

## **XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL**

**“El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI”**

**Termas de Río Hondo- Santiago del Estero-Argentina**

**14, 15 y 16 de septiembre de 2017**

### **Comisión 4. Conflicto y Comunicación**

**Derecho Procesal Civil. Tema: La comunicación en la negociación y en la mediación.**

**PONENCIA. La Mediación Jurídica- Judicial. (En los proceso de negociación y de mediación confluyen conflicto y comunicación)**

**Autora: Prof. Dra. María Cristina Di Pietro**

Dirección postal: 27 de Abril 767 (5000) Córdoba.

Celular: 0351- 156618222

E-mail: mediario@hotmail.com

#### **Síntesis**

Mediación jurídica es aquella en que las partes no sólo intentan la búsqueda de un camino de solución o la solución acordada, sino que lo hacen en función a un reclamo que tiene por base sus derechos, pretendiendo por lo tanto, que aquélla se ajuste estrictamente a derecho, a la ley que los reglamenta. Es decir, que lo convenido en el acuerdo como producto de solución se convierta en ley exigible, verdadera normativa particular y especial para las partes; careciendo de posibles reproches jurídicos y sea, entonces, fácilmente ejecutable por un juez<sup>1</sup> (por vía de ejecución de sentencia art. 360, 500 inc. 1º y 4º CPCCN conf. ley 26.589, y art. 518 inc. 1 del CPCC Córdoba<sup>2</sup>).

La mediación jurídica puede considerarse el género y, la judicial y extrajudicial, especies. La mediación jurídica puede ser judicial y extrajudicial, dependiendo ello de la judicialización del conflicto y por ende del ámbito en donde se desarrollará; pero la caracterización de jurídica no

---

<sup>1</sup> En la Ley nacional 26.589 no es necesaria la homologación.

<sup>2</sup> El CPCC Córdoba no tiene prevista norma similar a la del art. 500 inc.1 CPCCN –recientemente incluido por la ley 26.589 de mediación-: Título I. Ejecución de Sentencias. Cap. 1. Sentencias de Tribunales Argentinos. Artículo 500: Aplicación a otros títulos ejecutables.- Art. 500. “Las disposiciones de este título serán asimismo aplicables: 1. A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados”... “4. Al acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia”. Véase ALBARENGA, Emilio. H. Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba. Ley 8465. Concordado. 7ª Ed. Alveroni Ediciones. Córdoba. 2017.

depende de la judicialización, sino del carácter que las partes asignen al conflicto que si bien puede ser jurídico no necesariamente se judicializará<sup>3</sup>.

La Mediación Judicial tiene requisitos y características definitorias: la presencia de por lo menos un mediador abogado; obligatoria asistencia letrada para las partes; desarrollo en el ámbito del poder judicial o dependencias conectadas, antes, durante e incluso después de la sentencia.

Es necesaria la preparación especializada no sólo del mediador judicial, sino del abogado que intervenga como tal en el proceso de mediación, que debe legitimarse en el manejo de los procesos de negociación y de mediación. Se requiere sustancialmente, un cambio de mentalidad del abogado, cumplir un rol diferente al actual, que le permita lograr avenimientos útiles.

En el proceso de mediación confluyen conflicto-comunicación y negociación. Partes, abogados y mediadores.

Será menester insertar un modelo distinto de justicia con estos contenidos para la formación de los abogados, que privilegie para los conflictos las soluciones de "acompañamiento", compartidas y negociadas, de autocomposición antes que de decisión formal –Morello-

*(...“Con nuestro instituto sucede lo mismo que con casi todas las innovaciones del proceso humano, en un primer momento resultan extrañas y en raro contraste con las costumbres, originan la crítica más violenta. Una vez puestas en práctica y perfeccionadas; de pronto se tornan transparentes e indispensables y ya nadie entiende cómo las cosas pudieron funcionar de otra manera” Franz Klein -en 1900- )*<sup>4</sup>.

### **I. 1. La Mediación Jurídica: Mediación Judicial y Extrajudicial.**

En el proceso de mediación, se trata de relacionar al conflicto, posicionándolo desde la innovación. Se persigue conocer lo que subyace –qué provocó el encuadre jurídico elegido y si el mismo es adecuado a lo que realmente la parte persigue obtener o se imaginó obtener. Siendo un desafío crucial la ampliación de la sustancia de reparto antes de focalizar en lo que a cada uno le pudiera corresponder conforme a derecho<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Por ej. la adjudicación de bienes puede resolverse dentro del contexto de los involucrados que negocien el reparto. Idem en cuestiones vecinales, societarias, consorciales, etc. Situaciones en que los involucrados no necesariamente enmarquen judicialmente sus asuntos desde el inicio.

<sup>4</sup> Cita de Mauro Cappelletti en El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, traducción de Tomás a. Banzhaf, Librería Editora Platense, 2002, Parte Primera, p. XXI. Y, Acceso al derecho procesal civil (Morello Director), tomo II, 1° ed. La Plata, Lajouane, Buenos Aires, 2007. CAP. 69: El proceso por audiencia. mecanismos para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales (II). Augusto M. Morello. Informe general actualizado al tema I, de las “XVIII Jornadas Iberoamericanas”, Montevideo, 16 al 18 de octubre de 2002. Pág.1230.

<sup>5</sup> El mediador realiza una tarea que supera los límites de la función del juez, surgiendo su legitimación de las partes intervinientes en el proceso de mediación. Son ellas las que le confieren o le restan autoridad; sin necesidad de producir prueba que consolide *su* verdad –la de cada uno, que a priori, no es cuestionada-. Porque el mediador no decide; sólo conduce hacia la decisión consensuada de las partes. La prueba hace a la confiabilidad entre ellas, siendo un parámetro para el mediador, quien no se cuestiona quién tiene la razón... la verdad. Véase supra pto 2.

La mediación jurídica, es aquel proceso de negociación desarrollado con la asistencia y dirección de un tercero experto en leyes, estando las partes asistidas, cada una por su abogado, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos conforme derecho, a efectos de lograr en su caso, la conformidad judicial<sup>6</sup>. Convirtiéndose así en un verdadero equivalente jurisdiccional, al que se refirió Carnelutti<sup>7</sup>.

Es una clase o tipo de mediación convocada cuando las partes deciden “*juridizar*” su conflicto; asignando a la mediación o al proceso mixto med-conc<sup>8</sup> las características que les asegure la validez jurídica que pretenden con un acuerdo posible para ellas<sup>9</sup>. Entendiéndose por *juridizar*, el encuadre positivista que de su problemática hacen las partes intentando cada una -por lo menos una<sup>10</sup>-, tipificarla en alguna normativa que unilateralmente estima le corresponde; de suerte tal que quien así conflictua se presenta a su oponente recortando el terreno de acción, condicionando su contenido y la búsqueda de la solución, limitando las estrategias y herramientas a las permitidas por la restrictiva legal<sup>11</sup>.

Si la mediación es un juego de estrategias diferentes, la mediación jurídica y la judicial lo son más. No sería coherente pretender ignorar antecedentes jurídicos y judiciales cuando voluntariamente se ha juridizado o judicializado el conflicto.

Para lograr su fin, la mediación jurídica utiliza generalmente un modelo más ajustado conocido como evaluativo. Se caracteriza por un mediador más conductista, dentro de parámetros normativos. Es en general abogado, en algunos casos juez retirado. Si bien se trabaja con el discurso de las partes, sus sentimientos y emociones, en este modelo no es menos importante la exhibición de pruebas documentales y la producción de pericias. Este es el nudo fundamental; habida cuenta que las partes, los verdaderos involucrados pueden apreciar la dimensión del conflicto, sus posibilidades, cuáles son realmente sus derechos y cómo se miden en función a aquéllos parámetros, que en definitiva abonarán o no los derechos que tienen o creen tener<sup>12</sup>.

La mediación jurídica puede ser judicial y extrajudicial, siendo la primera el género y las otras sus especies.

### **1. a - La Mediación Jurídica Extrajudicial.**

<sup>6</sup> Peyrano, Jorge W. Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente. Revista de Derecho Procesal. 2010-12. Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. 1ª ed., Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010.

<sup>7</sup> Carnelutti, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Edit. Uthea Argentina. 4 Vols. Bs.As. 1944. Instituciones del Proceso Civil, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

<sup>8</sup> El método mixto med – conc, mediación previa y conciliación -Art. 360 CPCCN-, interviniendo previamente un tercero neutral abogado como mediador y luego, proponiendo fórmulas de acuerdo, un conciliador.

<sup>9</sup> Acuerdo posible para ellas, será tal como dije, aquel que no sólo conforme o satisfaga las cuestiones -intereses y necesidades- planteadas por cada uno, sino que deberá ajustarse a las limitaciones jurídicas de fondo y forma para ser susceptible de homologación o ejecución judicial.

<sup>10</sup> Implicando ello que la otra u otras deban ingresar en ese juego.

<sup>11</sup> Como todo proceso jurídico, contiene un primer control de legalidad que otorga la presencia de abogados de parte y de por lo menos un neutral también abogado, garantizándose la posibilidad de un ulterior control de ley a cargo del tribunal<sup>11</sup>. El magistrado tiene a su vez, garantía que otorga la intervención de por lo menos tres letrados –uno, sin interés en el asunto de fondo-.

<sup>12</sup> Los abogados negociarán manejando ofertas y contraofertas en la etapa correspondiente; habiendo participado y confrontado antes, además, aquella prueba

Si bien comparte algunas características de la mediación judicial, se produce en otros contextos; realizada en dependencias públicas o privadas pero fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él<sup>13</sup>. En la mediación jurídica extrajudicial, los mediadores pueden o no ser abogados; o alguna de las partes puede asistir sin letrado. Pero, con miras a un acuerdo viable, siempre se cuenta con la presencia de por lo menos un abogado que encuadra el proceso, la disponibilidad de los derechos y su defensa. Pueden aportarse documentos y realizarse pericias. Si se cumplen todos los requisitos de la mediación judicial<sup>14</sup>, los acuerdos pueden ser validados judicialmente, previendo la legislación como incentivo, la morigeración de los aranceles de tasa de justicia, aportes colegiales y previsionales.

### **1. b - La Mediación Judicial. Requisitos y características definitorias**

**Requisitos:** 1.- la presencia de por lo menos un mediador abogado<sup>15</sup>; 2.- la obligatoria asistencia letrada para las partes. 3.- se desarrolla en el ámbito del poder judicial o en dependencias que se consideran conectadas, antes, durante e incluso después de la sentencia.

**Características:** - El acuerdo es visto como la norma particular ajustada a derecho (también a la jurisprudencia de los tribunales). - Es posible la comunicación de los mediadores con los asesores de menores y de personas con capacidades diferentes, siendo su presencia obligatoria en ciertos casos. Tienen un rol preponderante. Su criterio signa la suerte de la homologación judicial. - Los mediadores intervinientes: deben estar previamente acreditados por el Poder Judicial y acatar la reglamentación específica. De no ser elegidos, se sortean de la nómina existente en tribunales; según procedimiento que figure en las leyes de mediación de cada jurisdicción. Deben estar capacitados en el manejo del lenguaje jurídico y en las costumbres tribunalicias. - Se hallan establecidos requisitos formales para las notificaciones, comparecencia de las partes, plazos, documentación que hace a la instancia, formalización de los convenios, etc. los que deben respetarse y de cuyo cumplimiento depende el momento en que opera la remisión al juzgado que corresponda. - Pueden acompañarse y producirse pruebas, aunque éstas podrán o no ser vinculantes conforme voluntad de las partes. - Las pruebas pueden ser exhibidas o aportadas por una de ellas para compulsar de la otra o sólo para el mediador<sup>16</sup>. Asimismo, las pruebas<sup>17</sup> son consideradas parámetros por el mediador. Su

<sup>13</sup> Por ej. la realizada en centros privados de mediación, en los Colegios Públicos profesionales, o en dependencias de alguna repartición pública, nacional, provincial o municipal.

<sup>14</sup> en cuanto a la presencia de abogados de parte y de abogados neutrales

<sup>15</sup> En sistemas como el de Córdoba-mediación interdisciplinaria- actúan dos mediadores, debiendo por lo menos uno ser abogado.

<sup>16</sup> Di Pietro, María Cristina. *La Superación del Conflicto*. Ed. Alveroni. 2ª Ed. 2017. ... etapa previa, en referencia a la prueba pericial anticipada –ZPO alemana-, obtención preventiva de la prueba o consulta técnica preventiva –la consulencia técnica de la ley italiana-, la prueba pericial prevalente, -del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes-, sistemas que pueden incorporarse en la etapa de mediación y/o de conciliación, según operen estas instancias por separado o integren –aunque no simultáneamente- la audiencia preliminar, que en esta tesis se propone. *Infra Cap.* siguiente. Sobre aquéllos temas puede consultarse Berizonce, Adolfo. Ob. cit. FALCÓN, Enrique, *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 768. Rojas, Jorge A., *Etapa preliminar al proceso, ponencia general*, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, p. 362. La importancia de la pericia en la mediación. Sonia R. M. Medina. *Revista de Derecho Procesal, Prueba pericial y prueba científica*, Rubinzal Culzoni, 2012. María Laura Prada Errecart, Mariela Persico, y María José Alonso. XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. 2009. La producción anticipada de prueba. Como medio de autocomposición informada de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial. El sistema sería facultativo. Graciela Dragone y Sonia Ruth María Medina. Se

valor consiste en aportar elementos de comparación con antecedentes, diagnosticar y pronosticar, a efectos de una mejor elección de partes conforme los recursos de cada uno. - Es posible la intervención de peritos judiciales del cuerpo médico forense como de aquellos desinsaculados por sorteo de las nóminas existentes en los tribunales. Pueden también las partes asistirse por sus expertos. - Es posible el trabajo interdisciplinario. - Se utiliza con mayor énfasis la técnica de agente de la realidad pudiendo realizarse un detenido razonamiento sobre las distintas posibilidades, debilidades y fortalezas, de cada parte. - En casos complejos con múltiples partes, es posible la comunicación con el juez de la causa<sup>18</sup>. - Los acuerdos, son ejecutables por disposición de ley. - Si es previa (ley nacional) o intraprocesal (Córdoba) y no se arriba a acuerdo continúa interviniendo el juez natural.- Generalmente, se pagan tasa de justicia, aportes colegiales y previsionales -aunque reducidos-. - Sin perjuicio de la causal de remisión<sup>19</sup>, es el juez quien remite las causas a mediación judicial (o la adjudicación depende de la Cámara Civil como en el caso de la Ley Nacional). - Se efectúan controles de gestión en el sistema y a los mediadores. - Los acuerdos atraviesan exigencias que no se plantean en los acuerdos surgidos en otros modelos de mediación. Si bien en todos los casos ellos son producto de opciones filtradas por parámetros objetivos y subjetivos, los surgidos de este tipo de mediación, parten de criterios objetivos más estrictos: no pueden apartarse de la ley que gobierna el tema y conviene seguir la jurisprudencia del tribunal asignado (sea la mediación de instancia previa o intraprocesal). -De no arribarse a acuerdo, la causa es remitida al juzgado para la consecución del trámite litigioso. - El modelo de mediación es evaluativo. Si bien puede tomar herramientas de los otros cuatro modelos<sup>20</sup>, se desarrolla a través de un procedimiento con mayor participación del mediador e influencia de sus conocimientos en la materia de conflicto, habida cuenta que las partes requieren contundencia y resultados. Teniendo también los letrados, una actuación fundamental: la de abogado negociador. Siendo esta participación activa, comprometida y defensiva.

Ello no obstaculiza el otro costado atendible en esta instancia: la comunicación entre los involucrados, para definición y replanteo del conflicto; para el enfoque en las emociones, deuda pendiente y sin abordaje en la mayoría de los conflictos que se ventilan –pero no lo suficiente– en los tribunales. - Los diversos *modelos de decisión judicial*<sup>21</sup>, son ponderados aquí como parámetros para la construcción de acuerdos con pretensiones de legalidad y de legitimidad.

**Los acuerdos** constituyen decisiones jurídicas consensuadas y sus reglas deben ser cumplidas como mandato de ley. Por consiguiente, *el mediador* como parte del sistema

---

adhieren a la designación de peritos en esta etapa, pero solo en casos de menor cuantía o cuestiones de familia. Andrea Alejandra Imatz también propone la producción obligatoria de la prueba pericial de cualquier especialidad.

<sup>17</sup> Recuérdese que también el derecho (normas, jurisprudencia) es un parámetro dentro del proceso de mediación. De suerte tal que las normas como las pruebas pueden conjugarse o dejarse de lado –las normas en la medida de lo permitido- al sólo efecto de lograr una normativa expresa y a medida para el conflicto en análisis de solución.

<sup>18</sup> Peyrano, Jorge W. Cartilla para jueces conciliadores. La Ley T. 1994-E, Sec. Doctrina

<sup>19</sup> Por pedido de las partes, por indicación de la ley, de oficio por disposición del juez. Véase por ej. Art. 2º de la Ley 8858 de la Prov. Córdoba.

<sup>20</sup> Harvard (Fisher); Transformativo –Folger-; Narrativo –Cobb-; Facilitativo –Folberg y Taylor-. Véase seguidamente modelos de Mediación.

<sup>21</sup> Lorenzetti, Ricardo Luís. Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho, 1ª ed., 1ª reimp., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

jurídico, debe velar para que el producido del trabajo de las partes y el suyo pueda considerarse verdadera e inobjetable ley para ellas, conf. art. 959 y conc. CCC.<sup>22</sup>

La doctrina de Jerzy Wróblewski<sup>23</sup> resulta ilustrativa para explicitar parte de la tarea del mediador y conciliador judiciales. Existe, en orden a las decisiones, la interpretación que surge de otras fuentes además de la legislativa, administrativa, judicial y doctrinal: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la que a menudo estimula la interpretación operativa –del órgano que aplica el derecho-; la interpretación hecha por la opinión pública, especialmente cuando se valoran el derecho y las decisiones aplicativas del derecho, de relevante importancia para identificar el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad.

Le incumben al mediador/conciliador judicial estas consideraciones. Resulta imprescindible que, en la autocomposición jurídica, conozca respecto del caso en el que interviene los precedentes jurisprudenciales y la doctrina y dogmática de la materia, porque en el camino hacia la toma de la decisión concertada, uno de los pasos es aplicar la técnica de agente de la realidad que hará a la justificación y razonabilidad del resultado, y un segundo paso -para lograr una negociación operativa- es justamente la comparación con criterios objetivos, que no son otros que las sentencias de los tribunales –lo que diría un juez o interpretación operativa -, lo que puede decir en función a la doctrina y dogmática probablemente aplicables, lo que un grupo específico o el mercado dictan en la materia .

**La interpretación** de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico<sup>24</sup> se basa y funda la tarea de aquellos terceros: a.- La interpretación que las partes hacen de la normativa y de los hechos de conflicto es fundante. La impronta de las personas, sus costumbres, la característica de su grupo de pertenencia, los significados dispares que otorgan a las palabras, la información y la comprensión de la misma, la influencia de los medios de comunicación, son algunas de las variables a través de las que califican, miden, solucionan el conflicto y entienden la ley. b.- La interpretación que transmiten los abogados y su argumentación, indican también su particular forma de entender la ley en esa oportunidad y en el caso que defienden hoy. c.- El mediador/conciliador judicial no es ajeno a la opinión pública, a su influencia y a la de los medios de comunicación. En este sentido no sólo está atento a la incidencia que tienen en las partes sino que debe revisar el impacto que producen en él, por su compromiso con su neutralidad.<sup>25</sup> Es aplicable por ejemplo al ámbito de los terceros coadyuvantes, la suposición común que Wróblewski dice existe tras los argumentos que sustentan la decisión: la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y también racionalmente controlado. El acuerdo que surja

<sup>22</sup> El mediador debe conocer la ley para optimizar la conducción del proceso de mediación, cuya finalidad es la obtención de una norma/acuerdo satisfactorio para las partes sí, pero también para el sistema jurídico en su conjunto. En materia judicial, no adhiero a las corrientes que propician que la mediación es exitosa se arribe o no a acuerdo. La expectativa de las partes y del sistema en general, es que la mediación provea la norma rectora para las partes en conflicto. La tarea del mediador judicial impacta hoy directamente en el sistema socio-jurídico-judicial.

<sup>23</sup> Wróblewski, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Traducción Arantxa Azurza; Revisión y nota introductoria de Juan Igartúa Salaverría. Editorial Civitas S.A., 1 ed. 1985.

<sup>24</sup> Subrayando que este último lugar no indica orden de importancia, Wróblewski, Jerzy, ob. cit., pág. 59

<sup>25</sup> Wróblewski, Jerzy, ob. cit., pág. 62.

de un proceso de avenimiento y que es la decisión compartida de las partes, debe traslucir este supuesto como su justificación de validez<sup>26</sup>.

### **1. c - La Mediación Jurídica y Judicial. Sus variables.**

Si el abogado no asiste, pero asesora, su presencia tácita en el lugar no impide la aplicación de cualquier modelo, incluso el evaluativo; el abogado custodia la estrategia y responde por su praxis.

Se dice que durante la primera etapa del proceso de mediación las partes suelen transferir en el mediador la potestad o la capacidad para resolver –puesto que en definitiva ese es el paradigma que traen- y que posteriormente el mediador devuelve la situación conflictiva a las partes para que ellas se hagan cargo de la responsabilidad de resolver<sup>27</sup>. Se produce aquí también una variable de importancia en la mediación jurídica, habida cuenta que el involucrado –salvo excepciones- ya delegó previamente en su letrado la facultad de decisión. Ello resulta lógico: la parte buscó primero a un abogado; no comprende el lenguaje jurídico; desconfía que su decir sea usado en su contra; está temeroso de su futuro sin el abogado que lo asesoró; sin su asesor jurídico puede perjudicarse más; porque en definitiva ya vio con el abogado, -que él eligió-, cómo manejar su problema, y se preparó conforme esa visión. Entonces, en la generalidad de los casos, las partes no desdecirán a sus letrados, ni decidirán sin su consejo. Resultará difícil que sigan únicamente, su instinto o sus percepciones<sup>28</sup>. El comienzo del proceso de mediación jurídica apunta a la intervención del letrado y a la relación que el mediador logre o tenga como antecedente con él. En suma, el mediador jurídico necesita de la presencia de ambos, partes y letrados, aunque no necesariamente en el mismo acto y momento<sup>29</sup>.

### **II.- Surgimiento del Modelo Evaluativo. Antecedentes.**

El surgimiento de este modelo proviene de EE. UU atento la preferencia de muchos abogados a la hora de elegir mediador para determinadas causas o circunstancias. Es muy común en aquél país, que los letrados que manejan casos de daños y perjuicios o en los estrictamente jurídicos –de puro derecho-, soliciten mediadores con perfil jurídico-intervencionista. Los jueces confían en esos mediadores por el prestigio y según el estilo de cada uno apoyando su tarea y

<sup>26</sup> Di Pietro, María Cristina. Mediación-Conciliación y el Proceso Civil. Tesis Doctoral. 2012. Facultad de Derecho y Cs. Sociales. UNC.

<sup>27</sup> Aloisio, Victoria Co-Mediación. págs. 103/4. Highton, Elena I. y Alvarez, Gladys S.; Mediación para resolver conflictos; Ed. Ad-Hoc; Bs. As.; 1.995.

<sup>28</sup> Sólo si el abogado cambia el asesoramiento -conforme advierta otras perspectivas-, su cliente verá y escuchará. Caso contrario, permanecerá cerrado ante todo intento. Literalmente, tendrá una postura corporal cerrada: brazos y piernas cruzadas, mirada fija sin escucha –aun pareciendo cordial-. Si bien pueden darse una conjunción de factores provocados por las técnicas de mediación, que comprometan el discernimiento del mediado, sin venia del letrado puede no haber siquiera comparecencia. La confianza del letrado en el mediador jurídico es fundamental, dirimente.

<sup>29</sup> Si el abogado comparte con el mediador otras visiones de solución, si logra abandonar el paradigma ganar/perder tan típico como necesario en la profesión de abogar, si confía en la habilidad, criterio y profesionalidad del mediador, y, si éste trabaja demostrando a cada tramo que lo es, la mediación jurídica, cuanto más la especie judicial, prosperará, y sobre todo en acuerdo sustentable. Aunque, cierto es que en más de un caso debimos mediar entre el abogado y su propio cliente; sin contar la multiplicación del conflicto cuando han intervenido más de un abogado para una sola parte. Cuando los actores de una divergencia de intereses actúan en el ámbito de la negociación o de la mediación de modelo puro -facilitativa- pueden apartarse de estos criterios o usarlos como espejo hacia un futuro probable. Ellos no ven impedimentos y no los habrá, hasta el momento de incumplimiento o de afectación a terceros o cuando exhiban la disponibilidad de derechos que no les eran disponibles. Acuerdos producto de meditaciones sin intervención de abogado –ni de parte ni abogado mediador- si bien aportan soluciones creativas que pueden conformar a las partes, en los más de los casos no conforman a la ley, siendo potencialmente inaplicables

reenviando la causa a mediación o para negociación directa tantas veces como lo estimen necesario.

La aplicación de un modelo similar en Córdoba, en la ciudad de Buenos Aires como desde hace diez años aproximadamente en las provincias de San Juan y San Luis, cuatro en las provincias de Santa Fe y en la de Buenos Aires, es también producto de la intervención de los abogados. Quienes mayoritariamente hasta ahora, perfilan el rumbo de la mediación y el estilo que buscan en los mediadores. Su influencia es tan notoria, que ha impreso a la mediación el contexto evaluativo. Sólo si el abogado marca otra preferencia o adhesión, podrá el mediador transitar por otro modelo<sup>30</sup>.

### **III.- 1. Las Nuevas Generaciones de Juristas.**

Luego de haber recorrido más de un centenar de ponencias producidas en sendos Congresos de Procesalistas -ambas vertientes, activistas y garantistas-, salvo excepciones sólo fundadas en el gusto o disgusto por las nuevas instituciones de avenimiento, no encontramos en los últimos dos años, para grata sorpresa, posturas contrarias a la institucionalización y práctica de la mediación. Todo lo contrario<sup>31</sup>.

Ello me permite inferir que, la demostración en la práctica y la adhesión social de que dan cuenta las metodologías para el consenso, han permitido superar antiguas oposiciones<sup>32</sup>.

Hemos tomado como fuente y como antecedentes la producción científica de los últimos Congresos de Derecho Procesal, por entender que en ellos se exponen y reflejan las últimas indagaciones jurídicas como los últimos conocimientos recabados; consensos y cuestionamientos; tomándose a la par y como sustento las teorías tradicionales.

En el tercio final de este decenio, sorprende advertir el cambio a 180º que se produjo en la consideración masiva de los procesalistas, acerca de la reconsideración, utilidad y valía de los métodos de avenimiento. De planteos de inconstitucionalidad de los años 90, atravesados por la inutilidad de tales mecanismos de solución y los fracasos antecedentes, se advierte ahora una mesurada observación con adhesión, defensa y justificación de aquéllos.

### **III. 2. El Abogado en Mediación.**

Es necesaria la preparación especializada no sólo del mediador judicial, sino del abogado de parte que intervenga en el proceso de mediación, que debe acreditar su conocimiento y manejo del mismo como del de negociación. Debe, como el mediador, legitimarse en su rol; para ello

<sup>30</sup> Transformativo, Narrativo, Colaborativo, aplicados puros o con técnicas mixtas. En nuestro país, el modelo evaluativo, reconoce sin embargo, la aplicación de técnicas de los otros modelos: Colaborativo que deviene del tipo de negociación propiciada por Fisher en la Escuela de Derecho y de Negocios de la Universidad de Harvard; narrativo, articulado en la Universidad de Santa Bárbara por Sara Cobb; y el transformativo diseñado algunos años después por Bush y Folger y por Tricia Jones y Littlejohn.

<sup>31</sup> Tomo las advertencias acerca de la profesionalidad que los terceros deben adquirir y sostener, como la necesidad de discernir o discriminar la juridicidad o no de los métodos según el contexto de aplicación, como un gran aporte. Así, Berizonce, estima que la mediación empírica o practicada por legos, no sería la idónea para resolver conflictos jurídicos. Véase BERIZONCE, Adolfo. *La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación "valorativa"* (la ley bonaerense 13.951, de 2009), en Revista de Derecho Procesal 2010-2, sistemas alternativos de solución de conflictos, dirigido por Roland Arazi, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

<sup>32</sup> Quizás fundadas en frustrados antecedentes, que parecen obedecer más al no acatamiento de las diversas normas que trataron de imponer un sistema de mayor consenso antes de la sustanciación del pleito. Véase PANIGADI, Mariela. XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias Generales - Relatos Generales – Trabajos Seleccionados. 2011. *Etapa Preliminar al Proceso Civil*. Pág. 375.



no es suficiente su sola presencia ni la práctica del modelo de negociación transaccional<sup>33</sup>. En el proceso de mediación confluyen conflicto-comunicación y negociación. Partes, abogados y mediadores.<sup>34</sup> *El Abogado Negociador*, supone la superación del tradicional estereotipo de abogado "pleitista", transitando hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, como por ej. la de *conciliador componedor*, teniendo como misión el "acompañamiento" no sólo de su cliente, sino de los operadores jurídicos; la necesidad del consejo y asesoramiento orientados a la búsqueda de fórmulas racionales y equitativas de superación del conflicto. Tiene particular relevancia su capacidad negociadora.<sup>35</sup>

El abogado sabe en razón de un antiguo principio "quad non est in actis non est in mundo", con la consecuencia de que el defensor puede y debe estar a la altura del acto: el abogado puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato pero si acepta defender a su cliente debe hacerlo con las propias fuerzas de su consentimiento<sup>36</sup>.

"La verdad que los hombres encuentran procediendo humanamente en la búsqueda con las posibilidades y los métodos y los modos que son propios de la condición humana"<sup>37</sup>.

El abogado es el primer juez de la causa; su actitud y actividad es crucial para impulsar la negociación previa y para una mejor preparación eventual de la litis. La instrucción preliminar es un imperativo en interés del cliente y así actúa como facilitador de la autocomposición.

Para ello se requiere sustancialmente, un cambio de mentalidad del abogado, cumplir un rol diferente al actual, que le permita lograr avenimientos útiles.

#### IV. Conclusión

1.- En la mediación jurídica confluyen conflicto jurídico, comunicación y negociación jurídicas. Partes, abogados y mediadores.

2.- El abogado debe estar a la altura del acto: dejar de lado actitudes formulísticas, deponer antagonismos y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda de

---

<sup>33</sup> Los procesos de avenimiento tienen un gran componente de voluntariedad encaminada al encuentro de la norma común para las partes involucradas en un caso específico. Ello implica el dominio de saberes específicos y esfuerzo adicional de conducción de una controversia hacia su punto más beneficioso posible para el cliente. Véase Morello, Augusto Mario. *Claves Procesales. El juego de los alfiles en el ajedrez procesal. Los nuevos enroques*. Pág. 758 y ss. Ed. Lajuane. Bs. As. 2007. Peyrano, Jorge W. El principio de cooperación procesal, en [http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El\\_Principio\\_de\\_Cooperacion\\_Procesal.doc](http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Principio_de_Cooperacion_Procesal.doc)

<sup>34</sup> En materia de resolución de conflictos, quien ignora los pasos procesales para llegar a un avenimiento, desconoce los distintos roles a encarar, carece de solvencia en el manejo de la negociación, y, si ni siquiera adhiere a la cultura de la autocomposición y/o tampoco es un negociador empírico, preferirá participar en procesos adversariales, arrastrando a su cliente a ese terreno de juego que es el que conoce: el litigio.

<sup>35</sup> El abogado como negociador es un conductor que se ubica al lado de las partes, no es neutral, sino que representa sus intereses. Tiene el deber de parcialidad. Le cabe la responsabilidad ética y profesional de informar a su parte sobre otras puertas de solución, otros métodos posibles además del juicio, a efectos que el particular pueda elegir informadamente. Es hacedor del consentimiento informado para la toma de decisiones acertadas para los intereses de su parte. Véase Morello, A. Mario. Ob. cit. Nota 28.

<sup>36</sup> Conforme Berizonce<sup>36</sup>, Arazi, Bourguignon, Ponce<sup>36</sup>, habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, deponer antagonismos y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables de transacción, negociadas; sin renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni abdicar los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas dirimentes, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como partícipe de una justicia minorada sino como operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias

<sup>37</sup> Véase Cipriani, Franco, ob.cit. Calamandrei, Piero. *Elogio de los jueces. Estudio preliminar de Marcelo Bazán Lazcano*, en Colección de Clásicos del Derecho, Librería El Foro, Buenos Aires, 2011.

soluciones concretas, razonables de transacción, negociadas; sin renunciar la defensa de los intereses y derechos confiados, propugnar desde su parcialidad, formas dirimentes, para los específicos conflictos que toleren encausamiento por las vías que nos ocupan.<sup>38</sup>

**5.-** *“Un programa integral para la justicia con base democrática, debe fortalecer el mensaje formativo del justiciable. “Compactar en ellos conciencia sobre sus derechos pero, igualmente, acerca de sus deberes y cargas y el modo racional y adecuado de ejercerlos y, en su caso, defenderlos en juicio. Sin excesos y del modo más inteligentemente beneficioso para todos: en ello se involucra a la Jurisdicción”<sup>39</sup>.*

## **V. El Congreso declare:**

1.- La Mediación jurídica -judicial y extrajudicial-, tiene características específicas porque es aplicable a un tipo especial de casos, los jurídicos. Es aquella en que las partes intentan la búsqueda de un camino de solución o la solución acordada, en función a un reclamo por sus derechos, pretendiendo que aquélla se ajuste a derecho. Que lo convenido en el acuerdo como producto de solución se convierta en ley exigible, verdadera normativa particular y especial para las partes; siendo fácilmente ejecutable<sup>40</sup>.

2.- Utilizar como proceso de mediación jurídica un modelo más ajustado: evaluativo, que necesita para su operatividad de la presencia de letrados de parte y de un mediador abogado, con experiencia por cuanto en este modelo, el conocimiento de los parámetros objetivos (jurisprudencia y doctrina) resulta vital. Constituyendo de esta forma, un verdadero *equivalente jurisdiccional*, al que se refirió Carnelutti<sup>41</sup>.

3.- Es necesaria la preparación especializada del mediador judicial para legitimarse en su rol y del abogado que intervenga en el proceso de mediación, que debe acreditar su capacidad negociadora, su conocimiento y manejo de negociación de mediación.

4.- La inserción de un modelo distinto de justicia con estos contenidos para la formación de los abogados, que privilegie las soluciones de "acompañamiento", compartidas y negociadas; de autocomposición antes que de decisión formal; mecanismos específicos y diferenciados de justicia que posibiliten el logro de soluciones adecuadas.

<sup>38</sup> Compartimos el reclamo de aquellos Congresos de Derecho Procesal: Es indudable que si no se cuenta con el convencimiento, el compromiso y la anuencia de los operadores jurídicos, hasta el más perfecto de los sistemas que se diseñen estará destinado a fracasar. Véase Arazi, Bourguignon, Ponce, etc. en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Etapa Preliminar del Proceso. Judicialización o Desjudicialización del Conflicto.

<sup>39</sup> Morello, Augusto Mario. *Formación de los Operadores Jurídicos*. Ed. Librería Editora Platense. La Plata. 2005. Págs. 93 y ss.

<sup>40</sup> Art. 360, 500 inc. 1º y 4º CPCCN conf. ley 26.589, y art. 518 inc. 1 del CPCC Córdoba

<sup>41</sup> Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Edit. Uthea Argentina. 4 Vols. Bs.As. 1944. Instituciones del Proceso Civil, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.