

PROCEDIMIENTOS PRELIMINARES Y PRUEBA ANTICIPADA COMO INSTRUMENTOS PARA LA DECISIÓN TEMPRANA DE LOS CONFLICTOS*

*Roberto Omar Berizonce***

Resumen

A partir de la premisa de la creciente judicialización de los conflictos que conduce a la sobrecarga de la labor de los tribunales y la excesiva duración de los procesos, se propone analizar modelos, instituciones y técnicas que se exhiben en el Derecho comparado, especialmente en la experiencia de los países iberoamericanos. Se sostiene que los regímenes de mediación oriundos del Derecho norteamericano no se compadecen con el sistema de valores y creencias de nuestras sociedades, en particular la mediación sólo “facilitadora”. Existen otras instituciones superadoras, que se analizan, que en su conjunto resultan más apropiadas a los fines perseguidos. Entre ellas, la instrucción preliminar probatoria, que puede convertirse en mecanismo auxiliar de la negociación entre las partes para facilitar en la antesala del debate judicial acuerdos de “justa composición” del conflicto; y que, al mismo tiempo, sirve como procedimiento de instrucción temprana de la causa.

Recibido: marzo 22 de 2016 – Aprobado: julio 17 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 19-43.

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

Palabras clave: Sobrecarga, mediación, instrucción preliminar, prueba anticipada, justa composición.

Abstract

From the premise of the increasing conflicts judicialization leading to overload the work of the courts and the excessive process length, it is propose to analyze models, institutions and techniques exhibited in comparative law, especially in the experience of Latin American countries. It is argued that the mediation regimes natives of North American law don't sympathize with the system of values and beliefs of our societies, especially the "facilitator" only mediation. There are other overcoming institutions, which are analyzed, that together are more appropriate to the aims pursued. Including the preliminary probative instruction, which can become an auxiliary mechanism of negotiation between the parties to facilitate "fair composition" agreements of the conflict in the anteroom of the judicial debate; and, at the same time, it serves as early instruction procedure of the cause.

Keywords: Overload, mediation, preliminary instruction, anticipated test, fair composition.

1. Planteamiento del tema. Tutela judicial efectiva, razonable, duración del proceso y simplificación de los trámites

Es harto conocida, y no sólo entre nosotros pues se trata de fenómenos generizados que aquejan la prestación del servicio de justicia en todas las latitudes, la insatisfacción por la falta de virtualidad en múltiples casos de la garantía fundamental de la tutela judicial eficaz y eficiente, que se proclama enfáticamente desde la Constitución y las convenciones internacionales. Claro que son plurales y confluyentes las causas profundas del fenómeno, entre las cuales ocupan un lugar destacado tanto una creciente demanda de justicia, expresada en progresión geométrica, como la correlativa complejidad de las cuestiones que se litigan. Una mayor conciencia individual y colectiva y el empoderamiento de los "nuevos" y tradicionales derechos generan inevitablemente una marcada, y siempre en ascenso, judicialización de los conflictos y, con ello, la acentuación del activismo de los jueces manifestado de modos diversos y cambiantes¹. Por un lado, están compelidos a resolver esa masa incesante de reclamos, pero al mismo tiempo el modelo procesal no les brinda las

¹ Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni ed. cap. VI., 2009.

herramientas necesarias para encausarlos en forma adecuada. La mayoría de los procedimientos tradicionales –baste pensar en el ordenamiento nacional argentino vigente prácticamente sin reformas desde 1968– se muestran a todas luces ineficaces, insuficientes para el logro de los objetivos centrales sintetizados en el *proceso justo*².

De ahí el denodado empeño por encontrar nuevos o reformados procedimientos, instituciones y técnicas procesales que permitan simplificar y acelerar los desarrollos litigiosos, sin menoscabo del principio básico del contradictorio. Arribar a la decisión en tiempo razonable implica el apetecido resultado útil de la jurisdicción. Claro que son diversos y a menudo confluyentes los caminos que puedan tentarse. Tradicionalmente se vinculan con la abreviación y simplificación de los trámites en general y aun, en el pensamiento procesal contemporáneo, en la articulación de los denominados mecanismos de justicia “temprana”³ –tutelas anticipatorias de urgencia y de evidencia, juzgamiento anticipado del mérito, ejecutoriedad de las sentencias recurridas, estructuras monitorias y similares–. Hay todavía apuestas más drásticas, draconianas, como las que tienden a operar sobre el propio flujo, por diversas razones desmesurado, de la litigiosidad; no para impedir u obtener el legítimo acceso a la jurisdicción, ni desincentivarlo con cargas económicas como en el modelo economicista planteado en los años noventa, sino, en todo caso, para canalizar los reclamos por otras vías, en especial por los revalorizados medios alternativos para su decisión.

Precisamente nuestras reflexiones tratarán de centrarse en estos últimos para analizar su virtualidad, confrontarlos, en particular, con el modelo del proceso justo constitucional y las tradiciones culturales y para concluir sobre su insuficiencia e inutilidad. A partir de esa premisa nos proponemos plantear un modelo recogido de la experiencia comparativa, superador de la mediación “facilitadora”, “de espaldas a la justicia”. Un mecanismo que, a través de la instrucción preliminar probatoria, posibilite al juez la justa resolución del conflicto, en armonía con los

² COMOGLIO L.P. “Garantías mínimas del ‘proceso justo’ civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos”. En: *Rev. Iberoam.* v. 2. Der. Procesal, Buenos Aires 2002. pp. 217 y ss. VALLESPÍN PÉREZ D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002, *passim*. MORELLO A.M. *El proceso justo*. 2ª. ed., Buenos Aires: Lexis Nexis-LEP, 2005, *passim*.

³ BIAVATTI, P. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*. Santa Fe: RDP, 2008-1. pp. 513 y ss. MARINONI, L.G., ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. “Curso de Processo Civil”. En: *Rev. dos Trib.* v. 2, São Paulo, 2015. pp. 195 y ss., 223 y ss. MITIDIERO, D. *Anticipação da tutela*. São Paulo: Edit. dos Trib., 2013. pp. 129 y ss. PEYRANO, J.W. *El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor “evidencia”*. Buenos Aires: La Ley, 2011-B. pp. 733 y ss.; *id.*, *La tutela anticipada de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2011-C, pp. 678 y ss. DE LAZZARI, E.N. *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F. pp. 585 y ss.

principios constitucionales que sustentan la jurisdicción, sobremanera, el logro de decisiones judiciales que, en términos de calidad, resulten “justas y equitativas” (*fair and equitable*)⁴.

2. La búsqueda de soluciones a través de los medios alternativos y especialmente la mediación

No está en discusión que los “equivalentes jurisdiccionales” brindan instancias diferenciadas de particular utilidad para dirimir *cierta categoría de conflictos*, situaciones excepcionales en realidad, ya que la regla sigue siendo el sometimiento pleno a la decisión judicial. Sin embargo, de entrada, cabe alertar respecto de un equívoco conceptual que, de común, empaña el entendimiento de los fines de política judicial en juego. La implantación de los medios alternativos en general, y en particular de la mediación en la modalidad prevaleciente entre nosotros –generalmente en los países latinoamericanos–, no puede encontrar su justificación en el argumento de constituir un remedio para la creciente sobrecarga del sistema de impartición de justicia⁵. El razonamiento es falaz porque no se repara en que dichos medios alternativos responden y se legitiman, en tanto que las soluciones típicas que traen consigo, precisamente, resultan ser las más adecuadas para la decisión de los conflictos de que se trata. Así ocurre en los de familia y los derivados de las relaciones de “coexistencialidad”, en general. Son diferendos que encuentran respuestas más propias, “a medida”, en aquellas técnicas, lo cual constituye razón suficiente para consagrarlas, más allá de que –además– ello pueda coadyuvar a la descongestión judicial. Se confunde, en realidad, el objetivo esencial del proceso judicial de brindar a los litigantes vías especiales simples y desformalizadas más adecuadas para la resolución –o la “disolución”– de ciertas cuestiones, con los medios para tornar eficaz el servicio.

En lo que sigue, se intentará demostrar la notoria insuficiencia del método de la mediación, en el modelo prevaleciente entre nosotros, para satisfacer el objetivo áureo de la tutela judicial efectiva y el proceso justo.

3. 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

⁴ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. *El acceso a la Justicia*. La Plata: ed. Col. Abogados La Plata, 1982. p. 124. COMOGLIO, L.P. *Garantías mínimas...* *Ob. cit.* pp. 223 y ss.

⁵ GIANNINI, L.J. “¿Es la mediación obligatoria en Argentina un instrumento de acceso a la justicia?”. *En: Rev. Iberoam. Der. Proc., Rev. dos Tribunais*. vol. 2, São Paulo, 2015. pp. 193 - 202.

específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican⁶, lejos de constituir sistemas aislados, producto de expertos, especialistas o burócratas de turno⁷, debemos preguntarnos si el modelo de raíz norteamericana adoptado abiertamente, y casi sin concesiones de “adaptabilidad” en diversas legislaciones de Iberoamérica y especialmente en Argentina por la Ley 26.589 de 2010, responde a nuestras particularidades culturales o, si se prefiere, si refleja (y se refleja en) los sistemas de creencias, valores y principios más arraigados que prevalecen en la estimativa comunitaria en torno de la justicia.

3.1 El método de la mediación en la experiencia norteamericana

Se ha señalado que la aparición de los ADR (Medios alternativos de solución de conflictos) 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. Estas estaban, más 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 norteamericana: la libertad, el individualismo, el populismo, la igualdad y el liberalismo⁸. Los ADR, en realidad, abarcan allí un abanico de métodos y procedimientos 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,

⁶ CAPPELLITTI, M. “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”. En: *Proceso, ideologías y sociedad*. trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediar, 1974. pp. 34 y ss., especialmente pp. 83 - 90. Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: DAMASKA, Miriam. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: ed. Juríd. de Chile, 2000. *passim*.

⁷ CHASE, O. *Law, culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005. Seguimos la traducción castellana de Martín Diz, Fernando. *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011. *passim*.

⁸ CHASE, O. *Ob. cit.* p. 133.

su expansión ha sido crecientemente significativa a partir de los años ochenta y está vinculada 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 “intrajudiciales”. Así ha ocurrido con la mediación gestionada discrecionalmente por los jueces y puesta a cargo, generalmente, de abogados que actúan honorariamente sin retribución⁹.

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 norteamericano 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 habrían 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 Chase¹⁰, la verdadera y fundamental causa de semejante cambio de tornas 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. En lo que nos interesa para nuestro análisis, 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.
- b. Por otro lado, 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

⁹ *Ibidem*. pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, como también significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeron decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas, la ADR Acta de 1998.

¹⁰ *Ibidem*. pp. 146 y ss.

“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 que su objetivo es el logro de un resultado que no depende de la “justicia”, ni del “sueño” de la certeza absoluta.

- c. En definitiva, se concluye: la entronización y el auge de los ADR en los EE.UU. fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de la época, que han sido fuertemente cuestionados desde su aparición¹¹.

3.2 El trasplante de la mediación norteamericana y su recepción en Iberoamérica y, en particular, en la normativa nacional argentina

- a. Es bien conocida la génesis del desembarco de la mediación entre nosotros, inserta en un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas¹², 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 '90 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

¹¹ *Ibidem.* p. 155, 182 - 184.

¹² VARGAS VIANCOS, J.E. *Eficiencia en la justicia en sistemas judiciales*. CEJA, S. de Chile, N° 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 (pp. 68 - 99). 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 BERIZONCE, R.O. “El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)”. En: *Derecho Procesal Civil actual*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot/LEP, 1999. pp. 231 y ss. Asimismo, en cuanto a que la mediación no es instrumento útil, sino, al contrario, para facilitar el acceso a la justicia: GIANNINI, L.J. ¿Es la mediación obligatoria...? *Ob. cit.*

judicial la transformación se lograría, más que al modificar 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 ellas, sería el camino para las ansiadas soluciones¹³.

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 decimonónica 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 asiduamente¹⁴. 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 servicio¹⁵.

- b. En el balance, por cierto negativo, de esas políticas de cuño neoliberal ha de rescatarse, sin embargo –como bien lo ha destacado VARGAS VIANCOS¹⁶– 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 y han generado 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.

¹³ 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*. Op. cit. pp. 76 - 78).

¹⁴ *Ibidem*. pp. 80 - 81. Sobre el fin público de la jurisdicción por todos: COUTURE, E.J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945. p. 92.

¹⁵ 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 aquellos 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*. Op. 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*. fasc. 11. Buenos Aires: J.A., 2011-III. p. 3 y ss.

¹⁶ VARGAS VIANCO. *Eficiencia en la Justicia*. Op. cit. pp. 90 - 91.

3.3 Superioridad del sistema de la conciliación - mediación “valorativa” frente al modelo norteamericano

- 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, cuyo balance se persigue, lo cual induce 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 misma¹⁷, desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción¹⁸.

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y, consecuentemente, la misión de los jueces –como afirma Fiss¹⁹– es hacer justicia, dar fuerza y hacer realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indeliberadamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiere 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, en la que se asume que sus términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de ese resultado. Sin embargo –señala acertadamente O. Fiss²⁰–, la aludida conciliación de los intereses está condicionada 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 y por la menor capacidad para obtener y analizar la información necesaria, ya sea por la urgencia que pueda traer consigo su reclamo o por la imposibilidad de costear un proceso judicial. Si bien la desigualdad de las partes también puede distorsionar el propio proceso judicial, en este queda siempre la posibilidad de que la intervención del juez contribuya a disminuir, al utilizar las diversas técnicas procesales, el impacto

¹⁷ BIAVATI, P. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa... Ob. cit.* pp. 534. VIGORITI, V., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*. n° 181. São Paulo: RePro, 2010. pp. 300 - 301.

¹⁸ FISS, O. “Contra la conciliación”. *En: El derecho como razón pública*. trad. E. Restrepo Salda-riaga. Madrid – Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. p. 144.

¹⁹ *Ibidem*. pp. 140 - 142.

²⁰ *Ibidem*. pp. 131 - 133.

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 estatal²¹.

- 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. El principio de la “neutralidad” de los mediadores, esencial al objetivo de que las partes y sólo ellas alcancen, en cualquier caso, sea como fuere, 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 acuerdo²². 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.

3.4 La mediación “facilitadora” no se compadece 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 cuáles se representan–. 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 legal²³.
- b. Concretamente en relación a 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, puede argumentarse, de pujar para permear, transformar esa cultura y sustituirla 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? O, más simplemente, en términos que plantea Chase, ¿la idea que transmite la

²¹ GILLES, P. *Civil Justice Systems and Civil Procedures in conversión...* pp. 334 - 335.

²² TARUFFO, M. *Una alternativa a las alternativas...* *Op. cit.* pp. 116 - 118.

²³ CHASE, O. *Ob. cit.* pp. 33, 73, 185.

mediación respecto a la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, es aceptable?²⁴.

- c. Sentada la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos²⁵, 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 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, y 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 aun 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 quizás 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 es justa y lícita y qué cosa no lo es para la comunidad. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar²⁶.

- d. La cultura “adversarial”, ha de admitirse, puede y debe convivir con aquella complementaria de la cooperación pacificadora. Una y otra integran el sistema

²⁴ *Ibidem.* p. 188.

²⁵ *Ibidem.* p. 20 - 21.

²⁶ BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Bologna: Bononia Univ. Press, 2011. pp. 816 - 817. En sentido similar: GUZMÁN, N. L. *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos.*, Buenos Aires: RDP, 2010 - 2. pp. 17 y ss., especialmente pp. 24 - 29. Asimismo: COMOGLIO, L.P. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*. Riv. Dir. Proc., Cedam, Padova, 2000. p. 371.

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.

No obstante, no podría afirmarse que igual consenso social se hubiere generado en torno a 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 el Pacto de San José que la integra, válidos y exigibles *en lo sustantivo para todas las formas de solución 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 fueren, que lo embreten en esquemas reductores que no puedan asegurarle soluciones justas y equitativas. Es que 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 en relación a los casos concretos acerca de qué conducta o situación es justa y legítima y cuál no lo es, para dar significado a los valores públicos²⁷. Esto 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 sociales²⁸. 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.

4. Algunas experiencias superadoras que se destacan en la legislación comparada

De entre la amplísima gama de modelos que muestra el Derecho Comparado, resulta conducente resaltar algunas instituciones novedosas típicas de legislaciones del sistema del *civil law* continental europeo, como son las de Italia y Alemania, y, por otro lado, aquellas propias del *common law* inglés. Presentan todas ellas

²⁷ FISS, O. *Ob. cit.* p. 49.

²⁸ CHASE, O. *Ob. cit.* pp. 173 - 182, 184.

particulares características que despiertan nuestro interés de confrontación con nuestras instituciones.

4.1 En el ordenamiento italiano consagrado por el decreto legislativo n° 28, del 4 de marzo de 2010, en implementación de la Directiva de la Unión Europea del 21 de mayo de 2008, se introduce la denominada *mediación estructurada*²⁹ o institucional que, en lo que aquí interesa, puede ser dispuesta por el juez, toda vez que durante el desarrollo del proceso considere de utilidad (art. 5°, inc. 2°). Esta presenta la particularidad de poner el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes. A ese fin, se admite en la instancia de mediación la presentación de documentos y otras pruebas, en especial las periciales, incluidas las comprobaciones especializadas (art. 3°, inc. 3°; art. 17, inc. 2° y concordantes). Los acuerdos arribados requieren homologación judicial, acto que no se agota en la mera verificación de la regularidad formal de los procedimientos, sino que se integra con la constatación de que su contenido no es contrario al orden público o a normas imperativas (art. 18). En suma, se estructura un sistema que se aleja de modo palmario de la simple mediación “facilitadora”³⁰, bien que la intervención legislativa viene generando vivas disputas doctrinarias³¹.

4.2 También, ciertamente en las antípodas del sistema norteamericano, 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 amigable³². Son los propios tribunales los que extinguen por transacción entre el veinte por ciento y el treinta por ciento de los litigios. El procedimiento conciliatorio está regulado en el § 278 ZPO y se desarrolla a través del diálogo entre el juez y las partes, en reuniones separadas, en las que se destaca que en la audiencia de conciliación este puede interrogar libremente a las partes con el fin del esclarecimiento de la cuestión litigiosa. Igualmente, si las partes no presentan una propuesta de transacción por escrito, el propio tribunal

²⁹ BIAVATI, P. *Argomenti...* Ob. cit. pp. 809 y ss. En relación al régimen anterior en confrontación con las garantías constitucionales: COMOGLIO, L. P. *Mezzi alternativi...* Ob. cit. pp. 318 y ss.

³⁰ VIGORITI, V. Ob. cit. 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...” *En: Civil Procedure Review*. v. 2, n° 2, 2011. pp. 93 y ss. Disponible en: www.civilprocedurereview.com).

³¹ VIGORITI V. Ob. cit. pp. 300 - 301. BIAVATI, P. *Argomenti...* Ob. cit. p. 816.

³² STÜRNER, R. *Sobre as reformas recentes no direito alemão...* São Paulo: RePro, n° 193, 2011. pp. 355 y ss., 364 - 365.

puede hacerlo (§ 278, apart. 6). El acuerdo homologado constituye título ejecutivo (§ 794 apart. 1)³³. La satisfacción con el sistema parece ser grande, porque las partes raramente recurren a la mediación privada, sino que 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 divorcio³⁴.

Más allá de las notorias singularidades del esquema germánico, parece significativo resaltar la reivindicación que supone, en tanto que sustenta la solución amistosa en la propia sede judicial, bajo gestión del juez, que al actuar según su “libre convicción” puede llegar a proponer acuerdos transaccionales. Es en el marco de la instrucción del proceso que se facilita la búsqueda de la conciliación, que, si bien depende enteramente de la voluntad de las partes, no queda condicionada por el desconocimiento de la situación fáctica o de las chances que en el plano jurídico son decisivas para el acierto, en términos de justicia, del resultado. No podría afirmarse que el acuerdo así logrado quede “de espaldas a la justicia”, ni que la transacción asistida judicialmente fuere un simple sucedáneo “de segunda”.

4.3 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 que 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 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, además, el asunto puede derivar a alguno de los medios alternativos específicos (ADR), incluida 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

³³ *Ibidem*. 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*. n° 197. São Paulo: RePro, 2011. pp. 235 y ss.

³⁴ STÜRNER, R. *Ob. 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. Conf.: KERN, C.A. *Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil*. n° 198. São Paulo: RePro, 2011. pp. 321 y ss.

se ha sostenido— resulta fundamental comprender que la conciliación no ha de tener lugar “a la sombra del Derecho”³⁵, que es tanto como decir que su resultado no puede ser injusto a la vista del Derecho.

4.4 Ahora, veremos una referencia siquiera sucinta al régimen que consagra el CPC brasileño en vigor desde 2016. Entre sus múltiples novedades se establece como política pública que los tribunales crearán centros judiciales de solución consensual de conflictos, responsables por la realización de sesiones y audiencias de conciliación y mediación y por el desenvolvimiento de programas destinados a auxiliar, orientar y estimular la autocomposición. Estatuye el régimen singular de los conciliadores y mediadores como auxiliares de la justicia (CPC, art. 149). Se regula una audiencia obligatoria de conciliación o de mediación en sede judicial antes de la presentación de la defensa del demandado, con la finalidad de estimular la solución consensual de los litigios (art. 334)³⁶; sin perjuicio de la mediación previa o extrajudicial a que pueden someterse los interesados. Si la petición inicial se ajusta a los requisitos esenciales y no fuere el caso de improcedencia liminar, el juez designará audiencia de conciliación o de mediación con antelación mínima de treinta días. El conciliador o mediador, que es un auxiliar del juez (art. 139, § 5) actuará necesariamente en la audiencia, sin perjuicio de la intervención de aquel en ciertos supuestos de excepción. En el curso del procedimiento se observarán los principios de independencia, imparcialidad, autonomía de la voluntad, confidencialidad, oralidad, informalidad y de decisión informada (arts. 165 y ss.). La incomparecencia injustificada de cualquiera de las partes a la audiencia se considera acto atentatorio a la dignidad de la justicia y sancionado con multa. Obtenida la autocomposición, será homologada por sentencia (art. 334, § 11). Se estima que la conciliación es la herramienta más adecuada para los conflictos puramente patrimoniales; el conciliador puede sugerir soluciones para el litigio. En cambio, la mediación está pensada para las hipótesis de conflictos referidos a relaciones de continuidad, de “coexistencialidad”, con el objetivo principal de preservar o restaurar los vínculos entre las partes; de ahí que el mediador las auxilia para que identifiquen, por sí, alternativas de beneficio mutuo (art. 165 §§ 2 y 3)³⁷. Entre las primeras evaluaciones del nuevo sistema, se ha

³⁵ ANDREWS, N. “O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra” trad. T. Arruda Alvim Wambier. *Rev. dos Trib.* São Paulo, 2009. pp. 30 y ss.; *id.* *Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*, RePro, n° 169, 2009. pp. 81 y ss.; *id.*, *Relações entre a Corte e as partes na era do case management*. n° 217. São Paulo: RePro, 2013, pp. 181 y ss.

³⁶ MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. *Curso de Processo Civil*. *Ob. cit.* v. 2., pp. 173 - 174.

³⁷ PINHO, H.D.B. de. *A mediação judicial no novo CPC em Desvendando o novo CPC*. D.G. Ribeiro y M.F. Jobim org. Porto Alegre: Liv. Do Advogado ed., 2015. pp. 72 y ss., especialmente, pp. 81 - 84. ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. “Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil”. *En: Rev. dos Tribunais*. São Paulo, 2015. pp. 311 - 312.

afirmado³⁸ que no parece ser ideal la solución que preconiza apenas un sistema de mediación incidental cuando ya ha sido puesta en movimiento la máquina judicial. Asimismo, desde un sector de la doctrina se ha propiciado, en una línea similar, la creación de un procedimiento probatorio extrajudicial facultativo, desvinculado de la futura demanda, con la finalidad de intercambiar informaciones para facilitar la búsqueda de una solución negociada, sin la intervención judicial³⁹. De todos modos, será menester esperar la aplicación práctica de los novedosos mecanismos, típicos del Derecho brasileño, si bien se reconoce su filiación en la legislación argentina de 1995⁴⁰.

4.5 Por último, algunas someras consideraciones acerca del régimen vigente en Colombia, que puede considerarse un buen ejemplo de la evolución de los sistemas iberoamericanos. A partir de la década de los años noventa del siglo pasado y especialmente con la Ley 640 de 2001, se estatuye el régimen actualmente vigente, con algunas modificaciones. Se erige una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho y en equidad como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos que deben tramitarse a través del procedimiento ordinario –ahora procedimiento verbal (CGP, art. 368, 2012)– o abreviado –ahora, verbal sumario (art. 390, *id.*)– y en ciertos procesos de familia. Este procedimiento se lleva a cabo ante los conciliadores de los centros de conciliación, delegados de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público y notarios. La denominada conciliación extrajudicial en verdad constituye una mediación, en el sentido de que se trata de un mecanismo a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la resolución de sus diferencias con ayuda de un tercero imparcial y calificado, denominado conciliador⁴¹. La conciliación judicial, por su lado, puede ser provocada por el juez en cualquier momento del proceso y tiene lugar, especialmente, en ocasión de la audiencia inicial o preliminar, donde aquel “exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento” (CGP, art. 372, inc. 6). La Ley 1395 de 2010, a su turno, estableció que con la solicitud de conciliación extrajudicial se debe acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que se tenga en su poder y que se pretenda hacer valer en el eventual proceso. Lo anterior, bajo la prevención de que, si fracasare la conciliación, no serán admitidas en aquel

³⁸ PINHO, H.D.B. de. *Ob. cit.* pp. 67 y ss., especialmente, pp. 81 - 84. ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Primeiros comentarios... Ob. cit.* pp. 309 y ss., 622 - 627.

³⁹ GRECO L. *A reforma do direito probatorio no processo civil brasileiro*. n° 240. São Paulo: RePro, 2015. pp. 61 y ss.

⁴⁰ PINHO, H.D.B. de. *Ob. cit.* p. 67.

⁴¹ LÓPEZ BLANCO, H.F. *Procedimiento Civil. Parte General*. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. 8ª. ed., t. I. Bogotá: Dupré ed., 2002. pp. 565 y ss. BEJARANO GUZMÁN, R. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*. 5 a. ed. Bogotá: Temis, 2001. pp. 9 y ss.

(art. 35). Además, la incomparecencia no excusada a la audiencia conlleva que “se considerará como indicio grave en contra de sus pretensiones o excepciones de mérito en un eventual proceso judicial”⁴².

Fuera de ello, resulta de interés consignar que el CGP regula las pruebas extra-procesales (arts. 183 a 190) –antes denominado procedimiento para pruebas y exhibición anticipada–, que incluyen el interrogatorio de parte, declaración sobre documentos, exhibición de documentos, testimonios anticipados, inspecciones judiciales y periciales. En todos los supuestos no se requiere urgencia e incluso se pueden practicar dichas medidas probatorias de común acuerdo fuera del proceso para ser aportadas antes de la sentencia (art. 190). Importa señalar en relación a la pericial que mientras el anterior artículo 300 CPC regulaba de modo independiente el pedido de dictamen de peritos, con o sin inspección judicial⁴³, el texto del artículo 189 CGP liga la intervención de perito a la inspección judicial.

5. La instrucción preliminar probatoria como instrumento para la decisión temprana de los conflictos

Hay todavía otras experiencias que muestra la legislación comparativa y que son útiles a los propósitos de esta indagación. Nos referimos a aquellas modalidades superadoras que radican las soluciones autocompositivas en la etapa preliminar del proceso. Es conocida la tendencia a acentuar la importancia de la instrucción preliminar de las causas y a articular procedimientos que anteceden al desemboque en la acción judicial que, precisamente, tienden a eliminar el conflicto en esa instancia temprana⁴⁴.

5.1 Así, en el Derecho alemán, la reforma de 1991 a la ZPO introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse el costo de la reparación del daño, anticipada la prueba pericial 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 esta. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso⁴⁵.

⁴² BEJARANO GUZMÁN, R. *Ob. cit.* pp. 9 - 10, 22 - 23.

⁴³ LÓPEZ BLANCO, H.F. *Ob. cit.* t. III, *Pruebas*. pp. 249 - 252.

⁴⁴ BIAVATI, P. “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa, ob. cit., p. 525. VILLA P.S., La etapa preliminar al proceso civil... *En: XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal... Ponencias generales...* Buenos Aires: Fac. de Derecho UBA-AADP, 2009. pp. 390 y ss. El tema fue objeto de debate, asimismo, en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en *Direito Processual Comparado, XIII World Congress of Procedure Law*. A. PELLEGRINI GRINOVER y P. CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007.

⁴⁵ LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*. Bib. Jur. Dike; K. Adenauer S., Bogotá, 1999. pp. 269 y ss.

5.2 Al mismo objetivo apunta la reforma italiana de la Ley 80 de 2005, al ampliar las formas de obtención preventiva de las pruebas, con prescindencia del requisito de urgencia, e introducir la *consulenza tecnica* anterior al proceso, con función conciliatoria. Según el artículo 696 *bis* CPC, las partes, antes de comenzar una causa, pueden solicitar que el juez designe un experto para que presente 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*”⁴⁶. Se persigue allegar una valoración técnica objetiva⁴⁷ que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como queda identificado el conflicto, y desempeñar una función reductiva en relación al sistema de justicia, dirigida a evitar el pleito⁴⁸, especialmente cuando las pruebas tienen eficacia dirimente, además del efecto eventual de la formación de prueba temprana para el futuro proceso⁴⁹.

5.3 La misma finalidad persigue la *acción autónoma de producción de prueba*, significativa novedad del CPC brasileño de 2012⁵⁰. La producción anticipada⁵¹ de prueba será admitida conforme al artículo 381 –además del supuesto común en que haya fundado recelo de que venga a tornarse imposible o muy difícil la verificación de ciertos hechos–, en otras dos hipótesis que aquí nos interesan. Sucede así en los casos en que la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflictos (§ II), o ya cuando el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar el enjuiciamiento de la acción

⁴⁶ BIAVATI, P. *Tendencias recientes...* Ob. cit. 526-527. SALETTI, A. “El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias”. En: *Rev. Peruana de Der. Proc.* Lima: Communitas, 2008, XI. pp. 387 y ss. CARPI, F. y TARUFFO, M. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 5ª ed., Cedam, Padova, 2006. pp. 1971 - 1972. ANSANELLI, V. *Le prove a futura memoria nel diritto italiano*. n° 227. São Paulo: RePro, 2014. pp. 47 y ss., quien destaca los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la reforma.

⁴⁷ El legislador de 2005 concretó una sustancial equiparación, bajo el perfil funcional, entre las modalidades de la adquisición de los conocimientos expertos formados preventivamente o durante el proceso, fruto de una tendencia a extender los espacios de utilización de tales conocimientos antes del proceso (ANSANELLI, V. Ob. cit. pp. 57 - 58).

⁴⁸ MAGGI, F. y CARLETTI, F. “I provvedimenti di istruzione preventiva”. En: *Il processo cautelare*. 3a. ed., a cura di G. Tarzia e A. Saletti. Cedam, Padova, 2008. pp. 159 y ss.

⁴⁹ BIAVATI, P. *Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana*. RDP. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni ed., 2009-2. pp. 507 y ss. ANSANELLI, V. Ob. cit. pp. 72 y ss.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Primeiros comentarios...* Ob. cit. pp. 659 y ss. MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. *Novo Curso de Processo Civil*. Ob. cit. v. 2. pp. 307 y ss.

⁵¹ Se ha señalado que en realidad no se trata de producción anticipada pues la medida se limita a “fijar” la prueba que puede interesar a otro (futuro) proceso, permitiendo que ella sea *aquí* producida (MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. y MITIDIERO, D. Ob. cit. pp. 307 - 308).

(§ III). La prueba pasa a ser considerada no sólo en su función de instrumento para formar la convicción judicial, sino también como medio para auxiliar a las partes en la valoración de sus chances de éxito en una futura demanda –y con ello facilitar la búsqueda de soluciones concertadas– o también para su utilización en el proceso consiguiente. Son claramente medidas tendientes a la reducción de la litigiosidad y el más apropiado encausamiento de las pretensiones de las partes⁵².

En la petición, el requirente presentará las razones que justifican la anticipación de la prueba y mencionará con precisión los hechos sobre los que ha de recaer. El juez procederá a citar a los interesados, salvo si no existiera caso contencioso por tener como único propósito la documentación del actor. No se requiere indicar la acción “principal” que, por otra parte, es posible que no se plantee en el futuro. Los interesados, a su vez, podrán requerir la producción de cualquier prueba en el mismo procedimiento, siempre que esté relacionada con los mismo hechos, salvo si su producción conjunta acarrearía excesiva demora. En el procedimiento no se admitirá defensa o recursos, excepto contra la decisión desestimatoria (art. 382). En realidad, tan sólo se limita el ámbito de la defensa, pero el interesado podrá alegar cuestiones de orden público; lo que no se permite es el debate sobre el derecho material⁵³. Realizada la producción de las pruebas, el juez debe dar por concluido el proceso mediante sentencia que se limita a dar fe de lo actuado de manera regular y legítima. A este le es prohibido formular cualquier juicio de valor sobre dichas pruebas (arts. 383, 382 § 2).

5.4 Tales experiencias demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas y dejarlas libradas al juego de los puros intereses de las partes bajo la guía de gestores neutrales, como en el modelo 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, aún 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.

5.5 La incorporación a nuestros ordenamientos de los mecanismos y técnicas de instrucción preliminar probatoria constituiría, sin duda, un avance trascendental para el mejoramiento del sistema de justicia común, por todas las razones ya analizadas.

- a. Su implementación requiere de un análisis profundo en relación a las reformas legales necesarias abarcativas tanto de los aspectos orgánico - funcionales, como

⁵² ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Ob. cit.* p. 660.

⁵³ *Ibidem.* p. 662. MARINONI, L.G.; ARENHART S.C. y MITIDIERO, D. *Ob. cit.* pp. 331 - 332.

de las técnicas y procedimientos formales. En el primero de esos aspectos, sentado que la conducción, gestión y búsqueda de las soluciones negociadas corresponde principalmente al órgano jurisdiccional, habrá que acometer la compleja cuestión de la conformación del propio órgano y de los auxiliares que lo integren. En ese sentido, nos parece que un modelo adecuado, al menos para la realidad argentina, lo constituye el que se utiliza en los conflictos de familia en general. Así, entre otros, el régimen de la Provincia de Buenos Aires (L. 14.453 y modif.)⁵⁴, en el que se implementa un cuerpo de consultores o consejeros, funcionarios que toman a su cargo la conducción, impulso y gestión en una etapa previa al juicio, de la búsqueda activa de soluciones concertadas. Actúan bajo supervisión del juez a quien se reserva, por lo demás, la valoración de los acuerdos arribados y su homologación, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de este para provocar, en cualquier tiempo y etapa del proceso, la conciliación de las partes. Otro aspecto, que no es menos esencial, es que el órgano se integra, además, con un cuerpo técnico auxiliar o gabinete multidisciplinario, para intervenir también en la etapa preliminar, sin perjuicio de su actuación en el curso ulterior del procedimiento. En definitiva, se trataría de conformar de un modo singular el propio órgano jurisdiccional para que pueda conducir eficazmente la etapa preliminar con la finalidad de propender a la solución amistosa del diferendo.

Otro modelo al que alternativamente podría recurrirse sería un régimen similar al adoptado en el CPC de Brasil que, como hemos visto, confía las tareas a conciliadores y mediadores, junto con las cámaras o instituciones privadas inscriptas en un registro organizado por las más altas autoridades judiciales –no administrativas–, en las condiciones del artículo 167 del CPC, los cuales se desempeñan como auxiliares de la justicia (art. 149 del mismo). Como tales, están sometidos a un régimen jurídico de Derecho público cuyos principios regula el citado artículo 167 –inscripción en registro del tribunal correspondiente, capacitación, consenso público, catastro público con datos de desempeño, régimen de incompatibilidades–⁵⁵.

- b. En cuanto al modelo procesal, se hace menester regular las diversas etapas y procedimientos que conforman la mentada instrucción preliminar, imaginada con una doble finalidad: i.) como mecanismo auxiliatorio facilitador de la negociación entre las partes⁵⁶, en cuanto contribuye al esclarecimiento, siquiera

⁵⁴ BERIZONCE, R.O.; BERMEJO, S.P. y AMENDOLARA, Z. *Tribunales y proceso de familia*. LEP, La Plata, 2001. pp. 22 y ss., 109 y ss., 135 y ss.

⁵⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. y otros. *Primeiros comentarios... Ob. cit.* pp. 292 - 294; 315 - 317. PINHO, H.D.B. de. *Ob. cit.* pp. 68 - 70.

⁵⁶ Sobre los estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes: PEYRANO, J.W. *Anotaciones sobre la gestión conciliatoria...* RDP. Buenos Aires: Rubin-

provisional, de los hechos conducentes y decisivos para la solución del conflicto⁵⁷. Lo anterior, de modo que las partes queden en las mejores condiciones de conocimiento e información sobre la fundabilidad de los derechos que esgrimen y, en consecuencia, puedan acordar de modo libre, deliberado y consciente, si vieran que les conviene, una solución amistosa; ii.) como procedimiento de instrucción de la causa en una etapa temprana, sin restricciones por razones de urgencia de conservación de las pruebas como en el tradicional esquema de la prueba anticipada (CPCN argentino, art. 326); y con valor similar a las otras probanzas, en supuesto de fracaso de la conciliación, para ser evaluadas en la sentencia de mérito⁵⁸.

- c. El procedimiento de instrucción preliminar se iniciará a requerimiento de parte, mediante petición simple y concreta que individualice los hechos conducentes y ofrezca las pruebas pertinentes, para lo cual, el juez debe asegurar la igualdad sustancial en el trato procesal sin perjuicio de la informalidad y celeridad del procedimiento. Este propugnará el más amplio intercambio de información y pruebas entre las partes⁵⁹. Las pruebas periciales, en su caso, quedarán a cargo de los peritos competentes del cuerpo asesor interdisciplinario. En el acta final se dejará constancia de las posturas de las partes, especialmente cuando la autocomposición hubiere fracasado. Dichas atestaciones serán consideradas en su momento para evaluar el comportamiento y la buena fe que se requiere de las partes. La homologación judicial del acuerdo constituirá título ejecutorio; no se limitará a la verificación del cumplimiento formal de los procedimientos, sino que ha de valorar la justicia de lo acordado. En su caso, se impondrán las costas del ulterior proceso judicial cuando la sentencia, aun siendo favorable, acordare a quien resultó responsable de la frustración del intento conciliatorio el mismo importe, o uno inferior al ofrecido por la contraria en la negociación⁶⁰.

zal-Culzoni ed., 2010-2. pp. 97 y ss., especialmente pp. 103 - 106. SOSA, T.E., "Instrucción civil preparatoria". En: *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ponencias generales y ponencias seleccionadas*. PJ Prov. Jujuy-AADP, San Salvador de Jujuy, 2015. pp. 14 y ss., especialmente pp. 24 y ss. En sentido similar: GIANNINI, L.J. *La homologación judicial de los acuerdos en mediación*. En la misma obra, pp. 31 y ss., especialmente p. 36.

⁵⁷ Ha de evaluarse la conveniencia o no de limitar la instrucción preliminar a aquellos casos en que las partes sólo debaten el monto de los créditos que tienen fundamento contractual o extracontractual, como en el modelo del artículo 969 bis CPC italiano. Conf.: VILLA, P.S. *Ob. cit.* p. 400.

⁵⁸ SOSA, T.E. *Ob. cit.* pp. 27 - 29.

⁵⁹ GRILLO CIOCCHINI, P. "Intercambio de información y prueba antes de la demanda". En: *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal...* *Ob. cit.* pp. 418 y ss.

⁶⁰ En el derecho portugués, el Decreto Ley 34/2008, modificatorio del artículo 447 CPC, establece que el actor que, pudiendo recurrir a medios alternativos opte por el proceso judicial,

- d. Quedan, en fin, otros aspectos complementarios de implementación que –si existiere consenso en cuanto a las propuestas– deberían ser analizados puntualmente⁶¹.

Conclusiones

Estamos ahora en condiciones de formular las siguientes conclusiones sumarias:

1. La creciente concientización de la pertenencia y apropiación de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales, impulsa una arrolladora judicialización de los conflictos que, a su vez, conduce de modo inevitable a la sobrecarga de los tribunales y a la excesiva duración de los procesos.
2. Los medios alternativos y, en particular, la mediación tan sólo “facilitadora”, que no se compromete con el resultado justo de las decisiones, no son útiles para el restablecimiento de la paz social ni satisfacen las exigencias de la tutela judicial efectiva. Máxime que no se compadece con el sistema de valores y creencias que prevalece en la actual sociedad.
3. En el Derecho comparado se exhiben diversos modelos, instituciones y técnicas superadoras, entre los cuales se destacan algunos que pueden ser útiles para su adopción entre nosotros.
4. La incorporación de la instrucción preliminar probatoria constituye un avance trascendental para el mejoramiento del sistema de justicia, que se inserta entre las técnicas de la denominada “justicia temprana” –medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, tutelas de evidencia, ejecución provisional de las sentencias, estructuras monitorias y otras–. Con la particularidad de que su implementación requiere reformas legales comprensivas de aspectos orgánico - funcionales y, como técnica procesal adecuada, la amplificación de las tradicionales medidas de prueba anticipada para ser admitidas con amplitud y no supeditadas al requerimiento de la urgencia.
5. La instrucción preliminar atiende a un doble objetivo: a) como mecanismo auxiliatorio facilitador de la negociación temprana entre las partes, en base al material probatorio recogido y el esclarecimiento siquiera superficial y provisional de los hechos en cuestión. Deviene útil para la eventual decisión 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?* n° 161. RePro, São Paulo, 2008. p. 208).

⁶¹ Una propuesta similar, aunque con variantes dignas de ser analizadas, es la que formula PROTO PISANI, A. *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*. n° 218. RePro, São Paulo, 2013. pp. 221 y ss., especialmente pp. 254 y ss.

homologatoria cuando el acuerdo alcanzado represente “una justa composición de los derechos en conflicto”; y b) como procedimiento de instrucción temprana de la causa, en el que las pruebas recogidas en contradictorio adquieren pleno valor suasorio en la eventual apreciación al tiempo de resolver sobre el mérito.

Referencias Bibliográficas

ANDREWS, Neil, “O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra”. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *En: Rev. dos Trib.* São Paulo, 2009.

_____. *Relações entre a Corte e as partes na era do case management.* RePro, São Paulo, n° 217, 2013.

ANSANELLI, Vincenzo, *Le prove a futura memoria nel diritto italiano.* RePro, São Paulo, n° 227, 2014.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, “Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil”. *En: Rev. dos Tribunais.* São Paulo, 2015.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales.* 5a. ed. Bogotá: Temis, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar, BERMEJO, Silvia Patricia y AMENDOLARA, Zulma, *Tribunales y proceso de familia.* La Plata: LEP, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar, *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia) en Derecho Procesal Civil actual.* Buenos Aires: Abeledo - Perrot/LEP, 1999.

BIAVATI, Paolo, *Argomenti di Diritto Processuale Civile.* Bologna: Bononia Univ. Press., 2011.

_____. *Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana.* RDP. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni ed., 2009-2.

_____. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa.* RDP. Santa Fe, 2008-1.

CAPPELLETTI, Mauro, y GARTH, Bryant, *El acceso a la Justicia.* La Plata: ed. Col. Abogados La Plata, 1982.

CAPPELLITTI, Mauro, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”. *En: Proceso, ideologías y sociedad.* trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediar, 1974.

CARPI, Federico, y TARUFFO, Michele, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile.* Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006.

CHASE, Oscar, *Law, culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context.* New York: New York University Press, 2005. Versión de la traducción castellana de MARTÍN DIZ, Fernando, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de*

resolución de controversias en un contexto intercultural. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, *passim*.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “Garantías mínimas del ‘proceso justo’ civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos”. *En: Rev. Iberoam. Der. Procesal.*, v. 2. Buenos Aires. 2002.

_____. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*. Riv. Dir. Proc., Cedam, Padova, 2000.

Controversie colettive, tranzazione e conciliazione in Inghilterra. RePro, n° 169, 2009.

COUTURE, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945.

DALLA BONTÁ, Silvana, “La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE”. *En: Civil Procedure Review*. v. 2, n° 2. 2011. Disponible en: (www.civilprocedure-review.com).

DAMASKA, Miriam, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: ed. Juríd. de Chile, 2000. *passim*.

DE LAZZARI, Eduardo Néstor, *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F.

FISS, Owen, *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*. trad. E. Restrepo Saldarriaga. Madrid – Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

GIANNINI, Leandro Julio, “¿Es la mediación obligatoria en Argentina un instrumento de acceso a la justicia?”. *En: Rev. Iberoam. Der. Proc., Rev. dos Tribunais*. vol. 2. São Paulo, 2015.

_____. *La homologación judicial de los acuerdos en mediación en la misma obra*.

GILLES, Peter, *Civil Justice Systems and Civil Procedures in conversion*. RePro, São Paulo, n° 173, 2009.

GRECO, Leonardo, *A reforma do direito probatorio no processo civil brasileiro*. RePro, São Paulo, n° 240, 2015.

GUZMÁN, Néstor Leandro, *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos*. RDP, Buenos Aires, 2010-2.

HAAS, Ulrich, y BOCUCCI, Daniele, *Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco*. RePro, São Paulo, n° 197, 2011.

KERN, Christoph A., *Percepção, perfomance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justica civil*. RePro, São Paulo, n° 198, 2011.

LEIBLE, Stefan, *Proceso civil alemán*. Bib. Jur. Dike, Bogotá: K. Adenauer S., 1999.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte General. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 8ª ed. Bogotá: Dupré ed., 2002.

MAGGI, Francesca, y CARLETTI, Fabrizio, *I provvedimenti di istruzione preventiva en Il processo cautelare, a cura di G. Tarzia e A. Saletti*. 3a. ed. Cedam, Padova, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz y MITIDIERO, Daniel, "Curso de Processo Civil". En: *Rev. dos Trib.* v. 2. São Paulo, 2015.

MENDEZ, Héctor Oscar y MENDEZ, Agustina María, *Globalización y justicia*. J.A., Buenos Aires, fasc. 11, 2011-III.

MITIDIERO, Daniel, *Anticipação da tutela*. São Paulo: Edit. dos Trib., 2013.

MORELLO, Augusto Mario, *El proceso justo*. 2ª. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis - LEP, 2005. *passim*.

PÉREZ RAGONE, Alvaro J., y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Montevideo: K. Adenauer Stiftung, 2006.

PEYRANO, Jorge Walter, *El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor "evidencia"*. Buenos Aires: La Ley, 2011-B; *id. La tutela anticipada de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2011-C.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A mediação judicial no novo CPC en Desvendando o novo CPC*. D.G. Ribeiro y M.F. Jobim org. Porto Alegre: Liv. Do Abogado ed., 2015.

PROTO PISANI Andrea, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*. RePro, São Paulo, n° 218, 2013.

SALETTI, Achille, "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias". En: *Rev. Peruana de Der. Proc.* XI Lima: Communitas, 2008.

STÜRNER, Rolf, *Sobre as reformas recentes no direito alemão*. RePro, São Paulo, n° 193, 2011.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?* RePro, São Paulo, n° 161, 2008.

VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. *passim*.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*. CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003.

VIGORITI, Vincenzo, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*. RePro, São Paulo, 2010, n° 181.

VILLA, Pedro Sebastián, *La etapa preliminar al proceso civil*. En: XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales. Fac. de Derecho UBA-AADP, Buenos Aires, 2009.

XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de ANDREWS, Neil y GROEN, Bart, insertos en: *Direito Processual Comparado*. XIII Word Congress of Procedure Law. Ada PELLEGRINI GRINOVER y Petronio CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007.