En caso contrario, el tercero que no comparece resulta sancionado en flagrante violación a las reglas del debido proceso (art. 18, CN), y sobre todo en el derecho de defensa en juicio.

El artículo 13 de la reglamentación establece:

"El tercero cuya intervención se requiera deberá ser citado por los medios y con los recaudos establecidos para la citación de las partes y quedar sometido al régimen que surge de la Ley y de la presente reglamentación.

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces, el mediador deberá citar al Asesor de Menores e Incapaces que debiera intervenir en un eventual pleito, notificándolo con los mismos recaudos que se establecen en el párrafo anterior. Si no concurriera dicho funcionario igual se llevará a cabo la mediación y en todos los casos deberá homologarse ante el Juez sorteado el acuerdo al que se hubiere arribado".

b) La incomparecencia del tercero.

Retomando conceptos anteriores, hemos dicho que el tercero no es tal sino un interviniente necesario por estar vinculado con las pretensiones deducidas.

También sostuvimos que, técnicamente, los comparecientes ante el mediador no son "partes" sino "interesados" que tienen posiciones en el proceso de mediación.

En todo momento queda claro que la instancia no es jurisdiccional y que no hay confrontación ni controversia. Sí, en cambio, existen diferencias que son el móvil que razona la presencia del conciliador.

La naturaleza confrontativa que tiene el proceso civil reposa en un terreno diferente. La adversariedad tipifica los intereses en conflicto.

Aquí la dualidad de partes es un elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial y la aplicación de las leyes. El derecho que la sentencia genera no puede ser nunca la aspiración de uno sólo, se requiere haber oído el tañido de otra campana.

Es la lógica como discurre la fase de conocimiento, de manera que cuando no se tiene una versión opuesta, una réplica total de las alegaciones, una negativa sobre la autenticidad de los documentos, etc., es preciso y necesario encontrar una fórmula de equilibrio en las posiciones ambivalentes que trae el conflicto.

Por eso la demanda debidamente notificada tiene para quien la recibe el efecto de emplazamiento. No se lo obliga a concurrir al debate, porque, la pretensión que la demanda lleva no contrae un deber de comparecimiento; tampoco lo constriñe a "estar a derecho", es decir, a dar fundamentos jurídicos a su defensa. Precisamente, porque, no es una obligación legal.

La necesidad de partes duales se ratifica aun más cuando observamos los efectos siguientes a los actos de comunicación fracasados o imposibles. Se designa "Defensor de Ausentes", quien acudir en representación del demandado para lograr la bilateralidad.

¿Son conceptos aplicables al proceso de mediación?

Observemos como discurre para el tercero (interesado indirecto) la citación.

En realidad, en un juicio cualquiera, el sujeto pasivo que la demanda reclama, supone para quien se cita al comparecimiento una carga, nominado procesal que significa "imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia" ().

La consecuencia de incumplir con las cargas procesales depende del acto requerido.

En el caso, la omisión de comparecer al proceso permite aplicar los efectos de la preclusión, según la cual, quien no cumple en tiempo y forma los actos pertinentes, pierde la oportunidad de hacerlo en lo sucesivo.

La incomparecencia, no obstante, no es un acto irreversible, pues el demandado puede presentarse tardíamente. Lo que ha perdido es la ocasión de contradecir puntualmente los hechos alegados en la demanda.

Esa inactividad no tiene en cuenta la voluntariedad del acto, ni las causas que le dieron motivo.

Al nominarse como un efecto inmediato de carácter objetivo (no subjetivo), se comprende porque, la ausencia contrae proyecciones que inciden en la marcha del proceso.

En cambio, la mediación no insta un sistema adversarial; todo lo contrario. Quiere la presencia de "todos" los interesados y pone "castigos" a quien desobedece la citación.

De alguna forma, esta sanción tiene sus antecedentes en el derecho romano, donde la ausencia del demandado se estimaba como una rebelión al deber de someterse al proceso y asumir su defensa; dando pie para ser castigado como "rebelde", y otorgando derechos al contrario para embargar sus bienes y cautelarlos para asegurar el resultado final de la acción ().

Claro está que no es el incomparecimiento del tercero una situación de rebeldía, porque, esta institución responde a la necesidad de explicar los efectos del silencio en el proceso.

Pero en el supuesto de la mediación aplicarle los efectos civiles del silencio al tercero convocado que no asiste a las audiencias, o se muestra renuente para hacerlo, parece impracticable.

Hace algún tiempo ya replicaba Mercader este destino pensado para la renuncia a comparecer, decía: "El silencio humano es inexpresivo cuando aparece aislado y no permite que se lo refiera a ninguna situación antecedente, pero en la actividad jurisdiccional de la justicia, su inexpresividad es absolutamente imposible, porque, el proceso constituye una unidad sistematizada y correlacionada que se regula y organiza sobre la base del conocimiento pleno de la actividad que antecede, lo que, al excluir la idea de ignorancia como sinónimo de información no recibida, permite establecer una relación constante y necesaria entre el momento de ese silencio y los momentos procesales que le preceden y que están destinados a recibirlo" ().

Ahora bien, los artículos 13 y 18 del Decreto 1021/95 acuerdan facultades instructorias al mediador, entre las que se cuenta la posibilidad de emplazar a terceros denunciados por las partes.

Siendo así, creemos que las consecuencias de no comparecer no pueden ir más allá de la aplicación de astreintes, o multas procesales; pero no podrá ejecutarse a su respecto el convenio alcanzado entre partes, so riesgo de vulnerar -como dijimos- el derecho de defensa.

Artículo 9º El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el artículo 3º el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.

a) Plazo para la mediación

Los sesenta (60) días corridos parecen demasiado extensos para una práctica que normalmente consigue resultados antes de ese tiempo. De todos modos es el tiempo que establecen modelos ya comparados como el de Colombia y no genera inconvenientes para la celeridad perseguida en todo el sistema para resolver conflictos (judicial y extrajudicial).

El art. 7º de la reglamentación dispone:

"El trámite de mediación se desarrollará en días hábiles judiciales, salvo acuerdo en contrario de las partes intervinientes y el mediador".

Asimismo, el art. 14 párrafo segundo del Decreto 1021/95 declara que:

"En el supuesto de acordar las partes una prórroga del plazo de la mediación, se labrará a tal efecto un acta que firmarán juntamente con el mediador, debiendo contener los términos de la postergación acordada".

b) El problema de la notificación

Una cuestión sin aclarar proviene de saber qué ocurre si por dificultades en la notificación de partes e interesados indirectos, se demora el trámite al punto de concitar un término por demás extendido. ¿Podrá mediar con las partes que hayan comparecido?, ¿se debe clausurar la instancia mediadora?, ¿se tendrá por satisfecha la etapa disponiendo la apertura de la jurisdiccional?.

Recordemos que el plazo para comenzar la actividad inicia a partir de la "última notificación" (efectiva, por supuesto), de modo tal que si ésta no logra su objetivo de comunicación fehaciente, el tiempo está detenido y quienes ejercemos el oficio de abogar, sabemos que esta situación significa, a veces, mucho más que una demora circunstancial.

A pesar de la crítica cierta y severa que pueda hacerse a las notificaciones judiciales, la verdad es que sus ficciones consiguen los objetivos que la realidad no reporta.

En otros países, la comunicación de los actos se celebra por agentes privados y en cualquier hora del día, siendo principal causa de postergación el desconocimiento del domicilio real, pero está simplificado con el hallazgo de la persona, a la que se notifica donde se encuentre.

Algunos planteos están respondidos por la reglamentación, pero la dificultad interpretativa pervive para el resto de las cuestiones, las que seguramente resolver el buen sentido de los operadores jurídicos.

El art. 19 establece:

"En el supuesto de incomparecencia de cualquiera de las partes en los términos del artículo 10, segundo párrafo de la Ley, el mediador labrará igualmente el acta de la audiencia dejando constancia de ello.

Dentro de los TRES (3) días hábiles judiciales de fracasada la audiencia por tales motivos, el mediador deberá comunicar esa circunstancia a la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia, entregando el acta labrada como así también la cédula por la que se hubiere notificado a la o a las partes que comparecieron a la audiencia de mediación.

Recibida dicha comunicación y ambas constancias por la Secretaría de Justicia se librará el certificado de deuda respectivo, con la firma de su titular, a los fines de iniciar el trámite de ejecución de la multa prevista en el artículo de la ley citada en el párrafo anterior.

Sólo se admitirán como causales de justificación de la incomparecencia de alguna de las partes, razones de fuerza mayor debidamente acreditadas por escrito ante el mediador y aceptadas por éste".

Artículo 10: Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión.

Habiendo comparecido personalmente y previa intervención del mediador, las partes podrán dar por terminado el procedimiento de mediación.

a) Las audiencias en el trámite de mediación

El número de entrevistas se fija de acuerdo con las necesidades que el caso revele.

Si las partes llegan enquistadas con la forma predispuesta (por no ser voluntaria la instancia), las primeras reuniones deberán eliminar esa resistencia, tratando de lograr un clima propicio para la negociación.

La voluntariedad protege la eficacia del sistema, mantiene en manos de las partes la iniciativa de acuerdos probables y mejora las posibilidades para que el mediador pueda convertir las posiciones antagónicas en posiciones de colaboración.

Sin duda, los mediadores actuando en un contexto compulsivo, difícilmente podrán lograr niveles aceptables de confianza comparables a los que reconoce la mediación voluntaria.

Inclusive, en esta misma prevención, el artículo 16 de la reglamentación tiene el mismo sentido observado. Dice la norma:

"El Ministerio de Justicia a través de la Secretaría de Justicia dispondrá lo conducente para instrumentar procedimientos de control del funcionamiento del sistema de mediación, pudiendo incluso supervisar las audiencias que se celebren previo consentimiento de las partes y cuidando de no alterar o inhibir su desarrollo".

b) Fracaso de la mediación por incomparecencia.

Uno de los planteos que formulamos en el artículo anterior aquí se responde. La incomparecencia de las partes, o de sólo una de ellas no termina inmediatamente el trámite de mediación.

A pesar de indicar que "fracasa por la incomparecencia", en realidad el párrafo tercero, y el espíritu de la ley, persigue que sean las partes quienes resuelvan la imposibilidad de negociar, o de lograr un acuerdo factible para ambos.

La ausencia de los interesados lleva a insistir en los mecanismos de comunicación fehaciente. Pensamos que no es posible aplicar en la especie los principios del Capítulo III del Título III del Código Procesal ("Audiencias"), porque la mediación no se realiza bajo las formas solemnes y rituales que tiene el proceso común, y menos aún pretenden cumplir el acto como sea, para continuar inmediatamente el procedimiento.

Tomemos como ejemplo lo dispuesto en el art. 125 inciso 3 del CPC ("Las convocatorias se consideran hechas bajo apercibimiento de celebrarse con cualquiera de las partes que concurran") para observar lo impracticable del precepto general en el mecanismo de conciliación.

No ha esclarecido la reglamentación el tema de cuantas insistencias serán necesarias, o que hechos revelarán la imposibilidad de lograr el comparendo para finiquitar el trámite previo que la ley ha dispuesto.

Sólo se limita a decir, en el artículo 15, lo siguiente:

"En caso de que las partes no arribasen a un acuerdo el acta deberá consignar únicamente tal circunstancia quedando expresamente prohibido dejar constancia de los pormenores de la o las audiencias celebradas. Una copia del acta donde constare la inexistencia de un acuerdo se remitirá para fines estadísticos a la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia donde será archivada.

En tal caso, el reclamante será encontrado habilitado para presentar la demanda ante el Juzgado sorteado, acompañando las constancias del trámite intentado.

En el supuesto del artículo 2º de la presente reglamentación (eximición del trámite), el reclamante deberá concurrir a la mesa general de entradas que corresponda, a los fines del sorteo del Juzgado que deberá entender".

c) La multa por incomparecencia.

La multa impuesta parece tener dos sentidos: uno, pensado como forma de financiar el sistema; otro, destinado a compeler el ánimo renuente de las partes.

El carácter de la sanción no es de "astreintes", ni como "multa procesal". No es lo primero porque no se trata de una condena pecuniaria impuesta en favor del perjudicado, ni aparece como secundaria de una obligación principal. Tampoco se determina judicialmente, ni ingresa en el patrimonio del acreedor.

No es una multa procesal porque no aparecen impuestas por el juez; ni tienen esa condición por desobedecer una citación a comparecer a un trámite prejudicial.

Como el mediador no es quien puede imponer la multa, por cuanto no tiene esa potestad (autoridad); sólo la ley la permite cuando se determina objetivamente la relación causal.

Por tanto, es una obligación accesoria admitida por la norma y aplicada por el mediador, con la finalidad de aminorar la resistencia injustificada de la parte a una citación legal.

c) Término de la mediación por acuerdo entre partes

Si las partes no consiguen arribar a un acuerdo, y el mediador consiente que antes de vencido el plazo previsto para lograrlo (60 días) ello así resulta, puede darse por terminada la instancia.

No obstante su obligatoriedad, la ley atenúa las consecuencias de esa compulsión permitiendo que las partes, después de tener las entrevistas con el mediador que este haya dispuesto como necesarias, puedan acordar el fracaso de la tentativa conciliatoria.

Artículo 11: Las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad.

A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrá hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación.

La asistencia letrada será obligatoria.

a) La confidencialidad en las sesiones y el deber de colaboración y lealtad entre las partes.

Asegurar que las confidencias reveladas por las partes en el marco de las deliberaciones, constituye uno de los aspectos principales para que el sistema se haga confiable.

La reglamentación ha precisado sobre este "pacto de fidelidad", a efectos de evitar aprovechamientos abusivos de una voluntad sincera.

La norma, en este primer párrafo, especifica aspectos generales del funcionamiento de la mediación.

Deja sin mención aspectos obvios como son la conducta leal de las partes y la colaboración entre ellas para alcanzar un resultado valioso a sus diferencias.

La lealtad es una consecuencia de la buena fe, por ello, cuando se valora el comportamiento de alguien, en realidad, lo que se hace, es analizar su conducta social. Esta puede trasuntarse en la honestidad pura y simple que exponga; o también, en la errada actitud que provoca una interpretación equivocada. En ambos casos el fondo ético es idéntico ().

Recíproca confianza y actuación conforme a una regla de lealtad hacia otro, propician una norma jurídica completa, que vigente entre los principios generales del derecho, ha de aplicarse a la mediación.

La norma reglamentaria del precepto es el art. 17, párrafo primero, que dispone:

"El mediador solicitará de los comparecientes, al momento de celebrarse la primera audiencia, la firma de un compromiso de confidencialidad respecto de las alternativas que ocurran durante las sesiones. Las partes de común acuerdo y ante el mediador, podrán eximirse mutuamente de este compromiso dejándose constancia de ello en el acta respectiva".

b) La representación en las audiencias

El párrafo segundo de este artículo, si bien es claro respecto a la presencia personal exigida, no especifica el rol del abogado en cada una de las entrevistas.

La asistencia letrada es obligatoria (), es cierto, pero "asistencia" es consejo, asesoramiento oportuno, colaboración directa con el cliente; por ello, podemos colegir que, además de la intervención del profesional en la presentación del formulario de pretensiones, asegura su presencia en las sesiones que intervenga su patrocinado.

Por supuesto, no es el caso de las personas jurídicas quienes tendrán que concurrir con su representante legal discernido estatutariamente y no aquí, que se contrate ocasionalmente por las reglas del mandato.

El artículo 18 del reglamento establece lo siguiente:

"Las personas físicas domiciliadas a más de cien (100) kilómetros de la Capital Federal podrán asistir a la mediación por intermedio de apoderado.

En este supuesto, al igual que si se tratare de personas jurídicas, el mediador deberá verificar la personería invocada debiendo el poder contener la facultad de acordar transacciones.

De no cumplirse con estos recaudos, el mediador podrá intimar al efecto a la parte, otorgándole para ello un plazo de TRES (3) días hábiles judiciales y de no ser cumplidos se considerará que existió incomparecencia en los términos del artículo 10, segundo párrafo, de la Ley.

En todos los casos el reclamante podrá solicitar la comparecencia personal de la contraparte, ofreciendo tomar a su cargo los gastos de traslado y estadía".

El supuesto de los domiciliados en extraña jurisdicción -más de 100 Km.- se guía por las normas transcritas y por las procesales comunes que resuelven al respecto.

Es decir, pueden designar representante en el lugar donde deba practicarse la mediación, dándole facultades suficientes para conciliar y obligarlos en consecuencia.

"Sólo se admitirán como causales de justificación de la incomparecencia de alguna de las partes, razones de fuerza mayor debidamente acreditadas por escrito ante el mediador y aceptadas por éste" (art. 19 párrafo final del Decreto 1021/95).

c) Patrocinio letrado obligatorio

La necesidad de tener abogado en la instancia de mediación es razonable por la índole de cuestiones (patrimoniales) que deben ser analizadas.

Aun cuando el conflicto pertenezca y se resuelva por la decisión voluntaria de las partes, es menester tener el asesoramiento apropiado y el consejo oportuno, pues también en esta actividad prejudicial la actividad del abogado es insoslayable.

La garantía de defensa que impregna el sentido fundamental del proceso justo, obliga a responder con acierto y eficacia al problema de la asistencia letrada idónea.

La cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", ni entre procedimientos administrativos o, como en el caso, sistemas de mediación o conciliación, porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el que todo proceso debe solventar la "garantía" de protección del justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico.

No se trata en la actualidad de dar "formas legales", aparentemente solidarias y respetuosas con el proceso justo (o debido), sino de garantizar el servicio a través de medidas que respalden las garantías fundamentales que el mismo, todo propuesto ampare.

En efecto, la representación procesal se instala preponderante en el núcleo de exigencias. Su inexistencia obliga al Estado a cubrir el vacío dispuesto, y por tanto si el cambio o asignación (según se trate de sustitución del abogado particular por el defensor público, o la directa designación de éste) no tiene en cuenta las garantías implícitas de conocimiento y aceptación, se quiebra de alguna manera, la confianza que debe primar en esa relación tan íntima que tienen defendidos y defensores.

Por ello, la garantía de la defensa en juicio supone que quien se encuentra sometido a una instancia de mediación tenga asistencia profesional.

Se trata específicamente más que de derechos procesales (o de situaciones procesales), de derechos constitucionales los que están en juego (proximidad que tiene emparentamiento con los contenidos del derecho procesal constitucional), por lo tanto, es intrínseco a la eficacia del sistema, la asistencia profesional idónea, más allá de las decisiones personales de autodefensa.

Artículo 12: Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en la que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes.

El mediador deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia.

En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el Juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deber aplicar la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

a) Formalidades del acuerdo

La ley no precisa si el acuerdo conseguido debe homologarse ante el Juez previamente sorteado en la causa, circunstancia que daría por satisfechas las pretensiones y serviría de acto conclusivo de toda la instancia.

Sin embargo, aunque con cierta ambigüedad, el artículo 13 de la reglamentación dice que "...en todos los casos deber homologarse ante el Juez sorteado el acuerdo al que se hubiere arribado".

La ventaja de la sentencia homologatoria es elocuente pues el acto conciliatorio tendría efectos de cosa juzgada y lograría una eficacia ejecutiva mejorada, desde que la posibilidad de ejecución directa prevista, no est lograda en un proceso jurisdiccional y el acuerdo alcanzado tiene carácter privado, sin que la intervención del mediador le d, validez de instrumento público.

En consecuencia pensamos que el convenio entre partes debería cumplir los recaudos precisos que establece el Código Civil para demostrar ante el Juez competente la viabilidad de su homologación.

b) Ejecución del acuerdo

El art. 500 del Código Procesal establece que pueden aplicarse las disposiciones de la "ejecución de sentencia" para lograr el cumplimiento forzado de "...transacciones o acuerdos homologados (inciso 1º)".

El vacío legal enunciado precedentemente llevaría a que si las partes no presentaran al Juez el acuerdo alcanzado, o el mediador no lo informara, para lograr el acatamiento inmediato ante la posible inexecución deber realizarse previamente esta intervención jurisdiccional.

De otro modo, no es posible tener como "título ejecutorio" al convenio, sino, en todo caso como un documento de los previstos en los art. 520 y 523 inciso 7º del Cód. Procesal ().

c) La multa por obstruccionismo o sin razón

La norma dispone que el Juez "debe" aplicar la multa por temeridad y malicia inserta en el art. 45 del Cód. procesal, si el convenio debe ejecutarse para conseguir su cumplimiento.

En realidad, la multa prevista ha sido interpretada, generalmente, como discrecional y dispuesta una vez valorado el comportamiento de la parte.

Más allá de las diferencias existentes entre la malicia (obstruccionismo intencionado) y la temeridad (actuar a sabiendas de la propia sin razón), la sanción establecida obliga al juez a declararla al tiempo de homologar el acuerdo presentado para su ejecución.

Observamos así dos cuestiones procesales que no aparecen bien dispuestas.

Si el juez "debe" aplicar la multa del art. 45, cuya finalidad es la de sancionar la inmoralidad procesal, sólo puede hacerlo cuando dicta sentencia homologatoria, y no al determinar la procedencia ejecutiva.

En cambio, si aquella se aplicara una vez que el convenio se presenta a ejecución forzada, la suma líquida que figura en el instrumento tendr que variar por el incremento porcentual que el juez disponga aplicando la multa establecida. Aunque esta modificación no incide en los derechos de la parte que reclama el cumplimiento del acuerdo, pues el destino del importe aplicado es para el fondo de financiamiento.

Por eso, reafirmamos que el acuerdo debe presentarse al juez para homologarlo, y ante su inexecución, el Juez tiene que aplicar la multa y recien despu,s ordenar la compulsión directa.

Artículo 13: El Ministerio de Justicia de la Nación percibir con destino al fondo de financiamiento creado por esta ley, las sumas resultantes de las multas establecidas en los artículos 10 y 12. En el supuesto que no se abonen las multas establecidas se perseguir el cobro impulsando por vía incidental, las acciones judiciales necesarias observando el procedimiento de ejecución de sentencia.

A tal fin el Ministerio de Justicia certificar la deuda existente y librar el certificado respectivo que tendrá carácter de título ejecutivo.

En el caso de no haberse promovido acción judicial posterior a la gestión mediadora, el cobro de la multa establecida en el artículo 10 se efectuar mediante el procedimiento de juicio ejecutivo.

a) Destino de la multa

En el Código Procesal la multa del art. 45 tiene como beneficiario a la parte que cumple; en el caso, la situación varía para destinarse al fondo de financiamiento creado.

El procedimiento previsto para su percepción forzada es igual a la que activa el representante del Fisco Nacional cuando no se cumplen las imposiciones o gravámenes que como carga tributaria tienen las actuaciones judiciales.

Artículo 14: Si no se arribase a un acuerdo en la mediación, igualmente se labrar acta, cuya copia deber entregarse a las partes, en la que se dejar constancia de tal resultado.

En este caso el reclamante quedar habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acompañando las constancias de la mediación.

a) Procedimiento ante la falta de acuerdo.

Efectuadas las audiencias que el mediador hubiera establecido como necesarias y ante la imposibilidad de llegar a la conciliación, se debe formalizar un acta que especifique la ausencia de acuerdo.

Somos de la opinión que, a diferencia del caso del art. 12 -es decir, cuando existe convenio-, el acta a levantar sólo debe mencionar el nombre de las partes y terceros intervinientes, las fechas ciertas de comienzo y finalización del proceso de mediación, y el resultado negativo. Estos contenidos, aun sin estar especificados, son los que debiera presentar el acta que menciona el art. 15 reglamentario.

Una copia de ella ser para cada parte, y otra más quedar en el servicio de mediación a efectos de llevar las estadísticas completas que permitan realizar un adecuado seguimiento de la experiencia que comienza.

b) Formalización de la demanda

A partir de la fecha que declara clausurada la instancia de mediación reinicia el plazo de prescripción de las acciones, y queda habilitado el interesado para formalizar la demanda.

En el supuesto de haberse decretado medidas cautelares, también vuelve a computarse el plazo de caducidad del art. 207 del Cód. Procesal, para iniciar el proceso judicial vinculado con las obligaciones exigibles.

Del Registro de Mediadores

Artículo 15: Créase el Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización y administración ser responsabilidad del Ministerio de Justicia

a) La dependencia del mediador

La mediación como instituto v lido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria, debe responder a un interrogante previo. ¿Cómo se debe implementar la figura? y en su caso, ¿requiere de alguna dependencia?.

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas en una obra anterior () corresponde ahora ver quien se encarga de llevarla a cabo para retornar al mismo problema de saber si es o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Ninguno de los sistemas alternativos puede ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos un proceso; porque la jurisdicción es antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogm tico ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica, pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si pensáramos que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en base a un procedimiento libremente acordado, confundiríamos el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; sólo aconseja, acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos pero con puntos de coincidencia que liminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

La practicidad de su desenvolvura admite, en consecuencia, no adscribir para ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en Estados Unidos de Am,rica donde existen m s de 650 compañías dedicadas a la solución alternativa de disputas ().

¿Privatización de la justicia?, puede ser, pero si el destino final no es resolver haciendo justicia, sino acordando modalidades donde confluyen voluntades antes enfrentadas, no vemos porqu, tenga que hablarse de la justicia allí donde el problema es otro.

En todo caso no existe m s justicia que la que tiene aceptada el consenso un nime de la sociedad, y por eso podemos hablar de un derecho a la desobediencia, o de una resistencia a la opresión.

La justicia individual que no trasciende el espacio que las mismas partes concretan no tiene que estar necesariamente unida a la participación de la jurisdicción como Poder Estatal.

Ahora bien, aceptada esta t,sis, resta considerar cómo se implementa, porqu, si la mediación nace desde la iniciativa oficial para insertarla en la sociedad a trav,s de mecanismos posibles, habr que observar de qu, forma se llega y como se involucran los aspectos institucionales respectivos.

En definitiva, es el problema del Decreto 1480/92, que como ya apuntamos, al resolver por decreto presidencial, el inter,s del Estado en la institucionalización y desarrollo de la mediación como m,todo no adversarial de solución de conflictos (art. 1), estableció en el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina la obligación de formular proyectos legislativos (función natural y propia en un sistema de colaboración en el ejercicio del Poder), y dictar normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución (función esta de significativa importancia para evitar mortificaciones de los otros poderes -judicial y legislativo-), que son, precisamente, las que motivan este estudio.

b) El Registro de Mediadores

El art. 20 del Decreto 1021/95 establece:

"Cr,ase en la órbita de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia el Registro de Mediadores, que tendrá a su cargo:

1) Confeccionar la lista de los mediadores autorizados, mantenerla actualizada y remitirla bimestralmente a las mesas generales de entradas de cada fuero y a la oficina de notificaciones del Poder Judicial de la Nación con las exclusiones que correspondan de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 de la presente reglamentación;

2) Habilitar un libro especial en el que hará constar la numeración de los certificados que se entreguen bajo recibo a cada mediador;

3) Confeccionar dichos certificados;

4) Llevar el registro de firmas y sellos de los mediadores;

5) Llevar registros relativos a la capacitación inicial y continua de los mediadores, a su desempeño, evaluación y de aportes personales al desarrollo del sistema;

6) Llevar el registro de sanciones;

7) Comunicar a los mediadores inscriptos sobre la realización de cursos de actualización estableciendo aquellos que sean de carácter obligatorio o facultativo;

8) Archivar las actas donde consten el resultado de los trámites de mediación, de conformidad con lo establecido por el artículo 12 de la Ley;

9) Entender en lo relativo a las licencias de los mediadores ().

10) Informar periódicamente sobre las actividades del Registro a la COMISION DE SELECCION Y CONTRALOR creada por el artículo 19 de la Ley".

Artículo 16: Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente.

a) Requisitos reglamentarios

De acuerdo con el art. 21 del decreto reglamentario, para ser inscripto en el Registro de Mediadores deberán cumplirse los siguientes requisitos:

1) Ser abogado con dos (2) años de antigüedad en el título.

2) Haber aprobado el curso y entrenamiento, con las pasantías correspondientes, promovido por el Ministerio de Justicia u otros equivalentes. En todos los casos la idoneidad será juzgada por la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia.

3) Disponer de oficinas que permitan un correcto desarrollo del trámite de mediación, cantidad de ambientes suficientes para la celebración de las sesiones conjuntas y privadas y demás actuaciones propias del procedimiento.

4) Abonar la suma de pesos cien (\$ 100) en concepto de matrícula anual de inscripción la que se destinará al Fondo de Financiamiento.

La habilitación del mediador quedará a cargo de la Secretaría de Justicia, la que deberá registrar su firma y sello. Este último deberá contener el nombre y número de habilitación o registro del mediador.

Artículo 17: En la reglamentación a la que se alude en el artículo anterior, se estipularán las causales de suspensión y separación del registro y el procedimiento para aplicar tales sanciones. También se determinarán los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte del mismo.

a) La exclusividad del abogado para ser mediador

Fue éste uno de los puntos más conflictivos de la ley sancionada.

Muchas fueron las opiniones vertidas, institucionales, legislativas y doctrinarias. Hemos preferido mostrar sólo una de ellas para acompañar la tesis que requiere la profesión de abogado como ejercicio exclusivo del rol de mediador.

Decía el Senador Romero Feris "...no desconozco las críticas que se han formulado sobre la exclusividad que el artículo 16 concede a los abogados para desempeñarse como mediadores, remarcándose que el ejercicio de la mediación -por sus características- no requiere un específico nivel universitario. En este sentido, considero que la crítica apuntada es enteramente válida para la intervención de mediadores en los ámbitos de la mediación comunitaria o en la escolar, pero debo confesar que tengo mis reservas en lo que respecta a la mediación en el ámbito judicial, como la que estamos considerando. No dudo que en los asuntos de derecho de familia puede desenvolverse habilmente un mediador lego en las ciencias jurídicas, pero en aquellos asuntos de contenido patrimonial le asigno mayor solvencia a un profesional del derecho por la formación recibida y considerando que deberá mediar con partes asistidas por abogados, por lo que me inclino por mantener -al menos en una primera etapa- la redacción original del artículo 16" ().

Tómese en cuenta que las materias sometidas por ley al proceso de mediación son patrimoniales; que las partes tendrán asistencia letrada obligatoria y que existe, antes de someterse al proceso conciliador, el espíritu tradicional de enfrentamiento donde, casi siempre, el objetivo es salir triunfador.

Todo ello aconseja formar abogados especializados (), que puedan incorporar a la técnica aprendida en la carrera de grado las metodologías innovadoras de esta novedosa forma de afrontar un conflicto.

b) La selección de mediadores

Sostiene la doctrina nacional más autorizada en el tema que "no es suficiente hacer una determinación inicial sobre la idoneidad de los mediadores a quienes se derivan casos. La supervisión de su actuación tiene la misma importancia que el proceso inicial de selección. Esto garantiza que los programas ofrezcan un proceso de resolución de conflictos basado en la colaboración y que no degeneren en procedimientos de deliberaciones o consultas sobre el caso...[.]...El sistema debe tender a evaluar por metros tanto cualitativos como cuantitativos. Los datos obtenidos en la evaluación deben ser controlados cuidadosamente y usados permanentemente a fin de corregir las deficiencias que se detecten en los mecanismos de selección...[.]...La evaluación no debe entenderse como un proceso que solamente recopila y analiza información cuantitativa. La información cualitativa recogida a través de la observación y de entrevistas con final abierto, por ejemplo, puede aclarar aspectos del carácter y la calidad de los servicios de mediación" ().

De las causales de excusación y recusación

Artículo 18: El mediador deberá excusarse bajo pena de inhabilitación como tal, en todos los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para excusación de los jueces, pudiendo ser recusado con expresión de causa por las partes conforme lo determina ese Código. De no aceptar el mediador la recusación, ésta será decidida por el Juez designado conforme lo establecido en el artículo 4º por resolución que será inapelable.

En los supuestos de excusación y recusación se practicarán inmediatamente un nuevo sorteo.

El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a cualquiera de las partes intervinientes en la mediación durante un lapso de UN (1) año desde que cesó su inscripción en el registro establecido en el artículo 15. La prohibición será absoluta en la causa en que haya intervenido como mediador.

a) La excusación y recusación del mediador

No varía el cuadro de causales previsto en el art. 17 del Cód. Procesal para la recusación y excusación de los mediadores.

Como allí, la mera invocación de la disposición legal pertinente no cubre la manifiesta omisión de especificar el motivo que se pretende hacer valer como sustento del apartamiento, toda vez que no está prevista la recusación sin causa.

La norma pone en primer lugar a la excusación, casi en términos que parecen una obligación de análisis subjetivo sobre la competencia discernida. Se sanciona con inhabilitación al mediador que acepta el caso omitiendo alguno de los motivos que le impiden -objetiva y subjetivamente- actuar.

De todas maneras, en el proceso de mediación se acepta una mayor libertad para resolver apartarse del caso asignado. Ocurre que si el funcionario entiende que para el conflicto en cuestión no se encuentra en condiciones de asumirlo con plena independencia, sea por razones especificadas en los tipos previstos legalmente, o por simples cuestiones de delicadeza u obstrucción moral, puede excusar su participación.

La serenidad es más importante que la imparcialidad en el ánimo, por eso, bien se ha dicho que "aun cuando el mediador sienta que algún hecho o circunstancia determinados no empecen a su imparcialidad y no obstan a su intervención en el proceso, igualmente debe revelar la información necesaria para que las partes la consideren. Un mediador tiene el deber de ser imparcial y de advertir a todas las partes sobre cualquier cuestión que tenga influencia o pueda interferir sobre posible parcialidad, prejuicio o imparcialidad. Si según su conciencia, la circunstancia no le impedir ser objetivo, el mediador así debe decirlo, dando oportunidad a las partes para decir la última palabra" ().

Con relación al trámite de separación corresponden las del Código Procesal, con la particularidad de que la decisión del Juez resulta inapelable.

Siendo así, esta sentencia admite otras impugnaciones como el recurso de reposición o el de nulidad.

La reglamentación ha establecido en el art. 22 lo siguiente:

"Los mediadores inscriptos en el Registro podrán solicitar expresamente ser excluidos de las listas de sorteo. Dicha exclusión tendrá vigencia hasta tanto el mediador requiera, en forma expresa, su inclusión en la misma, efectivizándose su incorporación en la lista inmediata posterior que el Registro de Mediadores envíe a las mesas generales de entradas y a la oficina de notificaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto los mediadores excluidos de las listas se encuentran habilitados para realizar mediaciones con acuerdo de las partes y expedir los certificados a los que alude el artículo 2º de la presente reglamentación. En tales supuestos los honorarios del mediador serán convenidos libremente con las partes, no teniendo el mediador derecho alguno de cobro respecto del Fondo de Financiamiento, independientemente del resultado de su gestión".

b) Impedimentos posteriores del mediador

En otras legislaciones el tiempo de carencia impuesto al mediador que se aparta del régimen nacional creado para dedicarse al ejercicio profesional particular es de tres años o más; en nuestro caso se dividen las inhabilitaciones en dos aspectos.

Un año de impedimento material para asesorar o patrocinar a las partes que están en trámites de mediación, contados desde que cesó en el registro; y un impedimento absoluto para actuar en representación de esas mismas partes si él hubiera sido el mediador interviniente.

De la Comisión de Selección y Contralor

Artículo 19: Créase una Comisión de Selección y Contralor que tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación de última instancia sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción como aspirantes a mediadores en el Registro establecido por el artículo 15 de la presente ley.

Asimismo la Comisión tendrá a su cargo el contralor sobre el funcionamiento de todo el Sistema de Mediación.

Artículo 20: La Comisión de Selección y Contralor del régimen de mediación estará constituida por dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial y dos del Poder Ejecutivo Nacional ().

a) La idoneidad del mediador

La comisión que se crea no tendrá como finalidad discernir a los futuros mediadores, sino actuar como organismo de acreditación de la idoneidad de los aspirantes que quieran inscribirse en el registro establecido (art. 15).

La reglamentación ha dispuesto, en relación con el tema y sin perjuicio de lo expresado por el artículo 20 referido al "Registro de Mediadores", que son causales de suspensión y separación las siguientes:

- 1) Haber perdido alguno de los requisitos necesarios para la incorporación al registro;
- 2) El incumplimiento o mal desempeño de sus funciones;
- 3) Negligencia grave en el ejercicio de sus funciones que perjudique el procedimiento de mediación, su desarrollo o celeridad;
- 4) La violación a los principios de confidencialidad e imparcialidad;
- 5) Asesorar o patrocinar a alguna de las partes que hayan intervenido en una mediación a su cargo;
- 6) Haber rehusado a intervenir sin causa justificada en más de tres (3) mediaciones, dentro del término de doce (12) meses.

El mediador no podrá ser suspendido o separado -finaliza el art. 24 del reglamento- del Registro sin previo sumario, en el que se garantizará el derecho de defensa y el que se desarrollará aplicándose analógicamente el Reglamento de Investigaciones aprobado por Decreto 1798/80.

b) Inhabilitaciones e impedimentos

Dice el art. 25 del Decreto 1021/95 que:

"No podrán ser mediadores:

- 1) Quienes registren inhabilitaciones comerciales, civiles o penales o hubieren sido condenados con pena de reclusión o prisión por delito doloso;
- 2) Quienes se encuentren comprendidos por las incompatibilidades o impedimentos del artículo 3 de la Ley 23.187 para ejercer la profesión de abogado con excepción del inciso a) apartado 7;
- 3) Quienes integren la Comisión de Selección y Contralor prevista por el artículo 19 de la Ley".

De la retribución del mediador

Artículo 21: El mediador percibirá por su tarea desempeñada en la mediación una suma fija, cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente. Dicha suma será abonada por la o las partes conforme el acuerdo transaccional arribado.

En el supuesto que fracasare la mediación, los honorarios del mediador ser n abonados por el Fondo de Financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Las sumas abonadas por este concepto, integran n las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrar n al fondo de financiamiento aludido.

A tal fin, y vencido el plazo para su depósito judicial el Ministerio de Justicia promover el cobro por vía incidental mediante el procedimiento de ejecución de sentencia.

a) Honorarios del mediador

La retribución del mediador se establece a título de honorarios que deben soportar las partes que someten su conflicto a los buenos oficios de aqu,l.

La norma, evidentemente, peca de una gran imprecisión, en varios aspectos, a saber:

Suma fija puede ser cualquiera, tanto un mínimo arancelario como un tope legal establecido. Lo cual, confrontado con el debatido r,gimen de abogados y procuradores, ante la mentada desregulación, muestra su inconsistencia y, aun m s, su total inconveniencia.

Ello, sin advertir la incongruencia del texto, que en los artículos siguientes menciona un "honorario b sico" antes que la citada "suma fija", siendo que se trata -al menos como hechos- de cosas diferentes.

Por otro lado, de la lectura surge que esta suma sólo se paga ante la posibilidad de lograr un acuerdo transaccional, porqu, en caso contrario, la abona el Fondo de Financiamiento.

La habilidad de cualquier abogado podría hacer que la posibilidad de acuerdo no se rotule o tenga mención a renuncias recíprocas, que son las tipicidades características de la transacción, logrando con ello eludir el tipo requerido para la existencia de honorarios; si la fórmula de pacificación encontrada fuera, por ejemplo, una quita, una espera, la remisión o novación de la deuda, o inclusive, una compensación, serían acuerdos interesados fuera del espacio de la transacción, propiamente dicha.

Si las partes no pactan el pago, tanto la suma fija, como las condiciones y modalidades de los honorarios, necesariamente tendr n que reclamarse a trav,s de la vía jurisdiccional y ante el Juez competente designado.

Aun así, estimamos poco aconsejable hacer derivar los honorarios del mediador de la importancia relativa del conflicto.

No es conveniente que el esfuerzo facilitador se vincule con la trascendencia económica; como tampoco lo es que, a trav,s de ello, pueda el gestor del conflicto encontrar un inter,s específico en el resultado que pueda obtener.

Otra cosa m s, si la necesidad de tener un convenio es el fin principal de la mediación, puede esquivarse el camino pensado para el fin institucional de esta forma alternativa; pues de lo que se trata es de advertir un rumbo diferente para la solución de controversias, donde el abogado con los mediadores y partes procuren beneficiarse con la mutua negociación.

Supongamos que el ,xito se mida por la cantidad de acuerdos logrados; en este caso, la Comisión de Contralor deber seguir el resultado concreto del mismo, para ver si fue cumplido en t,rmino, si lograron efectuarse las estipulaciones, y las partes tuvieron respectivas satisfacciones en sus posturas.

¿Qu, ocurriría si, mutatis mutandi, el mediador lograra un acuerdo entre partes que luego no se cumpliera por insatisfacción?

Sencillamente se habría generado un costo adicional al proceso, quiz de suma importancia, que aumentaría el tema de costos y costas tan remanido y criticado en su actual emplazamiento ().

Se han dado, antes de la sanción definitiva de la norma, algunos consejos -desoídos- como al indicar que "sería conveniente que los mediadores cobraran una suma fija por mediación que se estima en ocho (8) horas <<es el promedio que est acusando la experiencia piloto>> y si se excede este tiempo, perciban un adicional por cada dos (2) horas. O, si se teme la extensión innecesaria, la

suma fija puede no tener adicionales por el excedente...[Otro sistema de pago que puede tranquilizar los temores de un r pido intento de acercamiento de las partes sin mayor esfuerzo del mediador es el de pago por hora de mediación, hasta el máximo de ocho (8) horas. Con ello, si el mediador no logra interesar suficientemente a los participantes, solamente cobrar una hora, y sus honorarios ser n mayores a medida que el avance de la sesión se prolongue en el tiempo. Se puede combinar con un plus por cada parte que exceda de un b sico <<dos o tres, según se establezca>>, pues la mediación multiparte genera mayores dificultades y posiblemente pueda prolongarse m s tiempo del reconocido" ().

Finalmente no puede pasar inadvertido que, al ser la mediación una profesión especializada, que genera incumbencias, obligaciones y responsabilidades, no puede el Poder Ejecutivo Nacional determinar el sistema arancelario a trav,s de una norma reglamentaria. No se trata de una facultad que pueda delegarse, tal como lo establece el art. 30 primer p rrafo de la ley.

Así fue advertido en la C mara de Diputados. En consecuencia, corresponde que dicha determinación sea por Ley, como son todas aquellas que refieren a honorarios profesionales.

La reglamentación del precepto se encuentra en el art. 26 del Decreto 1021/95, en estos t,rminos:

"Los honorarios que percibir n los mediadores por su tarea se fijar de acuerdo a las siguientes pautas:

1) Asuntos en los que se encuentren involucrados montos hasta la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000) a PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000): PESOS TRESCIENTOS (\$ 300);

2) Asuntos sin determinación de monto, o en los que se encuentren involucrados montos superiores a PESOS TRES MIL (\$ 3.000): PESOS TRESCIENTOS (\$ 300);

A los fines de determinar el monto del asunto deber n computarse el capital comprometido y sus intereses, aplic ndose a tales fines la tasa pasiva aplicada por el Banco de la Nación Argentina".

b) ¿Costas a cargo de quien?

Según el p rrafo segundo de la norma, si no hay acuerdo, los honorarios del mediador los paga -como anticipo de costas- el Fondo de Financiamiento.

Es decir, que existe una subrogación legal en los derechos del mediador de perseguir el pago de sus emolumentos, contra aqu,l que resulte condenado a pagar los gastos causídicos de la litis probable.

El artículo no contempla, pero sí lo hace la reglamentación (), el supuesto de inexistencia de proceso judicial por cualquier circunstancia (inclusive, un acuerdo eventual entre las partes, posterior a la mediación), en cuyo caso, no habría obligado a restituir la solvencia ya efectuada.

En tal sentido el art. 30 del decreto reglamentario dice:

"Si promovido el procedimiento de mediación este se interrumpiere o fracasare por cualquier causa y no se iniciare el juicio por parte del requirente dentro de los ciento ochenta (180) días, quien motivó la mediación deber abonar al mediador el monto total de sus honorarios, de acuerdo a las pautas del artículo 26 del presente decreto, o la diferencia entre ,stos y los honorarios b sicos establecidos en el artículo 28 de esta reglamentación, si ,ste los percibió del Fondo de Financiamiento. El plazo se contar desde el día en que se hubiere cumplido por el requirente el último acto útil del procedimiento".

En caso de promoción de la demanda, estimamos que las costas procesales, mientras no se varíe el criterio (), deben aplicarse al perdedoso, o a cualquiera que resulte obligado frente a la circunstancia respectiva (V.gr.: allanamiento, desistimiento, costas al vencedor, plus petitio, etc.).

Es temperamento seguido en el reglamento, establece distinciones entre el convenio de partes y la condena en costas.

En efecto, el art. 27 indica que:

"Celebrado el acuerdo entre las partes, éstas deberán satisfacer los honorarios del mediador en la audiencia de conciliación, de acuerdo a los términos de la misma y a los criterios establecidos en el artículo anterior"

Por su parte, el art. 29 aclara:

"Sin perjuicio de lo expuesto en el artículo anterior -honorarios cuando no hay acuerdo-, el mediador tendrá derecho a percibir de quien resulte condenado en costas en el pleito, la diferencia entre lo efectivamente cobrado del Fondo de Financiamiento y los honorarios que le corresponden de acuerdo a las pautas del artículo 26 del presente decreto".

Artículo 22: El Ministerio de Justicia de la Nación podrá establecer un régimen de gratificaciones para los mediadores que se hayan destacado por su dedicación y eficiencia en el desempeño de su labor.

a) ¿Gratificación ó incentivos inequitativos con el Poder Judicial?

La posibilidad de que el Ministerio de Justicia de la Nación establezca reglamentariamente un sistema de gratificaciones como el pensado en el artículo, aparece inadecuado en el contexto como se emplaza la mediación institucional.

En su caso, ¿porqué, los jueces no podrían requerir un mecanismo que los iguale de acuerdo -por ejemplo- al índice de revocabilidad de sentencias tomado estadísticamente? Ello revelaría, seguramente, la dedicación y eficiencia del magistrado.

La consagración de un valor predispuesto (en la probable Ley de Honorarios para la Mediación), como el sistema de gratificaciones, van contra las modalidades comunes que en otros países adoptan para solventar el mecanismo.

El costo en Estados Unidos (Estado de Florida) asciende a U\$S 65 (sesenta y cinco dólares) la hora que paga cada una de las partes; pero, a veces, se eleva al doble o más, de acuerdo al prestigio del mediador.

Otros Estados dominan el valor promedio por la envergadura de los problemas. Así en Texas, donde los conflictos interempresarios movilizan millones de dólares, el costo llega a U\$S 2.500 (dos mil quinientos dólares) ().

En todos estos casos, no existe estímulo oficial en razón de tratarse de actividad privada desenvuelta en el marco del sometimiento voluntario para la gestión del conflicto.

En nuestro país, la experiencia inicia con un ensayo (plan piloto) que no ha demostrado progresos evidentes. Quizás, se ha pensado que el estímulo beneficiaría la fortaleza del sistema a través de un empeño mejorado de cada uno de los mediadores.

Guardamos nuestro recelo a tal posibilidad, básicamente, por considerarla inequitativa con la remuneración de los jueces (aunque sea sustancialmente superior).

Del Fondo de Financiamiento

Artículo 23: Créase un Fondo de Financiamiento a los fines de solventar:

a) El pago de los honorarios básicos que se le abone a los mediadores de acuerdo a lo establecido por el artículo 21, segundo párrafo de la presente ley.

b) Las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores.

c) Cualquier otra erogación relacionada con el funcionamiento del sistema de mediación.

a) Ambito de administración del Fondo

El art. 31 del decreto reglamentario establece que:

"El Fondo de Financiamiento creado por el artículo 23 de la Ley, funcionar en la órbita de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia".

Artículo 24: El presente Fondo de Financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

- 1) Las sumas asignadas en las partidas del Presupuesto Nacional.
- 2) El reintegro de los honorarios básicos abonados conforme lo establecido por el artículo 21 segundo párrafo de la presente ley.
- 3) Las multas a que hace referencia el artículo 10, segundo párrafo de la presente.
- 4) Las multas establecidas por el artículo 12, último párrafo.
- 5) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito que se haga en beneficio del servicio implementado por esta ley.
- 6) Toda otra suma que en el futuro se destine al presente fondo.

Artículo 25: La administración del Fondo de Financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación, instrumentándose la misma por vía de la reglamentación pertinente.

Artículo 26: Iniciada la demanda, o la ejecución del acuerdo transaccional, el Juez notificará de ello al Ministerio de Justicia de la Nación, a fin de que promueva la percepción de las multas, según el procedimiento de ejecución de sentencia.

De la misma forma se procederá con relación al recupero del honorario básico del mediador, una vez que se haya decidido la imposición de costas del proceso.

Honorarios de los letrados de las partes

Artículo 27: A falta de convenio, si el o los letrados intervinientes solicitaren regulación de los honorarios que deberán abonar sus patrocinados por la tarea en la gestión mediadora se aplicarán las disposiciones pertinentes de la ley 24.432, ley cuya vigencia se mantiene en todo su articulado.

Sin comentario

Cláusulas transitorias

Artículo 28: El sistema de mediación obligatoria comenzará a funcionar dentro de los ciento ochenta (180) días a partir de la promulgación de la presente ley, siendo obligatorio el régimen para las demandas que se inicien con posterioridad a esa fecha.

a) Fecha de inicio para la mediación obligatoria

Las demandas que se inicien a partir del 25 de abril de 1996 y cuyo objeto no sea de los excluidos por el artículo segundo, deberán someterse al régimen de la mediación obligatoria.

Pueden suscitarse algunas cuestiones intermedias en el tránsito de aplicación de la ley con demandas anteriores pero cuyos principales efectos comienzan estando vigente la norma.

b) El beneficio de litigar sin gastos

La mediación obliga a soportar gastos y honorarios que pueden obviarse si quien se somete al r, gimen tiene sentencia favorable que lo declara exento por el beneficio de pobreza.

El art. 78 del Cód. Procesal establece que "los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos".

Ahora bien, de acuerdo con el art. 83 del orden adjetivo, en su parte pertinente, queda dicho que "...el trámite para obtener el beneficio no suspende el procedimiento, salvo que se pudiese en el escrito de demanda", de forma que, si se hubiera requerido, la concesión probable cobra sus efectos desde la fecha que la sentencia se emite.

Esta podrá ser posterior al 26/4/96, dejando entonces el siguiente interrogante ¿es procedente la instancia de mediación? o ¿resulta un trámite anterior que se encontraba suspendido y reanuda sus plazos estando vigente un sistema diferente?.

Nuestra respuesta afirma la primera cuestión, porque, los efectos del beneficio nada tienen que ver con el contenido de las pretensiones. Al ser estas formuladas, encontrándose vigente la ley 24.573 corresponde remitir los obrados al mediador, y dejar en el juzgado la competencia objetiva para las demás situaciones.

Artículo 29: La mediación suspende el plazo de la prescripción desde que se formalice la presentación a que se refiere el artículo 4º

Ver comentario al artículo 4º

Artículo 30: Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional, por el término de cinco (5) años a establecer por vía de la reglamentación los aranceles y honorarios previstos en la presente ley.

La obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1º primer párrafo de la presente ley, regir por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del r, gimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28.

a) Honorarios ante la falta de acuerdo

El reglamento ha dispuesto en el art. 28 que:

"En los casos en que no se arribare a acuerdo alguno, el mediador percibir un honorario básico que se establece en la suma de pesos quince (\$ 15), de parte del Fondo de Financiamiento, según lo estipulan los artículos 21 y 23 inciso a) de la Ley.

En tales supuestos, intentados los trámites de mediación y frustrada la misma y una vez que el mediador hubiera cumplido con la totalidad de las obligaciones impuestas por la ley y la presente reglamentación, éste quedará habilitado para presentar la solicitud de cobro ante el Fondo.

Dicha solicitud deberá contener:

- 1) Nombre del mediador;
- 2) Copia del formulario de requerimiento y sorteo;
- 3) Copia del acta de la audiencia o audiencias;
- 4) Monto involucrado, si lo hubiere y su composición detallada;
- 5) Firma y sello del mediador.

El pago deber efectuarse dentro de los cinco (5) días de presentada la solicitud con los requisitos del presente artículo"

Artículo 31: Quedar en suspenso la aplicación del presente r,gimen a los Juzgados Federales en todo el mbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las Secciones Judiciales en donde ejerzan su competencia.

a) Transitoriedad del r,gimen

La provisionalidad por cinco años se inserta como continuidad del plan piloto establecido en el Decreto 1480/92, lo cual no parece acertado si acertamos en la confianza que puede despertar el sistema, y en la recepción auspiciosa que la mediación a tenido en los mbitos profesionales y universitarios ().

b) El r,gimen federal

La norma aclara que el sistema solamente ser aplicado a la justicia nacional con asiento en la ciudad de Buenos Aires, excluyendo la justicia federal hasta que se implemente el sistema en ellos.

Sostuvo el Diputado Natale que "el artículo 31 deja en suspenso la aplicación del r,gimen previsto en esta norma en los juzgados federales de todo el territorio de la Nación. Esto significa que a partir de los 180 días -previstos en el artículo 28- de sancionada la ley el r,gimen de mediación exclusivamente ser aplicable en las causas que se ventilen ante los tribunales nacionales de la Capital Federal. Desde luego, no ser aplicable con los códigos de procedimientos provinciales ni tampoco -tal como se señala en el artículo 31- en los procesos que se tramiten ante los juzgados federales. Esta inaplicabilidad a los juzgados federales se condiciona con una expresión absolutamente vaga, en la que se establece: <<hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerza su competencia>>...[]...No se qui,n resolver esta cuestión, si el juez del tribunal federal, la C mara Federal que tenga jurisdicción sobre esos juzgados, la Corte Suprema de Justicia o el Poder Ejecutivo nacional. Esto no est previsto en el proyecto. De manera que la mediación entrar a regir a partir de los 180 días de sancionada la ley, pero exclusivamente para las causas que deban tramitar ante los juzgados nacionales de la Capital Federal. La mediación no ser aplicable en los tribunales federales de todo el país hasta tanto alguien -insisto: no s, si el Juez, la C mara Federal, la Corte Suprema o el Poder Ejecutivo- declare que se ha implementado el sistema en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerza su competencia. Así dice oscuramente -pido perdón a los redactores de la norma- la última parte del artículo 31. Todas las críticas que se han hecho y se podrían seguir formulando al instituto que se est creando terminan de encontrar su colofón en este artículo 31" ().

Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Artículo 32: Modifícase el artículo 359 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 359.- Contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas, y siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes; aunque ,stas no lo pidan, el juez recibir la causa a prueba procediendo de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 360".

a) La apertura a prueba

La prueba se desenvuelve a partir de los hechos que se encuentran en contradicción. Esta contingencia depende del acto de contestación, que en el Código Procesal establece la carga de "reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...", otorgando al silencio, a las respuestas evasivas, o bien, a la negativa meramente general, el carácter de "reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran".

De ello se desprende que son materia de prueba las afirmaciones referidas a hechos que son controvertidos y útiles para la solución del caso.

De este modo son hechos alegados, los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y sus contestaciones; sin perjuicio de aquellos que se agreguen como "hechos nuevos".

Generalmente estos son objeto de prueba cuando están controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra.

Se denominan conducentes, esto es, pertinentes y útiles, porque inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito suficiente para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

En estas cuestiones la pauta la marcan los escritos de postulación y replica, porque de allí surgen los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de la pretensión, defensa o excepción.

Estos hechos podrán denominarse relevantes () o esenciales, y la prueba es necesaria porque dependiza la verificación y convicción que el Juez puede alcanzar.

A contrario sensu, puede prescindirse de producir la prueba que no es esencial, e inclusive aun cumplimentada pero pendiente de agregación al expediente, el Juez puede dictar sentencia sin considerarla, sin perjuicio de estar a ella "en segunda instancia si fuese agregada cuando la causa se encontrare en la alzada, salvo si hubiere mediado declaración de caducidad por negligencia" ().

Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por contar con medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades. Son los indicios, definidos como: "expresión o función signífica que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa" ().

En ellos la prueba se da como resultado de la valoración.

b) Variaciones con el régimen anterior

Se ha eliminado el traslado a cada parte cuando la cuestión debía tramitar como de "puro derecho", debiendo en más convocar a la audiencia preliminar que se crea con la reforma.

Debemos interpretar que este acto igualmente será celebrado en la situación antedicha, esto es, cuando la cuestión sea de "puro derecho", en la medida de que aquella no está prevista solamente como fijación de hechos litigiosos, sino antes bien, como audiencia de conciliación (Cfr. art. 360 inciso 4º nuevo).

Precisamente, este es el segundo objeto central de la reforma legislativa, introducir un acto trascendente en la instancia procesal jurisdiccional.

Artículo 33: Modifícase el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360.- A los fines del artículo precedente el Juez citará a las partes a una audiencia, que se celebrará con su presencia bajo pena de nulidad, en la que:

1º Fijar por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versar la prueba y desestimar los que considere inconducentes de acuerdo con las citadas piezas procesales.

2º Recibir las manifestaciones de las partes, si las tuvieren, con referencia a lo prescripto en los artículos 361 y 362 del presente Código, debiendo resolverla en el mismo acto.

3º Declarar en dicha audiencia cu les pruebas son admisibles de continuarse en juicio.

4º Declarar en la audiencia si la cuestión fuese de puro derecho con lo que la causa quedar concluida para definitiva.

5º Invitar a las partes a una conciliación".

a) La audiencia preliminar

Damos la bienvenida a este acto central del proceso por el que tanto se ha bregado.

La reforma, atenta con estas manifestaciones de la doctrina y frente al uso efectivo que del mismo hacen otros sistemas adjetivos, incorpora el mecanismo, destacando en cada uno de los incisos cada una de las finalidades que la audiencia persigue.

Si bien queda en claro que el juez presidir el acto y que su inasistencia ser causa de nulidad, creemos debió expresarse directamente, porque en otras normas vigentes del Código Procesal (V.gr.: art. 34, 125 bis) est dicha la sanción de nulidad que, ante la confrontación con la praxis, se ha convertido en pura utopía.

Curiosamente no est prevista la consecuencia ante la posible inasistencia de las partes. No aparece establecido como "deber" ni como "carga" ().

Existe una lamentable omisión -que explicamos en el comentario al art. 39- respecto al plazo que las partes tienen para ofrecer la prueba; detalle m s que importante, porque la sólo lectura de los incisos siguientes parecieran sólo aplicables al juicio sumario, desde que en el ordinario aun no estaría ofrecida la prueba.

En otro orden de cosas, apuntamos que la reforma es inmediata y operativa, de manera que no hay que esperar el plazo de ciento ochenta días previsto para la mediación; asimismo, no se tratan de modificaciones provisorias, sino definitivas en las modalidades del tr mite procesal.

Inciso 1º Fijación de hechos litigiosos

Observamos en el comentario al artículo anterior cómo juegan las definiciones sobre la prueba en la decisión que sobre ellas el juez debe adoptar.

El primer inciso podríamos nominarlo como "fijación de los hechos litigiosos" (otras legislaciones la denominan audiencia de saneamiento -Perú-, o despacho saneador -Brasil-) ().

La pertinencia y admisión de la prueba son correlatos de la estimación que merezca la libertad de ella. En rigor, son modalidades que se ocupan de centrar el foco litigioso, procurando que el debate judicial se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verifcatoria. En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba. Por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran sin discusión.

El art. 364, no reformado, del Cód. Procesal divide convenientemente el punto. El p rrafo primero noticia que "no podr n producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos".

Si bien la norma no aclara, surge de los principios observados que existen hechos exentos del esfuerzo probatorio, por lo cual, aqu,llos que no sean controvertidos o fuesen inconducentes para resolver el pleito, son potencialmente inaptos para provocar actividad demostrativa.

En cambio, sí revisten este car cter los hechos incorporados oportunamente y que fuesen discutidos; o los hechos nuevos que se aleguen; el derecho (objetivo) que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer, y los que se produzcan durante el curso del proceso, y consoliden o extingan la relación procesal.

El párrafo final del art. 364 citado refiere a la inadmisión de las pruebas que "fuesen manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias".

Aún con el calificativo antepuesto, estos medios no se encuadran en la admisión de la prueba, sino en un supuesto distinto de la pertinencia.

Surge de los adjetivos "no podrán producirse pruebas" y "no serán admitidas", las diferencias que aportan el contenido y control jurisdiccional. El primero, interpreta el principio de la amplitud probatoria, tolerando la incorporación y producción de elementos que pudiesen ser inútiles o dispendiosos. En cambio el segundo, prohíbe ab initio su ingreso a la litis ().

Mientras que en el primer caso el juez admite prueba impertinente, por ser potencialmente idónea, para descalificarla u omitirla en la consideración de valores convictivos al tiempo de dictar sentencia; en la restante, las priva de eficacia liminar, cortando la posibilidad de debate y sustanciación.

El último supuesto crea el riesgo de prejuzgamiento; mayor el peligro de hacer la estimativa sobre una impresión superficial, sin un conocimiento absoluto del problema que representa; sin embargo, es posible asegurar la eficacia del proceso y de la faz deliberativa, descartando cuestiones que estén fuera de la polémica. No olvidemos que prueba impertinente no significa prueba inadmisibles, sino material que no requiere de verificación por no ser un hecho articulado, o estar reconocido o admitido en las demás piezas que conforman la litiscontestado.

Con relación a la conducencia de la prueba, que se explica como la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al Juez sobre el hecho a que se refiere, hemos de apartarla de la admisibilidad, porque no representa un análisis sobre las cuestiones de procedencia formal, sino que se ocupa de señalar la capacidad que tiene el medio para ser conductor de una idea vertebral, para el juicio a vertir en la sentencia. Una prueba puede ser inconducente pero declararse admisible (V.gr: testimonio de un testigo interesado por dependencia, o alguna otra causa de exclusión general); pero no es posible observar prueba inadmisibles que sea conducente.

Esto así resulta porque la inadmisibilidad se determina en su origen (V.gr: una prueba legalmente prohibida es inadmisibles e inconducente), en cambio la conducencia se verifica con la sentencia.

Se diferencia también de la pertinencia de la prueba, porque aquella contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso, en cambio la conducencia vuelve a insistir en el aspecto de la trascendencia jurídica para generar convencimiento.

En síntesis, la conducencia es un perfil de la valoración de la prueba, pero sirve como medio alternativo para descartar elementos de prueba ofrecidos que vulneren los principios inútil est probare quod probatum non relevat y frustra probatum non relevat.

Inciso 2º Inutilidad de la prueba

Esta disposición no hace más que adaptar al actual mecanismo las normas establecidas con anterioridad para el régimen escriturario.

No hay variaciones sustanciales en las modalidades de oposición a la prueba, o sobre coincidencias en la misma, salvo que, en lugar de las expresiones por escrito, las mismas deben formularse oralmente en la audiencia ().

Este acto no podrá sustituirse con el medio escrito debiendo las partes estar presentes y hacerse oír convenientemente al respecto.

Inciso 3º La prueba admisible

Este inciso se relaciona con el primero, al que remitimos.

La admisibilidad, se relaciona no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba. Puede hablarse así, de legalidad del medio; de idoneidad del elemento propuesto; del tiempo o de la forma de su ofrecimiento o agregación.

Estrictamente no pueden nominarse pruebas admisibles e inadmisibles, porque dependen, en definitiva, de una apreciación intelectual del juez que, a veces, le marca certeramente la prohibición (en cuyo caso el problema es de inconducencia de la prueba).

La ilegalidad del medio de prueba se verbaliza en distintas disposiciones de los códigos de fondo. En Argentina el art. 1017 del Código Civil refiere a la imposibilidad de probar con testigos las intenciones de hacer, o de contratar frente a un documento suscripto en blanco; el art. 1036, que niega demostrar por cartas misivas dirigidas a terceros las obligaciones sometidas a proceso; el art. 1193 que impide la prueba testimonial en contratos superiores a diez mil pesos. También los ordenamientos procesales incluyen disposiciones de este carácter, por ejemplo, los que impiden declarar como testigos a los consanguíneos o afines en línea directa con las partes; o al cónyuge; o el pedido de informes que tiendan a sustituir el medio de prueba pertinente; o bien, en términos generales, aquellos que afecten la moral y la libertad personal de los litigantes o terceros.

Inciso 4º La cuestión de puro derecho

Al estar presentes las partes, se evita el traslado que corría el régimen escrito -por su orden- con el fin de cerrar la etapa postulatoria y dejar los autos en condiciones de dictar sentencia.

Sostiene Arazí que es obvia la posibilidad de apelar esta declaración de puro derecho (cfr. arts. 242 y 496 del Cód. Procesal); no así en los procesos sumarísimos (art. 498 inciso 5º del mismo ordenamiento) ().

Inciso 5º La conciliación

Se trata del momento más importante de la audiencia. No es un acto complementario de la mediación previamente fracasada; sino una proximidad nueva, en otra instancia, y ante otra autoridad.

Artículo 34: Incorporarse como artículo 360 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 bis- Conciliación. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36, inciso 2, apartado a), en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias.

Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiere acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar esta circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia".

a) El trámite en la audiencia preliminar respecto a la conciliación.

La norma es clara de modo que huelgan comentarios.

La posibilidad de ofrecer fórmulas conciliatorias pueden no estar vinculadas estrictamente con el objeto procesal, mientras sirvan de base para el acercamiento entre diferencias (V.gr: un reclamo de sumas de dinero puede componerse con el pago de obligaciones de hacer).

La libertad de posibilidades facilitadoras debe equilibrarse por el Juez, siendo imperioso que se tenga acabado conocimiento del expediente antes de la audiencia.

Tal como está redactado, pareciera que el acuerdo debe resultar de la sentencia homologatoria, lo que no es usual; pero es sólo una interpretación exageradamente purista, toda vez que la conciliación integra con la providencia homologatoria el todo que tiene efectos de cosa juzgada.

La única novedad aparece en que las partes no podrán en la audiencia de absolución de posiciones, o más precisamente, en el libre interrogatorio del artículo 415, preguntarse sobre cuestiones que en la audiencia de conciliación se hubiesen revelado.

Artículo 35: Incorporáse como artículo 360 ter., del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 ter.- En los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos".

a) La audiencia preliminar en otros procedimientos

Toda vez que el artículo 360 reformado está destinado a los procesos de conocimiento, la norma en comentario sólo puede referir a estos "otros procedimientos". Exactamente, los sumarios y sumarísimos, en cuanto fueren pertinente.

Artículo 36: Modifícase el artículo 361 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 361.- Si alguna de las partes se opusiese a la apertura a prueba en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte".

Artículo 37: Modifícase el artículo 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar sustituido por el siguiente texto:

"Artículo 362.- Si en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, todas las partes manifestaren que no tienen ninguna prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada, la causa quedará conclusa para definitiva y el juez llamará autos para sentencia".

Remisión al comentario del art. 33, con relación al art. 360 inciso 2º

Artículo 38: Modifícase el artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedar redactado de la siguiente forma:

"Artículo 365.- Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción, ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco (5) días después de celebrada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código.

Del escrito que se alegue se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados. En este caso quedará suspendido el plazo de prueba hasta la notificación de la resolución que los admita o los deniegue.

En los supuestos mencionados en el párrafo precedente, las pruebas podrán recaer también sobre los hechos nuevamente aducidos.

El juez podrá convocar a las partes, según las circunstancias del caso, a otra audiencia en términos similares a lo prescripto en el artículo 360 del presente Código".

a) Los hechos nuevos en la reforma procesal

Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso otros datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. De allí que el hecho nuevo invocado, aparte de relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducente, en ningún caso puede constituir una transformación de la demanda, ni mucho menos, una ampliación de ella, pues no podrá utilizarse el plazo consignado en la reforma procesal para ello, ni ejercer tal facultad en la probable audiencia preliminar que el juez resolviera reiterar.

Artículo 39: Sustitúyese el artículo 367 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

"Artículo 367.- El plazo de prueba será fijado por el juez, y no exceder de cuarenta (40) días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código".

a) Plazo para el ofrecimiento de la prueba

Sin perjuicio de modificaciones en la redacción, el texto no cambia sustancialmente lo normado en el código anterior; sin embargo, al haberse suprimido el párrafo final que decía, "las pruebas deberán ofrecerse dentro de los primeros diez días", queda sin establecer en que momento han de presentarse los medios probatorios que se vinculen con las respectivas pretensiones.

Si relacionamos esta omisión con los contenidos de la audiencia preliminar, quizá podrían extraerse algunas posibilidades que necesariamente tendrían que ser esclarecidas.

Habíamos señalado que, a estar por sus términos, algunas de las potestades jurisdiccionales en la audiencia preliminar sólo refieren a los procesos de conocimiento sumario, por ser en éstos donde la prueba se ofrece con los escritos introductorios.

Sin embargo, no creemos que haya sido ésta la voluntad del legislador, sino lo contrario, esto es, procurar la mayor concentración de actos procesales en busca, justamente, de una mayor rapidez y eficacia.

En este sentido, sería conveniente reformar el artículo 330 del Cód. Procesal, introduciendo un nuevo inciso que solicite el ofrecimiento de toda la prueba conjuntamente con la demanda o su contestación.

Pero esta sugerencia se torna impracticable en lo inmediato, frente al texto expreso del ordenamiento procesal que -al menos por ahora- dice otra cosa.

La segunda alternativa sería convocar a la audiencia preliminar una vez que las partes hayan ofrecido la prueba de que intenten valerse, a cuyo efecto, debiera reformularse el artículo en comentario, o agregar al artículo 360 un párrafo final que diga el tiempo oportuno para ofrecer la prueba ().

Este presupuesto resulta más lógico con la finalidad de la audiencia preliminar, que de otra manera, pierde sentido en muchos de sus incisos.

En tránsito a esta reformulación, podrían acordarse reglamentariamente, o por vía de interpretación jurisprudencial o acuerdos, el tiempo procesal oportuno para el ofrecimiento probatorio.

El problema serían entonces los artículos 361 y 362 nuevos, pues si las partes recién pueden oponerse a la apertura a prueba en la audiencia preliminar o convenir entre ellas que no tienen otras que ofrecer que las agregadas al expediente, aparecería como una contradicción in terminis, un ir en contra de sus propios actos, formular estas manifestaciones en la audiencia central.

Otra posibilidad la explica Kielmanovich, diciendo: "...que toda la prueba, salvo la documental, deba ofrecerse en o hasta la audiencia preliminar, teniendo en cuenta que ninguna norma del juicio ordinario impone la primera alternativa <<ofrecerla conjuntamente con la

demanda, reconvencción o sus contestaciones>> como, a contrario sensu, si se lo dispone para el juicio sumario (art. 486 Cód. Procesal) y sumarísimo (art. 498 Cód. Procesal....[.]...Si bien la segunda hipótesis parecería ajustarse a la economía general del Código, mas allá de los desajustes e inconvenientes que implicaría el ofrecimiento de la prueba hasta o en la audiencia, en su actual contexto (v.gr.: traslados de los puntos de pericia y plazo para su contestación; régimen de oposiciones e impugnaciones a la prueba, etc.), -cuyo tratamiento excede el propósito de este comentario- pensamos que en la práctica la prueba se habrá de ofrecer en la demanda, reconvencción y sus contestaciones (al ampliarse la prueba por hechos no considerados y al alegarse hechos nuevos) sumariándose de tal suerte el proceso ordinario" ().

1. . Ver Revista Libra, nro. 1, p g. 9, cit., passim
2. . LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, ed. ABC, Bogotá, 1993, p g. 453.
3. . PARRA QUIJANO, Jairo, Derecho Procesal Civil, tomo I -Parte General, ed. Temis, Bogotá, 1992, p g. 169.
4. . Cfr. Revista Libra, nro.1, cit., p g. 27
5. . D'ALELIO, Damián, tomado literalmente de la Revista Libra, nro. 1, cit., p g. 29
6. . Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Formas alternativas para la resolución de conflictos ed. Depalma, Bs. As., 1995, ps. 128 y ss.
7. . Cfr. TAPIA, Graciela y GRECO, Silvana, Revista Libra nro. 1, cit., p g. 14
8. . Revista Libra, nro. 1, cit., p g. 37, passim
9. . Conclusiones tomadas de Zulema WILDE y Luis M. GAIBROIS, Quiénes es la mediación, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, ps. 31/2.
10. . CAPPELLETTI, Mauro, Acceso a la justicia (como programa de reformas y cambios de pensamiento), Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1981, nro. 41, p g. 165; Cfr. BERIZONCE, Roberto O., El abogado negociador, comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993, passim.
11. . HIGHTON, Elena, Carta de ciudadanía para la mediación, en Revista Libra nro. 1, cit., p g. 19.
12. . BERIZONCE, Roberto Omar, El abogado negociador, Comunicación al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993, passim.
13. . LERER, Silvio, Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?, Rev. La Ley, 1994-A, ps. 893 y ss.
14. . Así lo indica el Decreto 1480/92 que implementa la Mediación en Argentina.
15. . Artículo 2 inciso h, decreto 1480/92
16. . Su voto en el acuerdo del día 14 de Octubre de 1993 al considerar la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil de Capital Federal la solicitud del Poder Ejecutivo Nacional de poner en marcha la implementación dispuesta en el Decreto 1480/92.
17. . Wild -Gaibrois, ob. cit., p. 56
18. . Lerer, ob. cit., p. 89
19. . Cfr. Revista Libra nro. 1, cit., p g. 17
20. . Wild -Gaibrois, ob. cit., p. 22
21. . Algunos proyectos de reforma al código procesal civil y comercial de la nación, pensaron en auspiciar estas facultades del órgano, estableciendo una instancia de conciliación que permitiera al funcionario ofrecer la figura del mediador para solucionar diferencias eventuales. El anteproyecto de los Dres. Morello-Eisner-Arazi y Kaminker, menciona en el art. 312 (actividades previas a la promoción de la demanda) que en la audiencia de conciliación, ..."el conciliador deberá instar a las partes a que extingan su

diferendo mediante conciliación total o parcial, o lo sometan a las vías de la mediación o al arbitraje....El juez, asimismo, podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días...".

22. . WAIGMAISTER, Adrian , Mediación familiar, en Enciclopedia de Derecho de Familia, tomo III, ed. Universidad, Bs. As., 1994, p.27.
23. . ALVAREZ, Gladys Stella, La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica, ponencia a las "III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho", Universidad Notarial, 1994, *passim*.
24. . Aportes tomados del programa "Introducción a las técnicas de mediación y conciliación", de Zulema Wilde, Luis M. Gaibrois, Ana A.M. de Ceriani Cernadas y Alejandro Noziglia, Jornadas de días 12 y 17 de agosto de 1993, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano. Buenos Aires. Argentina.
25. . Floyer Acland, Andrew, Como utilizar la Mediación para resolver conflictos en la organizaciones, ed. Paidós, Bs. As., 1993, p g. 33.
26. . Dictamen publicado en El Derecho, 162 p. 1252
27. . WETZLER MALBRAN, A. Ricardo, "Sería una limitación" (Algunas reflexiones sobre la mediación como instancia obligatoria previa en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo", en El Derecho, 11/5/95.
28. . LERER, Silvio, La Justicia, la mediación, y el futuro de los abogados, en La Ley 14/10/94.
29. . EMBON, Horacio Santiago, La mediación obligatoria previa a todo juicio (Ley 24.573). Su perspectiva, en La Ley actualidad del 5/12/95.
30. . De la exposición del Senador Branda, miembro informante del dictamen de mayoría al considerar el proyecto de ley sobre mediación y conciliación. Cfr. Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 263 parag. 39.
31. . Diputado Durañona y Vedia, miembro informante de la mayoría, en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 299 parag. 141.
32. . Diputado Durañona y Vedia, miembro informante de la mayoría, en Antecedente Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 300 parag. 143. La bastardilla nos pertenece.
33. . ALVAREZ, Gladys S - HIGHTON, Elena I., Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.
34. . CAPPELLETTI, Maur - GARTH, Bryant, El acceso a la justicia, ed. Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 94.
35. . El pensamiento del trabajo citado supra refleja esta idea: lograr un sistema antes que un procedimiento eficaz. Acceso no es entrada, es desarrollo, protección, seguridad y satisfacción sin resentimiento.
36. . Se sostiene: "...lo que aparece como grave, es que se la intenta ubicar fuera del Poder Judicial y esto es sobre lo que es preciso alertar en el <<nuevo>> -por novedoso- sistema argentino. Un esquema previo al juicio, obligatorio, por medio de mediadores <<privados>> y por fuera del Poder Judicial, con gran injerencia del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, es francamente peligroso...[]...Sin duda, frente al sistema impuesto, hubiera correspondido que el trámite de mediación se llevara adelante institucionalmente, por medio de mediadores <<oficiales>> o por juzgados de mediación, o alguna figura asimilable, en lugares brindados por el Estado a tales efectos, con la estructura y medios necesarios para afrontar el profundo cambio que se propone el sistema judicial existente..." (Rebón, ob. cit., *passim*).
37. . Alvarez - Highton, Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.

38. . GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Notas y estudios sobre el proceso civil, ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, ps. 103 y ss.
39. . Cfr. Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 277 par. 108
40. . Sostienen Colerio y Rojas que "es correcta la exclusión de los juicios sucesoriales y voluntarios, sin embargo, debió haberse agregado, siempre y cuando no exista conflicto de intereses, o no se suscite el mismo con posterioridad, en cuyo caso, tendrían que ir a mediación" (COLERIO, Juan Pedro -ROJAS, Jorge Armando, La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Rev. La Ley del 1º de febrero de 1996).
41. . GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General de Derecho Procesal), volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), ed. Ediar, Bs. As., 1992, p. 117.
42. . Dice el art. 29 de la Ley 24.573: "La mediación suspende el plazo de la prescripción desde que se formalice la presentación a que se refiere el artículo 4º".
43. . Cfr. Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 277 par. 110.
44. . Algunos autores sostienen, sin entrar en el aspecto doctrinario que manifestamos, que "es adecuado referirse a pretensión y no a demanda, ya que ésta es el acto de iniciación de un proceso judicial, mientras que la pretensión es lo que concretamente se pide" (Cfr. LAMBERTI, Silvio, La ley 24.573 de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en Rev. El Derecho del 5 de febrero de 1996).
45. . Ver exposición del Dip. Durañona y Vedia, en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 300 par. 144. entre otras que aseguran tal carácter.
46. . No obstante, el proyecto de Poder Ejecutivo contemplaba que "en los supuestos de juicios de accidentes de tránsito en los que se requiera indemnización por daño físico, remitida la demanda al juzgado, el Juez ordenará sin más trámite que se efectúe la pericia médica. Concluida ésta se procederá al sorteo del mediador y se notificará su designación remitiéndose copia de la citada pericia"
47. . De fecha 29 de diciembre de 1995.
48. . Cfr. Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 277 par. 112
49. . Ver exposición del Dip. Durañona y Vedia, en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 315 par. 236.
50. . Embón, La mediación obligatoria previa a todo juicio (Ley 24.573). Su perspectiva, en La Ley actualidad del 5/12/95.
51. . Alvarez - Highon, Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.
52. . Ver intervención del Dip. Aria, en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº9, p. 313 par. 220.
53. . Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 1, cit., p. 206.
54. . Osvaldo Alfredo Gozaíni, La conducta en el proceso, ed. Platense, La Plata, 1988, p. 3
55. . Cfr. EISNER, Isidoro, Planteos Procesales, ed. La Ley, Bs. As., 1984, p. 222
56. . MERCADER, Amilcar, Estudios de Derecho Procesal, ed. Platense, La Plata, 1964, ps. 255/6.
57. . GOZAINI, Osvaldo Alfredo, La Conducta en el Proceso, ed. Platense, La Plata, 1988, p. 79
58. . El párrafo segundo del art. 17 del Decreto 1021/95 establece que: "Se la tendrá por no comparecida a la parte que no concurriera con asistencia letrada".
59. . De todos modos, la doctrina más autorizada sostiene que este precepto es "inconstitucional", porque impone una sanción automática haciendo una calificación de la conducta que está reservada a los jueces. Por ello, es probable que se desaliente la

- formalización de acuerdos por temor a que causas justificadas de incumplimiento hagan incurrir a la parte en temeridad o malicia (Cfr. ARAZI, Roland, Mediación, audiencia preliminar y prueba en la Ley 24.573, en Rev. La Ley, del 7 de febrero de 1996).
60. . Gozaíni, Formas alternativas para la resolución de conflictos, ob cit., passim .
 61. . FLOYER ACLAND, Andrew, Como utilizar la Mediación para resolver conflictos e las organizaciones, ed. Paidos, Bs. As., 1993, p g. 33.
 62. . En relación con este inciso dice el art. 7 del reglamento que: "Cuando por cualquier motivo, debidamente justificado, el mediador se ausentare de la ciudad o por razones de enfermedad no pudiera cumplir con su cometido, deber poner el hecho en conocimiento del REGISTRO DE MEDIADORES a sus efectos, mediante comunicación fehaciente, con indicación del período de la ausencia".
 63. . Ver intervención en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº 9, p. 270 par g. 71.
 64. . La Universidad de Belgrano, a trav,s de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales creó en el año 1994 la carrera de especialización en Mediación y dem s formas de resolución de conflictos, que a la fecha tuvo ya dos promociones de graduados en esta formación de posgrado de un año de duración con 640 hs.
 65. . Alvarez - Highthon, Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.
 66. . Alvarez - Highthon, Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.
 67. . La reglamentación del artículo dice: "Art. 32: Des gnase para integrar la Comisión de Selección y Contralor, como representantes del Poder Ejecutivo Nacional, a los Secretarios de Justicia y de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia. Invítase al Honorable Senado de la Nación y a la Honorable C mara de Diputados de la Nación para que designen un representante por cada una de esas C maras para integrar la Comisión. Invítase a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que designe a dos (2) representantes del Poder Judicial para integrar la Comisión. Las resoluciones que adopte la Comisión de Selección y Contralor, de acuerdo a las facultades conferidas por el artículo 19 de la Ley, ser n de aplicación obligatoria para el Ministerio de Justicia. La Comisión dictar su reglamento interno".
 68. . Cfr. OZAINI, Osvaldo Alfredo, Costas Procesales, ed. Ediar, Bs. As., 1990, passim.
 69. . Alvarez - Highthon, Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales, en La Ley del 20/2/95.
 70. . Cfr. art. 22 segundo p rrafo.
 71. . Nosotros hemos sugerido en un artículo reciente, la conveniencia de implementar e sistema de costas por su orden, en lugar del principio objetivo de la derrota que est visto ocasiona un aumento progresivo en los costos judiciales (Cfr. La economía en el proceso y el proceso en la economía, Comunicación presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa F., 1995).
 72. . Cfr. PERAZOLO, Marcelo Pablo, La mediación como sistema de prevención social Rev. La Ley, del 31/3/95.
 73. . Sostiene Colerio y Rojas que la transitoriedad del regimen "...nos lleva a pensar que la misma ha sido establecida a prueba, aun cuando no se prev, expresamente si a su vencimiento, autom ticamente, quedar sin efecto, y, en ese caso, tampoco se aclara en qu, situación quedar n entonces los mediadores, ni que suceder con la Comisión de Selección y Contralor y con el Fondo de Financiamiento previstos por la ley, o si, por el contrario, se prorrogar t citamente, o si una nueva normativa decretar su prórroga o modificar el sistema" (Cfr. Colerio-Rojas, on cit., p g. 1).

74. . Ver exposición del Dip. Natale, en Antecedentes Parlamentarios, ed. La Ley, 1995 nº 9, p. 331 par grafos 319 y 320.
75. . PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, tomo IV, ed. Abeledo Perrot, Bs. s., p. 344.
76. . Es el caso del art. 373 del Cód. Procesal sobre prueba no esencial producida fuera de la República.
77. . MUÑOZ SABATE, Luis, Introducción a una semiótica prob tica (ciencia de lo indicios), en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, 1980-1, p. 171.
78. . Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L., La Ley 24.573 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Jurisprudencia Argentina, nº5961 del 29/11/95.
79. . En realidad, a estar por las finalidades de la audiencia, este primer inciso debió haber sido el quinto (invitar a las partes a una conciliación), pues lógicamente la primera intención ser conciliar los intereses contrapuestos.
80. . Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, La prueba en el Código Procesal de Perú, ed Universidad Católica de Lima, Lima, 1996, passim.
81. . "La oposición aparece aquí como una facultad o prerrogativa procesal que habrá de ejercerse en la audiencia preliminar, cuyo traslado deber contestarse en forma inmediata. Si bien la reforma no establece expresamente la apelabilidad de la resolución que admite la oposición a la apertura a prueba y declara por consiguiente la cuestión <<como de puro derecho>> -como lo hacía el deorgado art. 361 del Cód. Procesal-, entendemos que ella, como la que directamente así lo resuelve frente a la inexistencia de hechos controvertidos, resulta apelable en el juicio ordinario y sumario por aplicación de los principios generales sobre la materia <<arts. 242 incs. 2 y 3 y 498 inciso 5º Cód. Procesal>>, sin que ello nos excuse de destacar que incongruentemente para este segundo proceso (el sumario) la apelabilidad es expresa <<art. 496, Cód. Procesal>>", cfr. Kielmanovich, ob. cit., p. 4.
82. . Arazi, ob. cit., p. 2
83. . Esta es la práctica que vienen realiendo los jueces que se encuentran aplicando la ley Es decir, convocan a las partes a la audiencia preliminar y les intiman a ofrecer la prueba bajo apercibimiento de considerar extemporáneo todo ofrecimiento posterior. Ello resulta inapelable -ya que además de no causar agravio, la resolución se encuentra entre las previstas por el art. 379 del Cód. Procesal- y trae certeza a los litigantes (Cfr. Arazi, ob. cit., p. 2).
84. . Kielmanovich, ob. cit., p. 5