

PARTE VII  
LOS MEDIOS ALTERNOS  
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

## MEDIACIÓN, CULTURA Y VALORES: POR QUÉ LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN “VALORATIVA”

Roberto Omar BERIZONCE\*

En honor a la memoria del insigne maestro, profesor Humberto Briseño Sierra, quien dedicara páginas memorables al estudio de los medios alternativos de solución de disputas.

SUMARIO: I. *Preliminar: los métodos de solución de conflictos como expresión de la cultura comunitaria.* II. *El método de la mediación en la experiencia estadounidense.* III. *El trasplante de la mediación estadounidense y su recepción en Iberoamérica, en particular en la normativa nacional argentina.* IV. *Algunas experiencias que se destacan en la legislación comparada.* V. *Superioridad del sistema de la conciliación-mediación “valorativa” frente al modelo estadounidense.* VI. *La mediación “facilitadora” no se corresponde con el sistema de valores y creencias que prevalece en nuestra sociedad actual.* VII. *Bases para un esquema superador.* VIII. *Algunas conclusiones de cierre.*

### I. PRELIMINAR: LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA COMUNITARIA

A partir de la premisa indisputada de que los métodos de resolución de conflictos se encuentran profunda y recíprocamente conectados con los determinados y específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican,<sup>1</sup> lejos de

---

\* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Cappelletti, M., “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, *Proceso, ideologías y sociedad*, trad. de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediar, 1974, pp. 34 y ss., especialmente 83-90.

constituir sistemas aislados producto de expertos, especialistas o burócratas de turno,<sup>2</sup> cabe plantearnos algunos interrogantes fundamentales: el modelo de raíz estadounidense adoptado abiertamente, y casi sin concesiones de “adaptabilidad”, en diversas legislaciones de Iberoamérica, especialmente en Argentina por la Ley 26.589, de 2010, ¿responde a la singularidad de nuestras particularidades culturales?, o, si se prefiere, ¿reflejan (y se reflejan en) los sistemas de creencias, valores y principios más arraigados que prevalecen en la estimativa comunitaria en torno de la justicia? Y lo no menos principal: ¿acaso existen y se muestran rentables otros diversos métodos de solución alternativa de los diferendos, que se experimentan en latitudes diversas y, en todo caso, en sociedades (como algunas de las europeas) que se rigen por valores y principios en esencia similares a los nuestros? Al cabo de todo ello, intentaremos demostrar que la mediación, tal como está regulada la ley nacional argentina vigente, se desentiende del valor justicia, sacrificándolo en aras de una pretendida eficacia, que en realidad enmascara un esquema de resolución de conflictos arcaico, que entroniza soluciones puramente formales “a espaldas de la justicia”. Finalmente, hemos de propiciar la superación del aludido sistema de mediación a partir de su paulatina transformación hacia el método, más acorde con los valores y principios superiores, puede denominarse conciliación-mediación “valorativa”.

## II. EL MÉTODO DE LA MEDIACIÓN EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

Se ha señalado que la aparición de los Alternative Dispute Resolution (ADR) en la última parte del siglo XX se insertó en un esquema de progresivo abandono del método tradicional de enjuiciamiento jurisdiccional, en consonancia con diversas corrientes sociales. En su génesis influía una importante crisis de litigiosidad, aunque también notorias causas institucionales, políticas y culturales. Específicamente atadas a cambios en los valores en conflicto, la desconfianza en el gobierno, las políticas neoliberales de privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual y el escepticismo posmoderno acerca de la realidad objetiva, que expresaban ingredientes fundamentales de la cultura estadouni-

---

Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: Damaska, Mirjam, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

<sup>2</sup> Chase, O., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, trad. de F. Martín Diz, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, *passim*.

dense: la libertad, el individualismo, el populismo, la igualdad y el liberalismo.<sup>3</sup> Los ADR, en realidad, abarcan allí un abanico de métodos y procedimiento que incluyen la negociación, la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral previa, los juicios sumarios con jurado e inacabables combinaciones de algunos o varios de ellos. Bien que han sido la mediación y el arbitraje las formas más difundidas y utilizadas, en vinculación, no siempre certera ni pacífica, con la labor de los tribunales jurisdiccionales. De hecho, su expansión ha sido crecientemente significativa a partir de los años ochenta, al influjo de los cambios en el derecho impulsados tanto por el Congreso como por el propio Poder Judicial, a través de diversos programas de utilización “intra-judiciales”. Así, la mediación gestionada discrecionalmente por los jueces y puesta a cargo, generalmente, de abogados que actúan honorariamente sin retribución.<sup>4</sup>

Las bases de semejante movimiento en verdad se encontraban profundamente arraigadas en las raíces y en el pasado histórico del país, que puede reconocerse ya en la ética y la práctica de los primeros colonos ingleses; desde entonces, claro que con fluctuaciones, las alternativas al proceso judicial han sido una característica del modelo estadounidense de resolución de conflictos. Antes del gran impulso de fines del siglo anterior, la conciliación estaba reducida a la “periferia” del sistema jurídico, mientras el arbitraje había quedado reconducido a las necesidades del mundo empresarial —podríamos colegir que semejante realidad era, de alguna manera similar a la nuestra—. La explosión sucesiva y el radical cambio de tendencia a partir de los años ochenta, en verdad no habría sido consecuencia, como corrientemente se piensa, del desborde de la litigiosidad —fenómeno prácticamente universal—, sino que este último habría tenido un papel mucho más modesto, desde que, afirma Chase,<sup>5</sup> la verdadera y fundamental causa de semejante cambio de proceder debe buscarse en la conformación de una verdadera y propia *cultura* de los ADR, que asienta en diversos pilares: la reacción contra el “hiperlegalismo”; la “contracultura” de los años sesenta; la congoja por la “pérdida de la certidumbre” de la tardía modernidad y el crecimiento de las privatizaciones como un ideal.

A. La reacción contra el “hiperlegalismo”, que criticaba el exceso de confianza en la ley para resolver los diversos problemas de la sociedad y le adjudicaba la proliferación de los reclamos judiciales, fue tanto un fenóme-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, así como significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeran decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas la ADR Act de 1998.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 146 y ss.

no político como social; empalmaba con las nuevas tendencias sociales la reivindicación de los derechos civiles y la igualdad de género, la disponibilidad del derecho de asistencia jurídica gratuita, en paralelo con el activismo judicial bajo la Corte Warren. La Conferencia Burguer, sobre las causas de insatisfacción popular con la administración de justicia, de 1976, avaló la crítica al “hiperlegalismo” y colocó en el epicentro de la búsqueda de las soluciones, no la expansión irreflexiva y contraproducente de los ADR —que tan sólo se los consideraba aptos para la solución de determinados conflictos, como los de escasa cuantía, los familiares, los derivados de daños por negligencias hospitalarias o médicas y ciertas “nuevas vías” para compensar lesiones por accidentes—, sino antes bien, el debate sobre una profunda revisión de todo el sistema de enjuiciamiento. Las nuevas ideas giraban en torno de ciertos remedios orgánicos, como el incremento de los poderes discrecionales de los jueces en las diligencias y procedimientos preliminares y, en general, en una más apropiada gestión de las causas.

B. La “contracultura” refiere al movimiento político-social de los años sesenta que se originara en Francia y se extendiera influyendo largamente, también a los Estados Unidos. Sus partidarios se manifestaban naturalmente hostiles al sistema judicial y propiciaban la “justicia comunitaria” como panacea, ensalzando la mediación para fomentar la participación directa y un impulso positivo en las relaciones interpersonales, con exclusión de los abogados.

C. Las políticas neoliberales y de impulso a la privatización en época de Reagan influyeron en el ámbito de la resolución de conflictos: los derechos de los litigantes podrían ser remitidos fuera de la órbita de los tribunales, y el arbitraje se extendió masivamente a partir de las cláusulas compromisorias en los contratos de empleo, compraventa y corretaje, alentado por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

D. Por último, la falta de certidumbre y seguridad, también jurídica, característica de los tiempos posmodernos, influyó en la visión de los procedimientos judiciales: escepticismo y consecuente descalificación de ciertos medios tradicionales de prueba, como el testimonio de testigos directos, el interrogatorio, y aun el valor de ciertas pruebas periciales, por la virtualidad y desprecio de la “ciencia basura”. El escepticismo no se limita a la averiguación de los hechos, sino que se extiende a la decisión judicial. Si no hay una “realidad” que pueda determinarse independientemente de la metodología empleada, se arguye, ¿por qué buscarla? Precisamente por ello, afirman, la mediación es particularmente atractiva como opción en cuanto su objetivo es el logro de un resultado que no depende de la “justicia” ni del “sueño” de la certeza absoluta.

E. En definitiva, se concluye, la entronización y el auge de los ADR en los Estados Unidos fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de la época, que han sido fuertemente cuestionadas desde su aparición.<sup>6</sup>

### III. EL TRASPLANTE DE LA MEDIACIÓN ESTADOUNIDENSE Y SU RECEPCIÓN EN IBEROAMÉRICA, EN PARTICULAR EN LA NORMATIVA NACIONAL ARGENTINA

A. Es bien conocida la génesis del desembarco de la mediación inserta en un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas<sup>7</sup> imaginadas para la transformación de las estructuras y los procedimientos civiles. Producto de una visión sesgada y unilateral de los complejos fenómenos incardinados en los sistemas judiciales, fueron los estímulos a la reforma que en los años noventa se impulsaron en numerosos países del subcontinente americano, por acción de los bancos multilaterales de crédito que inyectaron préstamos restituibles con esa finalidad. Ello, en el marco de la búsqueda de transformaciones estructurales del Estado que, según sus inspiradores, encontraban obstáculo en el sistema de justicia. Desde el punto de vista estratégico, y no sin cierta ingenuidad, los programas auspiciados por las entidades crediticias internacionales partían de la premisa de que en el sector judicial la transformación se lograría, más que modificando las leyes procesales, por vía de trasladar las nociones de gestión moderna propias del sector privado al quehacer jurisdiccional. La incorporación de técnicas de gestión, de la mano de expertos en tales técnicas, sería el camino para las ansiadas soluciones.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 155, 182-184.

<sup>7</sup> Vargas Viancos, J. E., “Eficiencia en la justicia”, *Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, CEJA, S. de Chile, núm. 6, 2003, p. 68, donde se sostiene que la búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de la escasez y finitud de recursos, lo que ha de influir en la toma de decisiones, aun por encima de la concepción tradicional que ve en la justicia un tema de principios y de valores trascendentes, que inexorablemente deben ser cumplidos. Se trata, para nosotros, de una sesgada visión economicista, que desconoce principios básicos del acceso a la justicia y el sistema de valores fundantes de la función pública jurisdiccional, de raigambre constitucional en todos nuestros países. Sobre el tema, nos permitimos remitir a Berzonce, Roberto O., “El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)”, *Derecho procesal civil actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-LEP, 1999, pp. 231 y ss.

<sup>8</sup> Lo que en el fondo suponía dejar de lado la visión de los procesalistas sobre los problemas judiciales para utilizar la de los expertos en gestión, Vargas Vianco, J. A., “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 76-78.

En verdad, más preocupante aún era la ideología de neto sesgo economicista, en boga por ese entonces, que se pretendía imponer con semejantes proposiciones en cuyo centro aleteaba la concepción decimonómica de la justicia civil concebida como “bien privado”, cuyos beneficios son hechos suyos predominantemente por las partes litigantes. De ahí el propósito de desalentar la demanda de justicia, desde que la provisión del servicio como bien público incentivaría a los sujetos a litigar más asiduamente.<sup>9</sup> Bajo ese prisma, el funcionamiento óptimo del sistema judicial implica la tutela del derecho al menor costo posible para el erario, como medio para obtener la reducción del costo directo de los recursos destinados a la solución de conflictos y la ocurrencia misma de dichos conflictos por el efecto de disuasión ejercido, a través de las tasas que gravan el servicio.<sup>10</sup>

B. En el balance, por cierto negativo, de esas políticas de cuño ultraliberal, ha de rescatarse, sin embargo —como bien lo ha destacado Vargas Viancos—,<sup>11</sup> que los modestos cambios en la gestión judicial —fruto principalmente de la iniciativa de jueces creativos— tímidamente intentados en nuestra región, no obstante el escaso avance que han significado en la mejora del sistema judicial, han tenido la virtud, de todos modos, de instalar ideas de eficiencia y productividad, generando un proceso de innovación nada desdeñable. Sobre todo, vale agregar, si no se pierde de vista la organicidad del íntegro sistema de justicia y se atiende concomitantemente a la mejora en los demás segmentos.

C. En ese marco se propiciaba el impulso a la mediación como punta de lanza para la instalación de una cultura alternativa, en contraposición al tradicional método de composición judicial.<sup>12</sup> Poco importa, bajo tan sesgada mirada, que el éxito de las soluciones alternativas venga a ser directa-

---

<sup>9</sup> Vargas Vianco, J. A., “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 80 y 81. Sobre el fin público de la jurisdicción por todos: Couture, E. J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 92.

<sup>10</sup> Se ha sostenido que para aliviar y racionalizar la carga de trabajo de los tribunales y evitar la “regresividad del gasto en justicia” hay que preocuparse por controlar la demanda, y no solamente la “oferta del bien”, y que entre otras formas de aliviar aquella carga, además de desahogar los asuntos puramente administrativos y los que pueden canalizarse por mecanismos de resolución alternativos, es menester cobrar por los servicios a través de las tasas judiciales, Vargas Vianco, J. A., “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 68-71. Para un análisis profundo de la filosofía economicista y sus reflejos en el derecho en general: Méndez, H. O. y Méndez, A. M., “Globalización y justicia”, *Jurisprudencia Argentina*, fasc. 11, 2011-III, pp. 3 y ss.

<sup>11</sup> “Eficiencia en la justicia”, *cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>12</sup> Taruffo, M., “Una alternativa a las alternativas...”, *Páginas sobre justicia civil*, trad. de M. Aramburo Calle, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 114 y 115.

mente proporcional a la ineficiencia de la justicia estatal.<sup>13</sup> En todo caso, ni siquiera valdría la pena el esfuerzo por mejorarla si, de todos modos, el atajo de la mediación llegara a funcionar, aunque suponga la “fuga del proceso”, y aun, del derecho y la justicia.<sup>14</sup>

D. Tampoco ha sido un dato menor que el viraje hacia la mediación supuso, en nuestras latitudes, abandonar las experiencias vernáculas que enraizaban en los viejos odres de la justicia de paz lega de las fuentes revolucionarias francesas de 1789. En su desenvolvimiento, tales experiencias habían terminado por enlazarse con otras diversas corrientes renovadoras, que, en un estadio superador, brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que cobija diversas formas solutorias alternativas dentro del propio proceso de configuración típicamente jurisdiccional,<sup>15</sup> siguiendo el difundido modelo oriundo de la legislación brasileña.<sup>16</sup> Si en la justicia de paz tradicional la búsqueda de las soluciones concertadas pasaba por la misión del juez de propiciar la conciliación, el modo informal del trámite y la decisión de fondo “a verdad sabida y buena fe guardada”, la encomienda a un juez barrial de las pequeñas causas no es sustancialmente diferente. En uno u otro sistema, el objetivo principal no es la heterocomposición del litigio (*trancher*), sino la solución amigable: la “justicia conciliatoria”. Empero —y aquí radica la fundamental diferencia con el esquema de la mediación— aquellas vías conciliatorias no pueden sustentar una respuesta jurisdiccional “de segunda”, *light*, desentendida de la justa y equitativa composición del diferendo. El gran “pecado por omisión” ha sido, pues, prescindir de las experiencias vernáculas de la justicia de paz tradicional lega y, sobre todo, acoger poco menos que indeliberadamente el modelo es-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 115 y 116.

<sup>14</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *Revista de Derechos Procesal*, Buenos Aires, 2008-I, pp. 533 y 534.

<sup>15</sup> Morello, A. M., “El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (el Tribunal de Pequeñas Causas de Brasil)”, *Jurisprudencia Argentina*, 1985-III, pp. 743 y ss.; *id.*, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, LEP-Abeledo-Perrot, vol. 1, pp. 527, 547, 554 y ss.; Martínez, O. J., “El acceso a la justicia. Protección privilegiada de los derechos y procesos de menor cuantía”, *El Derecho*, Buenos Aires, vol. 113, p. 903; Oteiza, E., “Los tribunales de menor cuantía”, *Rev. Urug. Der. Proc.*, Montevideo, 1987-I, p. 39; *id.*, “La justicia de menor cuantía como propuesta de modificación de la justicia de paz en la prov. de Bs. As.”, *Jurisprudencia Argentina*, 1987-I, p. 806.

<sup>16</sup> Para el análisis de la legislación brasileña: Watanabe, K. (coord.), *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985; Dinamarco, C. R., *Manual das pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986; Pellegrini Grinover, A., *Novas tendências do direito processual*, São Paulo, F.U., 1990, p. 175; Marinoni, L. G. y Arenhart, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 649 y ss.; Arruda Alvim, E., *Direito processual civil*, 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 573 y ss.

tadounidense de la mediación, soslayando la versión actualizada de aquella que trasunta la denominada justicia vecinal, barrial o de pequeñas causas.<sup>17</sup>

#### IV. ALGUNAS EXPERIENCIAS QUE SE DESTACAN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A. De entre la amplísima gama de modelos que se exhiben a partir del análisis comparativo de las legislaciones en vigor, parecemos conducente a los fines de este estudio detenernos en el reciente ordenamiento italiano consagrado por el decreto legislativo núm. 28, del 4 de marzo de 2010, en implementación de la directiva de la Unión Europea del 21 de mayo de 2008, que impulsa el desarrollo de los ADR (artículo 8). Se introduce en la legislación peninsular la denominada *mediación estructurada*<sup>18</sup> o *institucional*, integrada por una red de organismos específicamente destinados a actuar la mediación —consejos de las órdenes forenses, de otros colegios profesionales y de las cámaras de comercio—, previéndose un registro de esos organismos y una específica política de sostén a la formación de los mediadores. La mediación estructurada puede ser *facultativa*, cuando las partes deciden libremente recurrir a ella (artículo 2); u *obligatoria*, como condición de procedibilidad de una eventual demanda, en supuestos de conflictos que versen sobre condominio, derechos reales, división de bienes, sucesiones, pactos de familia, locaciones, comodato, arrendamientos de haciendas, resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, de responsabilidad médica y difamaciones por medio de la prensa, contratos de seguro bancarios y financieros (artículo 5, inciso 1). Además, puede ser dispuesta por el juez, toda vez que durante el desarrollo del proceso lo considere de utilidad (artículo 5, inciso 2). El mediador opera sin sujeción a formas determinadas, como mejor lo considere para favorecer el acuerdo entre las partes, bajo reserva de estricta confidencialidad. Si alguna de éstas no participa en la mediación, el juez puede inferir de ello, en el ulterior proceso, argumentos de prueba (artículo 8). El procedimiento de mediación se abre con la petición que se presente ante algunos de los organismos habilitados, sin sujeción a competencia territorial, y debe referir de modo claro al contenido de la eventual demanda judicial —partes, objeto y causa de la pretensión—, pero sin vínculos limitativos. El material

<sup>17</sup> Morello, A. M., *op. cit.*

<sup>18</sup> Biavati, P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, Bologna Univ. Press., 2011, pp. 809 y ss. Con relación al régimen anterior en confrontación con las garantías constitucionales, Comoglio, L. P., “Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale”, *Rev. Dir. Proc.*, 2000, pp. 318 y ss.

adquirido durante el trámite, de todos modos, no puede ser utilizado en el ulterior actuación judicial (artículos 9 y 10). El mediador puede, aunque no está obligado, formular una propuesta de conciliación cuando el acuerdo no se ha logrado (artículo 11); propuesta que, si no fuera aceptada, puede generar consecuencias sobre la imposición de las costas en el ulterior proceso (artículo 13). El acuerdo conciliatorio que consta en acta debe ser homologado por el presidente del tribunal del lugar donde tiene sede el organismo interviniente, y constituyente título ejecutivo. Lo que resulta esencial: el régimen que se estatuye pone el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes, admite la presentación de documentos (artículo 3, inciso 3; artículo 17, inciso 2) y otras pruebas, especialmente periciales, incluyendo las comprobaciones especializadas. Contempla, asimismo, el nombramiento de mediadores auxiliares (artículo 8, inciso 4). La homologación judicial no se agota en la mera verificación de la regularidad formal del procedimiento, sino que requiere igualmente constatar si el acuerdo arribado no es contrario al orden público o a normas imperativas (artículo 12). En suma, se estructura un sistema que se aleja de modo palmario de la simple mediación “facilitadora”.<sup>19</sup>

No es tiempo todavía de formular balances ni juicios definitivos sobre la intervención legislativa, que viene generando vivas disputas doctrinarias.<sup>20</sup>

B. También ciertamente en las antípodas del sistema estadounidense, aunque por razones diversas, se ubica el modelo desarrollado en la legislación alemana. La tendencia hacia la privatización mediante la adopción de los ADR no tuvo mayor receptividad, entre otros motivos —según se afirma— porque el proceso judicial ordinario funciona adecuadamente y, por lo demás, ofrece dentro de sus propios engranajes suficientes posibilidades de composición amigable.<sup>21</sup> La expectativa alimentada por la abogacía y otras profesiones liberales deseosas de la expansión en los mercados de mediación y arbitraje, en ese escenario no cuajó sino en forma limitada. En contrapartida, son los propios tribunales los que extinguen por transacción entre el 20 y el 30% de los litigios. Ya desde los años setenta se había insta-

---

<sup>19</sup> Vigoriti, V., “Giustizia e futuro: conciliazione e class action”, *RePro*, São Paulo, 2010, núm. 181, p. 301. El régimen de referencia no instituye una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero, Dalla Bontá, S., “La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE...”, *Civil Procedure Review*, vol. 2, núm. 2, pp. 93 y ss., 2011, disponible en [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com).

<sup>20</sup> Vigoriti V., *op. cit.*, pp. 300 y 301; Biavati, P., *Argomenti...*, *cit.*, p. 816; Chiarloni, S., “I meccanismi conciliativi”, *RePro*, São Paulo, diciembre 2012, núm. 214, pp. 251 y ss.

<sup>21</sup> Stürner, R., “Sobre as reformas recentes no direito alemão...”, *RePro*, São Paulo, núm. 193, 2011, p. 355 y ss.

lado una cultura judicial de la transacción, fuertemente auspiciada por el legislador. Se trata de una *rights based mediation*, que funciona bajo las reglas del proceso clásico, como una forma de composición por intermediación del juez que encaja sin incoherencias en el curso del proceso. El procedimiento conciliatorio está regulado en el § 278 del Código Procesal Civil. La transacción engloba de forma completa la situación jurídica y las chances procesales de los contendientes, y a ella se arriba a través del diálogo entre el juez y las partes, en reuniones separadas. No se presenta el conflicto entre los papeles del juez y del conciliador, en tanto en la cultura germánica el proceso es un todo; incluso, en dicha fase de la transacción se estructura en forma abierta, dialógica y de hecho, el juez actúa “con libre convicción” y de modo transparente. Por lo demás, el apartado 5 del § 278 prevé que el tribunal puede delegar la dirección de la etapa conciliatoria a un juez *ad hoc* encargado para ello, que sea miembro del colegiado. En la audiencia de conciliación puede interrogar libremente a las partes a los fines del esclarecimiento de la cuestión litigiosa; igualmente, si las partes no presentan una propuesta de transacción por escrito, el propio tribunal puede hacerlo (§ 278, apartado 6). El acuerdo homologado constituye título ejecutivo (§ 794, apartado 1).<sup>22</sup>

La satisfacción con el sistema parece ser grande, porque las partes raramente recurren a la mediación privada; prefieren negociar ante un juez estatal en el marco de una instrucción judicial completa. Sólo en algunos campos especiales y, por ello, residuales, ha tenido suceso la mediación privada, así en las cuestiones de familia y divorcio.<sup>23</sup>

C. Un modelo no menos singular, pero que encuadra en las líneas tendenciales prevalecientes, no obstante insertarse en la tradición del *common law*, es el que se articula en Inglaterra, con resultados altamente satisfactorios, en tanto la transacción es el epílogo más frecuente de las controversias, gracias a una política pública de promoción de la cultura de las soluciones autocompuestas, que se refleja en diversos momentos. Ya en la fase preprocesal, los *pre-action protocols* regulan las tratativas encaminadas al logro de la

---

<sup>22</sup> Stürner, R., *op. cit.*, p. 365. Asimismo, Pérez Ragone, A. J. y Ortiz Pradillo, J. C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, Montevideo, K. Adenauer Stiftung, 2006, pp. 81-83; Haas, U. y Bocucci, D., “Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco”, *RePro*, São Paulo, núm. 197, 2011, pp. 235 y ss.

<sup>23</sup> Stürner, R., *op. cit.*, p. 365. De todos modos, con referencia a los resultados prácticos de los medios alternativos y el grado de calidad alcanzado en comparación con los que se asigna al sistema judicial oficial, habrá que convenir que existen dificultades casi insalvables para una evaluación racional. Kern, C. A., “Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil”, *RePro*, São Paulo, núm. 198, agosto de 2011, pp. 321 y ss.

transacción, como uno de sus objetivos principales. Fracasado el intento e iniciado el proceso, el CPR de 1998 enfatiza la necesidad de que tanto el juez como los abogados impulsen una transacción. Los deberes del tribunal incluyen la obligación, propia del *case management*, de asistir a las partes a esos fines, pudiendo además derivar el asunto a alguno de los medios alternativos específicos (ADR), incluyendo la intervención a solicitud de parte de un tercero neutral (*early neutral evaluation*). Para forzar a las partes remisas a la utilización de esos mecanismos, cuando el juez los considera como la alternativa más propicia, se admite la postergación en su caso del trámite del proceso. De todos modos —como se ha sostenido— resulta fundamental comprender que la conciliación no ha de tener lugar “a la sombra del derecho”,<sup>24</sup> que es tanto como decir que su resultado no puede ser injusto a la vista del derecho.

D. Hay todavía otras experiencias que muestra la legislación comparativa, y que son útiles a los propósitos de esta indagación. Nos referimos a aquellas otras modalidades superadoras que radican las soluciones auto-compositivas en la etapa preliminar del proceso. Es conocida la tendencia a acentuar la importancia de la instrucción preliminar de las causas, articulando procedimientos que anteceden al desemboque en la acción judicial, y que, precisamente, tienden a eliminar el conflicto en esa instancia temprana.<sup>25</sup>

Así, en el derecho alemán, la reforma de 1991 al Código Procesal Civil introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse prueba pericial anticipada sobre el estado de una persona o el estado o valor de una cosa, la causa de un daño a personas, a una cosa o vicio de ésta; el costo de la reparación del daño. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso.<sup>26</sup>

Al mismo objetivo apunta la reforma italiana del decreto-ley de 2005, al ampliar las formas de obtención preventiva de las pruebas, introduciendo la *consulenza técnica* anterior al proceso, con función conciliatoria. Según el artículo 696 bis del Código Procesal Civil, las partes, antes de comenzar una causa, pueden solicitar que el juez designe un experto para que presen-

---

<sup>24</sup> Andrews, N., “Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra”, *Re-Pro*, São Paulo, núm. 169, 2009, pp. 81 y ss.

<sup>25</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *cit.*, p. 525; Villa, P. S., “La etapa preliminar al proceso civil...”, *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal... Ponencias generales...*, Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-AADP, 2009, pp. 390 y ss.

<sup>26</sup> Leible, S., *Proceso civil alemán*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, K. Adenauer S., 1999, pp. 269 y ss.

te un informe orientado a *comprobar y determinar* los créditos derivados del incumplimiento contractual, o por hechos ilícitos, *intentado, al mismo tiempo, la conciliación de la litis*.<sup>27</sup> Se persigue allegar una valoración técnica objetiva que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como queda identificado el conflicto, desempeñando una función reductiva con relación al sistema de justicia, dirigida a evitar el pleito;<sup>28</sup> además del efecto eventual de la formación de prueba temprana para el futuro proceso.<sup>29</sup>

Tales experiencias demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas dejándolas libradas al juego de los puros intereses de las partes bajo la guía de gestores neutrales, como en el modelo californiano de la negociación en boga, sino que se alientan las soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez y, sobremanera, en la antesala del proceso. Sin clarificación de los hechos, aun en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación “pedalea en el aire”, es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso *con conocimiento de causa*, lo que garantiza un consentimiento “maduro”, fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso. Lejos, nuevamente, de una insuficiente y menoscabante mediación “facilitadora” de un resultado, cualquiera que fuere, aun en el más inequitativo o irrazonable.

## V. SUPERIORIDAD DEL SISTEMA DE LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN “VALORATIVA” FRENTE AL MODELO ESTADOUNIDENSE

A. En el modelo teórico ortodoxo de la mediación (ADR), el conflicto se resuelve con prescindencia de la aplicación del derecho, y en atención tan sólo de los intereses en pugna y cuyo balance se propugna, induciendo a las partes enfrentadas a arribar, por sí mismas, a una solución autocompuesta. La fuga del proceso no significa salir de la jurisdicción judicial —como en el sometimiento a árbitros—, sino lisa y llanamente salir de la justicia misma,<sup>30</sup> desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen

<sup>27</sup> Biavati, P., “Tendencias recientes...”, *cit.*, pp. 526 y 527.

<sup>28</sup> Maggi, F. y Carletti, F., “I provvedimenti di istruzione preventiva”, en Tarzia, G. y Saletti, A. (coords.), *Il processo cautelare*, 3a. ed., Roma, Cedam, 2008, pp. 159 y ss.

<sup>29</sup> Biavati, P., “Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana”, *RDP*, Buenos Aires, 2009-2, pp. 507 y ss.

<sup>30</sup> Biavati, P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa...*, *cit.*, pp. 534; Vigoriti, V., *op. cit.*, pp. 300 y 301.

romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción.<sup>31</sup>

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y, consecuentemente, la misión de los jueces —como afirma Fiss—<sup>32</sup> es hacer justicia, dando fuerza y haciendo realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indebidamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiera hecho justicia.

B. La teoría de la resolución de conflictos que subyace en los medios alternativos presupone de manera implícita que entre los contendientes existe una relación de igualdad; la conciliación de intereses se concibe como una anticipación del resultado del juicio, asumiéndose que sus términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de ese resultado. Sin embargo —señala acertadamente Fiss—,<sup>33</sup> la aludida conciliación de los intereses está en realidad en función de los recursos en general de que dispone cada parte por asumir el proceso, los cuales con frecuencia están distribuidos en manera desigual. Ello afectará inevitablemente el proceso de negociación, por la situación de desigualdad de la parte menos favorecida, por la menor capacidad para obtener y analizar la información necesaria sea por la urgencia que pueda traer consigo su reclamo, ya por la imposibilidad de costear un proceso judicial. Y si bien la desigualdad de las partes también puede distorsionar el propio proceso judicial, en éste queda siempre la posibilidad de que la intervención del juez contribuya a disminuir, utilizando las diversas técnicas procesales, el impacto de aquellas desigualdades. En realidad, la creciente utilización de los medios alternativos constituye un indicador elocuente de la tendencia a la privatización de la justicia estatal.<sup>34</sup>

C. El problema central que plantea la mediación es el de la insuficiencia absoluta como medio de resolución de las disputas para llevar a cabo una adecuada tutela de los derechos involucrados. No sólo porque por definición el acuerdo entre las partes implica siempre una renuncia de derechos —el derecho debe “permanecer tras la puerta—”, sino además desde que el método no está en capacidad para eliminar, o al menos reducir, las consecuencias de la desigualdad que de común traen entre sí los contendientes.

---

<sup>31</sup> Fiss, O., “Contra la conciliación”, *El derecho como razón pública*, trad. de E. Restrepo Saldarriaga, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 144.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 140-142.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 131-133.

<sup>34</sup> Gilles, P., “Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion...”, *RePro*, São Paulo, núm. 173, 2009, pp. 334 y 335.

El principio de la “neutralidad” de los mediadores, esencial en el objetivo de que las partes y nada más ellas alcancen, en cualquier caso y sea como fuera, el acuerdo, conduce inevitablemente a que se arribe, a menudo, a soluciones injustas, no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica del conflicto, sino también porque se posibilita que la parte más fuerte termine imponiendo los términos del acuerdo.<sup>35</sup> Lo que es peor, nadie será responsable de la pérdida de los derechos o de las chances de la parte desfavorecida en la relación; ya no están los jueces ni el Estado para responder por defectos de la prestación servicial.

#### VI. LA MEDIACIÓN “FACILITADORA” NO SE CORRESPONDE CON EL SISTEMA DE VALORES Y CREENCIAS QUE PREVALECE EN NUESTRA SOCIEDAD ACTUAL

A. Las formas de resolución de conflictos reflejan la cultura de base de una comunidad —sus valores, sus convenciones sociales y los símbolos a través de los cuales se representan—. Y esa relación es recíproca, los métodos para la resolución de las disputas son un factor de importancia en la tarea inacabada de “configurar” la cultura en la cual se insertan, en el sentido de que los cambios en la litigiosidad repercutirán en la misma cultura. De ahí que cualquier reforma procesal trascendente no puede ser considerada únicamente desde el prisma del tecnicismo legal.<sup>36</sup>

B. Concretamente, en relación con la mediación, parece nítido que el empeño de su imposición obligatoria no puede desentenderse de la existencia entre nosotros de una fuerte cultura tradicional, que ha sido refractaria, por razones múltiples, a su admisión. Se trata, precisamente, de pujar para permear y transformar esa cultura sustituyéndola por otra de signo opuesto. Sin embargo, el interrogante central sigue siendo: ¿esa cultura nueva acompaña y se sustenta en los valores y creencias predominantes, en estos tiempos, en nuestras sociedades?

En otros términos: las ventajas sustantivas que se atribuyen a la mediación, caracterizada por la articulación de procedimientos menos jerárquicos, lineales y contradictorios, más informales y acelerados, que permiten a las propias partes resolver sus conflictos participativamente, bajo la sola “asistencia” del mediador, ¿justifican el sacrificio de los valores de justicia e igualdad, propios del sistema judicial, de los que aquélla se desentiende? O,

<sup>35</sup> Taruffo, M., “Una alternativa a las alternativas...”, *cit.*, pp. 116-118.

<sup>36</sup> Chase, O., *op. cit.*, pp. 33, 73 y 185.

más simplemente, en términos que plantea Chase: la idea que transmite la mediación respecto a la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, ¿es aceptable?<sup>37</sup>

C. Claro que así planteados tales interrogantes no pueden recibir respuestas únicas ni certeras; sería un vano intento, descalificable por su vacua ingenuidad, pretender asumir el reto a falta, como es notorio, de suficiente información objetiva derivada de trabajos empíricos para aventurar juicios de valor sobre tan conflictivos aspectos. Sólo podemos transmitir ciertas aproximaciones sin otra pretensión que señalar algunos rasgos típicos característicos de nuestros actuales sistemas de enjuiciamiento civil bajo el prisma constitucional y convencional, que constituyen los arbotantes que refleja la cultura dentro de la cual se desarrolla.

En Iberoamérica, principalmente a partir de las reformas constitucionales operadas en la mayoría de los países a partir de los años ochenta, se ha ingresado en la “fase madura” del fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”. La administración de la justicia civil, desde la recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se sustenta en un “núcleo duro” o “esencial” de principios que la gobiernan, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar el acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del artículo 8o. de la CADH, y que se integran con el derecho a un recurso sencillo y rápido que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (artículo 25 de la CADH). De ello se deriva el reconocimiento como garantía fundamental del *derecho a la tutela judicial efectiva*, la “eficaz prestación de los servicios de justicia”, a que alude el artículo 114, tercer párrafo, inciso 6 *in fine*, de la Constitución Nacional Argentina reformada en 1994.

D. Sentada la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos,<sup>38</sup> cabe afrontar la remanida cuestión de la “cultura del litigio” o “de los derechos” frente a la “cultura alternativa de la pacificación” o “de los intereses”. Debemos comenzar por admitir que en una sociedad libre y plural los conflictos pueden ser resueltos en modos diversos,

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 20 y 21.

y la elección de una u otra vía depende exclusivamente de la voluntad de los propios interesados. Hay razones, y sobre todo circunstancias —fácticas y jurídicas— que hacen preferible, por regla, el camino de la jurisdicción que conduce a la sentencia. En cambio, cuando se trata de ciertos y determinados conflictos —relaciones de familia, de vecindad, de coexistencialidad en general, de menor cuantía— el sendero de los medios alternativos resulta más propicio.

En la mediación, la razón, la culpa o el error se “disuelven” para fundirse en la ponderación de los intereses. Se evitan ciertamente los riesgos y desventuras del proceso, pero hay que resignarse a la no justicia. Es posible que sea útil para recuperar la fe recíproca y aún encarrilar las relaciones melladas por el conflicto disuelto por un resultado satisfactorio para ambos.

Sin embargo, como expresa Biavati, el proceso judicial está destinado fisiológicamente a regular sólo la mínima parte de los conflictos sociales, pero cuando el litigio es tan agudo como para requerir la intervención de la jurisdicción, no se puede comprimir la necesidad de litigar, de modo que es necesario encarrilarlo en las vías de una ordenada confrontación judicial. Por otro lado, y quizá lo más importante, nuestras sociedades manifiestan una fuerte necesidad de legalidad. La pérdida de los valores públicos y del bien común en nombre de un interés privado que se persigue a toda costa es consecuencia también de la decadencia de la fuerza de la ley y de la falta de aptitud para aplicarla. El proceso jurisdiccional desempeña el rol de decir el derecho y de recordar qué cosa —para la comunidad—, es justa y lícita y qué cosa no lo es. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar.<sup>39</sup>

E. La cultura “adversarial”, ha de admitirse, puede y debe convivir con aquella complementaria de la cooperación pacificadora. Una y otra integran el sistema de resolución de las controversias. Existe consenso social al respecto, y ello ha sido el logro y la transformación que opera desde los años noventa: comienza a emerger, paulatinamente y no sin sobresaltos, la nueva cultura de la disuasión y la búsqueda de las soluciones amistosas. Y ello es altamente positivo.

No obstante, no podría afirmarse que igual consenso social se hubiera generado en torno de la mediación “facilitadora”. Por el contrario, puede aseverarse que ese método va a contrapelo de los principios y valores comunitarios recogidos y expresados en la Constitución y en el Pacto de San José que la integra, válidos y exigibles *en lo sustantivo para todas las formas de solución*

---

<sup>39</sup> Biavati, P., *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., pp. 816 y 817. En sentido similar, Guzmán, N. L., “Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos...”, *RDP*, Buenos Aires, 2010-2, pp. 17 y ss., especialmente 24-29. Asimismo, Comoglio, L. P., *op. cit.*, p. 371.

*de conflictos, incluyendo a la regulación de la mediación.* En el balance de los valores y principios implicados han de prevalecer aquellos de justicia e igualdad que conforman y se expresan en el “núcleo duro” de las garantías y, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso irrestricto a la justicia.

Ninguna de las ventajas que se adjudican a la mediación puramente “asistida”, de concertación de los intereses, justifica dispensar la persecución de aquellos valores y principios. El ciudadano tiene la prerrogativa, cuando está en juego el reconocimiento de sus derechos vulnerados, de utilizar el método de composición más adecuado. Pero al Estado constitucional de derecho le está vedado propiciar procedimientos, cualesquiera que fueran, que lo comprometan en esquemas reductores que no puedan asegurarle soluciones justas y equitativas. La justicia, enriquecida desde la equidad, resulta irrenunciable, indisponible de cara a los valores prevalentes en la sociedad, porque el sistema se deslegitima cuando se apodera de esquemas que se contentan con brindar al ciudadano una deleznable justicia “de segunda”. Aunque sirviera, lo cual resulta altamente dudoso, para promover una sociedad más participativa e interrelacionada, ventaja que, en todo caso, cabe adjudicar a la regulación de las acciones colectivas y la legitimación extraordinaria. Por último, y decisivo: la mediación neutral de intereses, al colocarse “de espaldas” al derecho, renuncia a la misión pública esencial que corresponde al íntegro sistema de justicia del que forma parte, de esclarecer a la comunidad, con relación a los casos concretos, acerca de qué conducta o situación es justa y legítima, y cuál no lo es; dar significado a los valores públicos.<sup>40</sup> Que es tanto como resignar la función constructiva de las instituciones jurídicas y la influencia de las decisiones en las relaciones interpersonales, lo que confirma la vinculación recíproca entre litigiosidad y cultura, tanto como la importancia de las actuaciones procedimentales en cuanto a su repercusión en el mantenimiento de las creencias y convenciones sociales.<sup>41</sup> La idea que transmite la mediación de intereses, en definitiva, colisiona con la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, para usar la ya referida expresión de Chase.

## VII. BASES PARA UN ESQUEMA SUPERADOR

De lo que se trata entonces es de articular formas de mediación superadoras del modelo ortodoxo puramente “facilitador”, insuficiente para asegurar soluciones satisfactorias, equitativas de los derechos en conflicto; tributario

<sup>40</sup> Fiss, O., *op. cit.*, p. 49.

<sup>41</sup> Chase, O., *op. cit.*, pp. 173-182 y 184.

de un procedimiento carente de transparencia y de garantías. Un nuevo modelo aceptable que permita alcanzar ese incanjeable objetivo presupone básicamente que:

1. el sujeto que desempeña la misión que, por su alcance y finalidades, podría denominarse *conciliador-mediador*, asume funciones cercanas a las del juez en la conciliación judicial; es experto en derecho y, al mismo tiempo, aplica técnicas propias de la mediación y la negociación. Actuará, cuando fuera necesario, asistido por profesionales de otras disciplinas.<sup>42</sup> Naturalmente, se requiere una adecuada preparación profesional, que incluya competencias jurídicas y, además, conocimientos específicos de técnicas de mediación.
2. El procedimiento de conciliación-mediación debe ser público, en el sentido de visible y transparente, asegurando condiciones procedimentales mínimas a que habrá de ajustarse el conciliador-mediador; *v. gr.*, la posibilidad de las partes de presentar sus peticiones y pruebas, la igualdad sustancial en el trato procesal sin perjuicio de la informalidad del procedimiento.<sup>43</sup> Tanto como la potestad de levantar una instrucción sumaria siquiera superficial sobre los hechos de base. En el acta final debe dejarse constancia sucinta de las posturas de las partes, especialmente cuando el intento de solución autocompuesta hubiera fracasado; se trata de atestaciones esenciales para evaluar el comportamiento y la buena fe que se requiere de las partes.
3. En su caso, se impondrán las costas en el ulterior proceso judicial cuando la sentencia, aun siendo favorable, acordara a quien resultó responsable de la frustración del intento el mismo importe, o uno inferior, al ofrecido por la contraria en la negociación.<sup>44</sup>

Por lo demás, ha de priorizarse la inserción de la conciliación-mediación en la etapa preliminar del proceso, articulándola con los mecanismos de instrucción temprana de la litis, de modo de posibilitar a los contendien-

---

<sup>42</sup> Así funciona el modelo instaurado por la Ley 11.453 y modificada de la Provincia de Buenos Aires, que regula la actuación de los consejeros de familia en la etapa previa de los procesos familiares (Berizonce, R. O., Bermejo, S. P. y Amendolara, Z., *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, LEP, 2001, pp. 22 y ss., 109 y ss., 135 y ss.).

<sup>43</sup> Taruffo, M., "Consideraciones dispersas...", *Páginas sobre justicia civil, cit.*, p. 149.

<sup>44</sup> En el derecho portugués, el decreto-ley 34/2008, modificatorio del artículo 447 del CPC, establece que el actor que pudiendo recurrir a medios alternativos opte por el proceso judicial, deberá soportar las costas de parte con independencia del resultado de la litis, Teixeira de Sousa, M., "Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?", *RePro*, São Paulo, núm. 161, 2008, p. 208.

tes arribar a las soluciones compartidas con conocimiento de causa,<sup>45</sup> bajo la gestión del juez.

Vale tener en cuenta, por último, el novedoso régimen que ha establecido la Ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires (2009), en el que despuntan algunas de las premisas a que venimos aludiendo. Se trata de una suerte de conciliación-mediación “valorativa”, sustentada principalmente en la exigencia del “consentimiento informado” de las partes como condición de validez de la autocomposición (artículo 1) y la intervención activa del juez en la homologación del acuerdo arribado ante el mediador (artículos 19, 20 y 21). El juez puede, mediante resolución fundada, homologarlo o rechazarlo (artículo 20); sólo procede la homologación “cuando entienda que el mismo (acuerdo) representa una *justa composición* de los intereses de las partes” (artículo 19). Será menester seguir atentamente la experiencia práctica del régimen de la Ley bonaerense de 2009, que ha suscitado grandes expectativas y no pocas inquietudes críticas.<sup>46</sup> Sea como fuere, hemos de convenir que se trata de un sistema innovador que implica un notorio avance con relación al régimen del ordenamiento nacional argentino.

## VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES DE CIERRE

A. La profunda y recíproca interrelación entre los métodos de resolución de conflictos y los valores, creencias y principios que caracterizan genéricamente la cultura de los pueblos impone examinar la congruencia entre aquellos valores fundantes y los medios “alternativos” a la justicia oficial.

B. Bajo ese principio, al hurgar en los principios y valores que sustentan la Constitución “juridizada” y las convenciones, en particular en la CADH, emergen ciertos principios que integran el denominado “núcleo duro” de las garantías judiciales —juez natural, debido proceso, efectividad de la tutela, efectivo acceso de los ciudadanos—, que deben impregnar al íntegro sistema de justicia. A su vez, los medios alternativos, como esquemas adheridos al sistema jurisdiccional, constituyen opciones útiles a disposición de los interesados, quienes, en ejercicio de sus libertades, pueden discrecionalmente valerse de ellos.

---

<sup>45</sup> Sobre los estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes: Peyrano J. W., “Anotaciones sobre la gestión conciliatoria”, *RDP*, 2010-2, pp. 97 y ss., especialmente 103-106.

<sup>46</sup> Sosa, Toribio Enrique, “Especulaciones sobre la ley de mediación civil en la Provincia de Buenos Aires”, *RDP*, 2010-2, pp. 261 y ss.

C. Claro que el legislador común viene condicionado, en la articulación de tales vías alternativas, por aquellos principios y valores fundamentales. De ahí que, al regular la mediación, no puede legítimamente adoptar esquemas que por encima y “de espaldas a la justicia” se conformen con la sola e insuficiente finalidad de asistir neutralmente a las partes en la creencia ingenua de que ellas, por sí solas, puedan resolver el conflicto. En la mediación de puros intereses, la razón, la culpa y el error se disuelven, y más allá de que existen situaciones en que, por excepción, la utilidad se muestra palmaria (cuestiones familiares, de vecindad, menor cuantía o relaciones de coexistencialidad en general), la persecución de semejantes objetivos no justifica el magro resultado de no justicia a que conduce. Principalmente porque, imaginado desde un esquema ideológico neoliberal, desdeña la desigualdad natural de los contendientes y, de hecho, potencia la injusticia del producto resultante. Aunque se resuelva la puja de intereses, no se garantiza el logro de la paz social.

D. La cada vez más creciente crisis y paralela necesidad de legalidad por la que se agita el inconsciente colectivo ha de corresponderse no sólo con el acentuamiento de la fuerza de ley, sino también y de modo especial a través de su aplicación en concreto. Sin mengua del proceso jurisdiccional como escenario natural donde el juez expresa la misión esencial de decir el derecho y, sobre todo, la de interpretar y aplicar los valores básicos en que se soporta el “contrato social”, la mediación sólo se valida en tanto está diseñada para satisfacer aquellos valores que expresan el “núcleo duro” antes referido, como que viene a insertarse dentro del propio e íntegro sistema de solución de conflictos. Desde ese hontanar, resulta claro que únicamente la denominada *conciliación-mediación valorativa* puede superar la criba de los valores y creencias que asientan en la raíz de nuestra cultura.