



## **Trabajo final de graduación**

# **La obligatoriedad de la Mediación en la Etapa Prejurisdiccional**

Gisela Peñaloza

Abogacía

Año 2019

## Resumen

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos que procura lograr la satisfactoria composición de intereses de las partes involucradas, quienes de manera voluntaria deciden que un tercero colabore para que ellas mismas encuentren la solución.

Como todo proceso tendrá sus aspectos positivos y negativos. No obstante ello, dentro de sus características se destaca la voluntariedad; lo que incluye no sólo la participación en el proceso sino la permanencia y la aceptación (o no) de un acuerdo. Debido a ello, en la provincia de Córdoba mediante la ley n° 8.858 se instauró la instancia de mediación como método no adversarial de resolución de conflictos y con carácter voluntario.

Sin embargo, la voluntariedad ha sido modificada con la reciente sanción de la nueva Ley de Mediación de la provincia de Córdoba (n°10.543), que establece la mediación previa y obligatoria para la resolución de toda controversia entre partes.

De esta manera, el propósito principal de esta investigación consiste en analizar si según lo establecido en la citada ley n°10.543, la obligatoriedad regulada en su artículo 2 resulta violatoria de uno de los principios fundamentales de la mediación como lo es la voluntariedad.

*Palabras claves:* Mediación– Acuerdo – Proceso voluntario o Voluntariedad – Conflicto.

## **Abstract**

The mediation process is an alternative method of problems' solution that pretends to arrange the interests of the parts in a satisfactory way. These parts voluntary decide that a third party helps and cooperates in order to find themselves the solution for their problem.

As all process, it has its negative and its positive aspects. However, it is important to emphasize the willingness as an especial characteristic. It implies to participate in the process, to stay in it and to accept (or not) an agreement. In response of this, the province of Córdoba –through the law nº8.858- installed the mediation as an alternative process, not adversarial, and voluntary.

However, this voluntary aspect has been modified by the recent approval of the new Law of Mediation for the province of Córdoba (nº10.543) that establishes the mediation as a previous and obligatory requirement for the resolution of any type of controversy between parts.

Therefore, it is the main purpose of this investigation to analyze if the obligatory aspect established in the law 10.543 (article 2) violates one of the fundamental principles of the mediation process: its willingness.

*Key words:* Mediation– Agreement – Voluntary process or willingness – Conflict.

# Índice

<b>Introducción</b>	p.6
<b>Capítulo I. Primeras aproximaciones sobre la mediación</b>	
Introducción	p.10
1. Concepto y principales características de la mediación	p.10
2. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos	p.14
2.1 Principales ventajas de estos métodos	p.15
3. Principios de la mediación	p.16
3.1 Principios contemplados en el artículo 4 de la ley 8.858	p.17
3.2 La voluntariedad como principio	p.19
4. La implementación de la mediación en el ámbito nacional	p.21
4.1 Ley nacional de Mediación y Conciliación n° 26.589	p.22
Conclusiones parciales	p.24
<b>Capítulo II. La voluntariedad en la Ley de Mediación de la provincia de Córdoba (ley n° 8.858)</b>	
Introducción	p.27
1. Recepción legal de la voluntariedad en la ley n° 8.858	p.27
2. Excepciones a la voluntariedad	p.28
2.1 Artículo que establece la instancia obligatoria de la mediación en casos civiles y comerciales	p.29
3. Opiniones doctrinarias que sostienen la voluntariedad de este método	p.31
3.1 Voluntariedad en acudir a mediación	p.33
3.2 Voluntariedad en continuar el proceso	p.34
3.3 Voluntariedad para arribar a un acuerdo	p.35
3.4 Voluntariedad en el mediador	p.36
Conclusiones parciales	p.37
<b>Capítulo III. La mediación previa y obligatoria en la Ley de Mediación de la provincia de Córdoba (nueva ley n° 10.543)</b>	
Introducción	p.39
1. Definición y antecedentes de la obligatoriedad	p.39

2. Recepción legal de la obligatoriedad en la ley 10.543	p.44
3. Excepciones a la obligatoriedad	p.46
3.1 Exclusiones del ámbito de la mediación previa y obligatoria	p.46
3.2 Mediación prejudicial optativa	p.54
4. Argumentos vinculados con la implementación obligatoria de la mediación prejudicial	p.55
4.1 Para descongestionar los tribunales	p.57
4.2 Para arribar a soluciones más prontas y eficaces	p.57
Conclusiones parciales	p.59
<b>Conclusión final</b>	p.60
<b>Listado de referencias</b>	
1. Doctrina	p.64
2. Legislación	p.65
3. Jurisprudencia	p.65

## Introducción

El conflicto existe en la sociedad como consecuencia de la propia interacción humana, la que en diversas ocasiones se caracteriza por poseer rasgos de antagonismo en contraposición a aquellas relaciones sociales de cooperación.

Tal como lo enunció en todas sus obras el creador de la teoría de la comunicación humana - Paul Watzlawick – dentro de sus cinco axiomas, se destaca aquel que expresa que resulta imposible vivir sin comunicarnos (Watzlawick, Beavin Bavelas y Jackson, 1991). De esta manera se considera que así como es imposible la no comunicación entre las personas resulta igualmente inevitable la generación de algún tipo de conflicto entre ellas.

Como consecuencia, se parte en esta investigación de la existencia de distintas situaciones conflictivas (de diversa intensidad) presentes en las relaciones sociales de quienes interactúan. Una vez instalado el conflicto, será momento de comenzar a pensar en su resolución y por qué no, recurrir a la utilización de algún método que no sólo contribuya a resolver las disputas sino también a fortalecer la comunicación de las partes para evitar futuras situaciones controvertidas similares.

En este sentido se conoce que la mediación es uno de los métodos más antiguos de resolución alternativa de conflictos cuyo principal propósito es que las propias partes encuentren la solución a su problema, para lo que un tercero neutral (el mediador) colaborará a través de su experticia en la conducción de disputas. En dicho proceso ambas partes resultan beneficiadas con el acuerdo; esto es, habrá dos ganadores y ningún perdedor (Suarez, 2016).

Se resalta entonces la diferencia de este método con el proceso judicial tradicional que la sociedad conoce, en el que un magistrado resuelve la cuestión sometida a su competencia a través de una decisión que debe ser acatada por las partes. Resolución ésta que los propios participantes no crearon ni mucho menos consensuaron; por lo que indudablemente habrá un ganador y un perdedor.

En la provincia de Córdoba mediante la ley n° 8.858 se instauró la instancia de mediación como método no adversarial de resolución de conflictos y con carácter voluntario. Asimismo se declaró su utilización, promoción, difusión y desarrollo como asunto de interés público provincial.

Ahora bien, la doctrina especializada en estos métodos alternativos al litigio (Suarez, 2016; Di Pietro, 2011; Highton y Álvarez, 2008), entre ellos la mediación, destacó desde

siempre la característica de la voluntariedad de las partes en recurrir a esta instancia, de permanecer en las audiencias y de arribar a un acuerdo que les sea satisfactorio para sus intereses. La voluntariedad justamente implica que las propias partes sean quienes decidan. De esta manera y con este propósito fue que el artículo primero de la mencionada ley 8.858 instituyó a la mediación con carácter voluntario. Consecuentemente las personas se sienten libres de elegir como método alternativo, a la mediación y acuden a ella en busca de una solución más pronta y efectiva (si se la compara con el proceso judicial propiamente dicho). Es decir, la libre elección de las partes de acudir a mediación, de permanecer en el proceso, e incluso de llegar (o no) a un acuerdo es uno de los elementos esenciales de este proceso (Highton y Álvarez, 2008).

No obstante lo dicho, esta característica que resultaba imprescindible del proceso de mediación ha sido modificada con la reciente sanción de la ley 10.543, nueva Ley de Mediación de la provincia de Córdoba.

Desde entonces, la citada legislación establece la mediación previa y obligatoria para la resolución de toda controversia entre partes que surja en el ámbito de la provincia de Córdoba; excepto los casos previstos en su artículo 6 que contempla las exclusiones de ciertas causas.

Como consecuencia de estas modificaciones es que en el futuro trabajo se plantea la siguiente pregunta de investigación: Según lo establecido en la Ley provincial de Mediación recientemente aprobada (ley n°10.543) ¿la obligatoriedad regulada en su artículo 2 resulta violatoria de uno de los principios fundamentales de la mediación como lo es la voluntariedad?

Por lo tanto, se pretenderá como objetivo principal analizar si es aspecto de la obligatoriedad regulada en el mencionado artículo de la nueva ley 10.543 de la provincia de Córdoba resulta o no, violatoria de la voluntariedad.

Ahora bien, se parte aquí de la hipótesis que sostiene que al establecerse la mediación previa y obligatoria para toda contienda entre partes se atenta contra uno de los principios fundamentales de la mediación que ha sido defendido desde sus inicios: la voluntariedad. De esta manera, la mediación comienza a ser un simple requisito previo a todo reclamo judicial, que todo ciudadano debe cumplimentar antes de iniciar una demanda. Como tal, es decir como mera formalidad, la esencia misma del proceso de mediación se distorsiona. Ello así ya que no es la propia elección de los participantes la que los conduce hacia la mediación sino la norma en su impulso de contribuir a la reducción de la judicialización.

Por otro lado, la metodología que se emplea en esta investigación parte de la combinación de los tipos de estudio descriptivo y exploratorio. El fundamento de la elección del método descriptivo reposa en la necesidad de realizar una descripción específica de un fenómeno ya conocido como lo es la mediación y la voluntariedad de este proceso. Asimismo, se aplica el tipo de estudio exploratorio ya que resulta útil explorar y estudiar en profundidad la nueva Ley de Mediación de la provincia de Córdoba por su novedosa implementación obligatoria allí regulada.

Esta investigación toma como punto de partida la implementación de la Ley de Mediación n°8.858 de Córdoba en el año 2000, hasta la actualidad (año 2019) con la modificación de la citada legislación y la reciente sanción (en noviembre de 2018) de la ley n°10.543.

Asimismo y con el propósito de lograr la comprobación o el descarte de la hipótesis planteada se desarrollará la investigación aquí propuesta, dividida en tres capítulos. En el primero de ellos se estudiarán los aspectos esenciales de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, con sus características y principios y su regulación en el ámbito nacional y en algunas provincias de este país.

En el capítulo segundo se profundizará en el análisis de la ley 8.858 aún vigente en partes de la provincia de Córdoba, que desde sus inicios ha consagrado la voluntariedad y sus excepciones. Asimismo se hará hincapié en las opiniones doctrinarias vinculadas con la voluntariedad de iniciar el proceso de mediación, de permanecer allí y de arribar o no a un acuerdo.

Por último en el tercer capítulo se estudiarán las modificaciones establecidas por la nueva Ley de Mediación de la provincia de Córdoba, ley 10.543, que instaura la obligatoriedad de este instituto como previo a todo juicio. Se destacarán aquí algunos argumentos vinculados con la implementación obligatoria de la mediación prejudicial, los que en muchos casos se confunden con los beneficios característicos de la mediación.

Finalmente sólo resta recordar las innumerables ventajas que la mediación ofrece para la solución pacífica, eficaz y pronta de los conflictos en una sociedad con un sistema judicial saturado de causas en espera de justicia. Entre ellas se destacan la rapidez en la resolución del problema, la confidencialidad de todo lo que sucede en las audiencias, la informalidad, la voluntariedad y la flexibilidad del proceso, el ahorro de gastos, la imparcialidad y la neutralidad de los mediadores. De allí se desprende la necesidad de “cuidar” este proceso para que día a día más personas opten por su utilización por sobre el proceso judicial tradicional.

**CAPÍTULO I**  
**Primeras aproximaciones sobre la mediación**

## **Introducción**

En este primer capítulo se estudiarán los aspectos principales y más destacados del proceso de mediación; es decir, se brindarán las primeras aproximaciones de los conceptos que luego serán utilizados en los siguientes capítulos.

Se partirá de su concepto y sus principales características y del estudio de las ventajas de los métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los que principalmente se destacará a la mediación. Sumado a lo dicho, se hará especial hincapié en los principios de este proceso y dentro de ellos, se profundizará en particular sobre la voluntariedad.

Finalmente se realizará un breve análisis legislativo que comprenderá explorar acerca de la implementación de la mediación en el ámbito nacional a través de la Ley nacional de Mediación y Conciliación n° 26.589.

### **1. Concepto y principales características de la mediación**

Cuando se intenta definir este proceso surgen las distintas opiniones doctrinarias que definen ante todo lo que significa el conflicto.

En este sentido Marinés Suares (2016) explica que el conflicto no debe entenderse como sinónimo de disputa ni de problema. Pues el primero de ellos es un proceso complejo, mientras que la disputa en sí es una etapa de este proceso, que ha adquirido carácter público; es decir, que se ha dado a conocer, se ha expresado.

Mientras tanto, un problema es aquel malentendido o controversia que surge entre las partes por tener éstas intereses antagónicos y como tal, puede resolverse. Muchas veces los problemas se resuelven y la situación conflictiva puede continuar. De hecho, agrega la citada autora que en realidad “Los conflictos, como las situaciones de crisis son parte de la vida. Es utópico e imposible pensar que pueden desaparecer (...)” (Suarez, 2016, p.77).

En este sentido, resume la mencionada doctrinaria especialista en mediación familiar que el conflicto es un proceso interaccional complejo que se construye entre dos o más partes, en el que predominan las interacciones antagónicas y que se caracteriza por ser co-construido por las partes. A esto se suma que algunas veces es conducido por ellas mismas y otras veces, por un tercero.

Ahora bien, puntualmente en lo que se refiere a la mediación en sí, María Cristina Di Pietro (2011) afirma:

La mediación es un proceso voluntario, flexible, confidencial, a través del cual un tercero neutral y multipartial, mediador, asiste a las partes en controversia para ayudarlas a trabajar cooperativamente en procura de un posible acuerdo, o de un camino o de una elección posible para ellos (p.140).

Se destaca este concepto porque de allí surgen las características esenciales del proceso de mediación. Ya se ha afirmado que es un proceso y como tal tiene etapas o instancias. Al respecto se conoce que se puede trabajar en reuniones privadas con una de las partes o conjuntas con todas ellas presentes.

Asimismo la definición resalta su voluntariedad (aspecto éste que se desarrollará en profundidad en los próximos apartados) y su flexibilidad en cuanto a que, a pesar de tener ciertas etapas determinadas, éstas son flexibles. Esto implica que el mediador puede conducir a las partes para que avancen en el proceso y transiten en éste, y a la vez pueden volverse a tratar todos los aspectos que se consideren necesarios.

Por otro lado, el tercero neutral al que refiere el concepto es justamente el mediador, quien como profesional especializado y capacitado colabora con las partes para que ellas mismas encuentren una solución al problema que las vincula.

En este entendimiento, la doctrina es conteste en afirmar que el mediador no resuelve la disputa sino que ayuda a las partes para que ellas mismas sean protagonistas de la solución y del posible acuerdo. “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto” (Highton y Álvarez, 2008, p.196).

Igual criterio demuestra la autora Edith Palandri (2015) al brindar en su Manual de Formación Básica en Mediación distintas definiciones que los autores especialistas en mediación han brindado respecto de este proceso.

“Mediación es un método no adversarial, una forma pacífica de resolución de conflictos en la que interviene un tercero neutral que ayuda a restablecer la comunicación entre las partes para que puedan llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio” (Fox, Culotta y Duo, citado en Palandri, 2015, p.136).

Por su parte, Christopher Moore enuncia: “La mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable” (Moore, citado en Palandri, 2015, p.137).

Tal como se observa todos los doctrinarios citados hacen hincapié en la intervención de un tercero (en este caso el mediador) que ayuda y colabora para que las mismas partes sean las protagonistas de sus decisiones; esto es, que ellas encuentren una solución al problema que las une, y que se pacte en el acuerdo aquella salida que haya surgido de las propias opciones que las partes han analizado. Esta característica la diferencia del proceso judicial en donde el magistrado decide por las partes e impone una solución en la que existe un ganador y un perdedor.

Asimismo se destaca en las distintas definiciones el elemento de voluntariedad que caracteriza al proceso, así como también la necesidad de la comunicación que debe existir para encontrar soluciones a los conflictos expuestos. Esto implica comenzar a considerar que tal es la importancia de este primer aspecto (de la voluntariedad) que la mayoría de la doctrina lo incorpora en la propia definición del proceso de mediación.

En este entendimiento, se considera que si un elemento ha sido incorporado en la definición de un instituto, indudablemente tendrá especial importancia y será un aspecto esencial del concepto que representa (en este caso puntual, del instituto de la mediación).

Ahora bien, en cuanto a las características de la mediación, éstas pueden confundirse fácilmente con sus ventajas (que serán remarcadas en el próximo apartado).

En realidad cuando se habla de mediación se explica que ésta es un proceso. Se la define como un proceso que a la vez es flexible; lo que implica la posibilidad de dividirlo en etapas que pueden distinguirse entre sí. En este sentido la doctrina afirma: “Si bien la mediación es un proceso flexible, es necesario reconocerle una estructura bien definida, con una serie de etapas (...)” (Di Pietro, 2011, p.185).

Sumado a lo dicho, cuando se habla de etapas o secuencias se expresa que éstas deben seguirse de manera encadenada, como todo proceso, sin perjuicio por supuesto de los recursos que se elijan para cada etapa. Considera la autora al respecto que si se saltea alguna etapas, tarde o temprano deberá volverse a dicha instancia (Di Pietro, 2011).

Ahora bien, al retomarse las características de este instituto, coinciden los autores Highthon y Álvarez (2008) Di Pietro (2011), Palandri (2015) en afirmar su carácter voluntario. No obstante, este aspecto será desarrollado en profundidad en el segundo capítulo de la presente investigación, por lo que aquí solo basta con mencionarlo.

Por otro lado, la mediación como proceso flexible se caracteriza por ser informal. Esto implica que aunque contiene etapas, éstas no son rígidas ni obligatorias. Es decir que el profesional mediador puede decir cómo manejar el proceso de acuerdo a las necesidades del caso puntual. Asimismo afirma la doctrina que “(...) el mediador no está obligado por las

reglas procesales; y dado su entrenamiento, puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante” (Highton y Álvarez, 2008, p.196).

En este sentido, a pesar de que ciertos autores como Di Pietro (2008) niegan la informalidad del proceso de mediación, se considera que en realidad éste es realmente informal en los hechos. Con esto se quiere afirmar que en la práctica, una u otra audiencia varía considerablemente de acuerdo a las necesidades que surgen una vez iniciado el proceso. Así, si se debiera respetar una serie determinada de pautas o estructura obligatoria y estrictamente formal (como lo es por ejemplo un proceso judicial) esto perjudicaría la esencia misma de este instituto, ya que no permitiría que el mediador pueda manejarse libremente para detectar las reales necesidades de las partes.

Finalmente se destaca el carácter confidencial de las audiencias de mediación. Afirma la doctrina al respecto:

Una de las características más importantes del proceso mediado, es la confidencialidad. No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en la o las audiencias. Sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo. Las partes deben estar seguras de que nada de lo que dicen será usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal (Highton y Álvarez, 2008, p.198).

Esto implica la necesidad imperiosa de comentar a las partes (de hecho se realiza antes de comenzar el proceso) lo que implica la confidencialidad, como derechos de los participantes y obligación de éstos y de los mediadores.

En otras palabras, esta característica conduce a que los profesionales que intervienen y toman conocimiento de todo lo que las partes deseen expresar no puedan ser llamados como testigos en un proceso judicial y a que nada de lo que en mediación se diga en el proceso pueda ser divulgado. Este aspecto incluye no sólo a todas las partes intervinientes en el proceso, sino a todos los participantes, observadores, asesores y por supuesto a los mediadores (Di Pietro, 2011).

Esta característica esencial se materializa a través de la firma de un convenio (llamado “Convenio de confidencialidad”) que los propios profesionales harán que las partes y todos los participantes firmen para dejar constancia de su conformidad respecto a este requisito.

Por último se debe destacar que todas estas características del proceso de mediación se incluyen – muchas veces – en los discursos de apertura que representan el momento en el que

los mediadores comentan a las partes de qué se trata la mediación. Justamente en dicha oportunidad se explica (en términos de fácil entendimiento) a todos aquellos que hayan concurrido por primera vez a un proceso de mediación, de qué se trata este instituto.

## **2. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos**

Cuando se hace referencia a que la mediación es un “método alternativo de resolución de conflictos” en realidad se quiere indicar que es una “alternativa” u opción para no acudir al juicio o proceso judicial propiamente dicho. De hecho, dentro de estos métodos alternativos se incluyen a la negociación, a la conciliación, al arbitraje, entre otros.

Sin embargo, los defensores de estos institutos mencionados critican esta denominación por considerarla errada en cuanto a que con ella parece hacerse referencia a que lo normal o común es justamente el juicio, mientras que lo alternativo son estos métodos de resolución de disputas.

En este sentido enuncia la doctrina: “la palabra “alternativa” (...) sugiere que hay un camino “principal” para la “resolución de disputas”. Supongo que este camino es el Judicial, y que los otros caminos (arbitraje, alquiler de jueces, mediación, negociación, etcétera) son camino no-principales” (Suarez, 2016, p.88). En realidad, la autora considera exactamente lo opuesto: el camino principal debería ser la negociación, luego la mediación, luego el alquiler de jueces, etcétera y por último el juicio. A esto suma:

El no poder ver a la negociación y a la mediación como los caminos principales en la conducción de disputas, nos aleja del protagonismo de las partes para conducir las, y por lo tanto de la responsabilidad por los acuerdos a los que arriban; nos aleja de la creatividad y los devalúa al considerarlos alternativos, y no principales (Suarez, 2016, p.89).

Se coincide totalmente con los dichos de la autora. En la sociedad en la que se vive se torna imperioso dejar el sistema judicial como última instancia o como aquella vía a la que se recurra en casos estrictamente necesarios y no acudir a ella frente a cada disputa o problema que surja entre las partes. De hecho, si las personas comenzaran a pensar en que lo normal y frecuente es la búsqueda de una solución consensuada entre las partes (y algunas veces con ayuda de un tercero experto), se generarían grandes ventajas entre las que se destacaría la descongestión del poder judicial.

Ahora bien, en este entendimiento Di Pietro (2011) afirma: “La mediación puede considerarse un método alternativo en cuanto significa otra opción entre muchas, de solución o de administración de diferendos, importando también un método complementario incluso en los programas conectados a los tribunales” (p.133). Asimismo agrega que este instituto es un método que no resulta simplemente una alternativa al juicio sino que puede complementarlo y facilitarlo, ya que al conectarse la comunidad de intereses entre las partes, será tarea más sencilla aquella que tendrán los operadores jurídicos. Esto genera no sólo una descongestión de los tribunales, sino una mayor claridad en la determinación de los objetivos de las partes, en sus pretensiones, en su defensa en cuanto a qué pretenden obtener, etc. (Di Pietro, 2011).

En este punto, las palabras de la Doctora Di Pietro se consideran acertadas. Se coincide por un lado en que la mediación no debe ser la alternativa al juicio como si éste fuera la opción principal. Asimismo, se comparte la posición de la citada autora al explicar que la mediación muchas veces resulta complementaria al proceso judicial. Esto implica pensar en la posibilidad de recurrir a la utilización de un método pacífico para colaborar en encontrar resultados favorables a todas las partes y que puedan luego ser utilizados por el propio magistrado al momento de tomar la decisión.

## **2.1 Principales ventajas de estos métodos**

Cuando se describieron las características principales de la mediación se nombraron algunos aspectos que es necesario aclarar ya que también constituyen ventajas de este instituto. Merece mencionarse en este punto que según cada autor, los aspectos positivos de la mediación podrán variar; no obstante ello, la doctrina coincide en enfatizar los siguientes:

La mediación ante todo, produce un sensible alivio a los tribunales, o en otras palabras “descongestiona” el poder judicial. Esto implica que incluso muchas veces no sea necesario iniciar la demanda y entrar al sistema judicial formal. De esta manera, aquellas causas que sean mediables podrán encontrar una respuesta sin ocasionar pérdida de tiempo y gastos al Estado (Suarez, 2016).

Por otro lado, el proceso de mediación permite ahorrar tiempos y costos. Tiempo en cuanto a que se convoca a primer audiencia en un plazo relativamente corto y de ser necesario, las otras audiencias se toman en los próximos días (sin que transcurra demasiado tiempo entre una y otra reunión). El proceso judicial, como se conoce, dura años; lo que desgasta el interés de las partes y la confianza en el sistema mismo. En cuanto al ahorro de costos, se afirma que la mediación resulta mucho más económica que el juicio, ya que los

honorarios de los mediadores son mínimos comparados con las tasas judiciales, los gastos de abogados, peritos y todo otro concepto que pueda demandar un litigio. Asimismo suma aquí el ahorro de tiempo, ya que éste genera como consecuencia (como es lógico) un ahorro de gastos.

Sumado a lo dicho, se destaca de la mediación la inexistencia de ganadores y perdedores. Es decir, cuando hay acuerdo ambas partes resultan ganadoras; lo que indudablemente contribuye al mantenimiento de sus relaciones personales futuras (Suarez, 2016).

Otra autora agrega a la enumeración de las ventajas de la mediación que este proceso muchas veces genera una transformación en la situación de las personas, quienes pueden crecer moralmente y encarar sus problemas y aprenderlos de una manera creativa y pacífica (Palandri, 2015).

Por otro lado, se destaca también en este punto la característica de la confidencialidad, que ya ha sido desarrollada en el apartado anterior. Se considera que la confidencialidad garantiza un clima propicio para que las partes se expresen libremente y confíen en el proceso, por lo que sin dudas constituye ésta una ventaja.

Para finalizar es posible afirmar que en realidad quienes defienden a la mediación como herramienta de resolución de disputas podrían encontrar cantidad de aspectos que rápidamente se convierten en ventajas a la hora de justificar su preferencia por sobre el litigio, o algún otro proceso. De hecho, vale aclarar aquí que se comparten plenamente todos estos argumentos.

### **3. Principios de la mediación**

En esta oportunidad se pretende destacar los principios de la mediación para dar a conocer aquellos postulados esenciales que caracterizan al proceso, y que como tal, se asume su obligatoriedad en su debido cumplimiento. De aquí se desprenderá justamente el planteo del problema de investigación que se desarrolla en este trabajo.

Se torna importante aclarar que ante todo, estos principios se hallan enunciados en la propia ley 8.858 de la provincia de Córdoba, Ley de Mediación que al día de la fecha se encuentra vigente en algunas circunscripciones judiciales de esta provincia, en espera de la pronta implementación de la nueva ley provincial n° 10.543 que al reglamentarse vendrá a

reemplazar lo estipulado en la citada legislación, tal como ya lo ha hecho en la ciudad de Córdoba y en Río Cuarto.

### **3.1 Principios contemplados en el artículo 4 de la ley 8.858**

El artículo 4 de la ley 8.858 enumera los principios del procedimiento de mediación, y entre ellos incluye los siguientes: a- Neutralidad; b- Confidencialidad de las actuaciones; c- Comunicación directa entre las partes; d- Satisfactoria composición de intereses; y e- Consentimiento informado.

Si se analizan cada uno de estos principios contemplados en la propia ley debe partirse de la neutralidad. Puntualmente este aspecto consiste en que el mediador se demuestre neutral, esto es, sin ningún vínculo que lo incline hacia lo que sostiene una y otra parte. Es decir “(...) a lo largo de todo el proceso deberá evidenciar la ausencia de compromiso o lazo de cualquier tipo que lo asocie a alguna de las partes (Barmat y Rivero, 2001, p.49). En otras palabras, la neutralidad conlleva la abstención de emitir juicios vinculados con los dichos de las partes, incluso el no brindar asesoramiento y en general no realizar ningún tipo de aporte que pueda incidir en la forma de resolución del conflicto. “No puede poner en riesgo el equilibrio de su posición por cuanto deslegitimaría su rol y el proceso de mediación, generando desconfianza en algunas de las partes” (Barmat y Rivero, 2001, p.49).

Se pretende hacer hincapié en este principio ya que es frecuente en la práctica encontrar mediadores que no logran mantenerse ajenos a la situación y que se dejan colonizar por los dichos de una de las partes. Pues en este sentido, si el profesional detectara que algo del relato de los protagonistas lo afecta de alguna manera, deberá éste apartarse de la causa y ceder su lugar a otro mediador. La neutralidad constituye un principio que debe mantenerse presente durante todo el proceso ya que su omisión podría generar un perjuicio notorio para una de las partes, quien acabaría en una situación de desbalance frente al otro.

Por otro lado, el inciso “b” de este artículo que se refiere a la confidencialidad de las actuaciones, la que ya fue analizada en el apartado de las características. Puede detectarse aquí su importancia como principio del proceso de mediación, el que incluso encuentra reparo en el artículo 5 de la ley 8.858. La confidencialidad de todo lo dicho en las audiencias

constituye un elemento esencial para la protección de los derechos de los participantes, justamente debido a ello es que el legislador decidió dedicarle un artículo específico<sup>1</sup>.

Tal como lo enuncia la norma, todos los participantes del proceso deben firmar el compromiso o llamado “Convenio de confidencialidad” que los obliga a no divulgar lo dicho durante la mediación. Asimismo se reafirma la imposibilidad de ser citados como testigos y el compromiso del mediador de no dejar constancia alguna de lo dicho por las partes. Esto último no implica que no puedan hacerse anotaciones sobre lo que las partes exponen; no obstante ello, el mediador se compromete a no divulgar lo anotado (o algunas veces se aclara que la toma de notas se realiza a los fines de entender íntegramente el conflicto y que luego se destruirán).

Por su parte, el tercer aspecto citado en el inciso “c” hace referencia a la comunicación directa entre las partes. En este aspecto Barmat y Rivero (2001) afirman que el mediador se convierte en un canal de comunicación que procura restablecer el diálogo entre las partes y orientarlas a que ellas mismas encuentren una solución consensuada. De hecho se conoce que el proceso de mediación no tiene como único propósito el acuerdo, sino que muchas veces se pretende restablecer las relaciones entre las partes, para lo que sin dudas necesitarán retomar la comunicación que han perdido entre ellas.

En este sentido, el proceso de mediación se sustenta en la comunicación directa y constructiva entre las partes que se torna viable a través de las reuniones conjuntas que las partes tengan (Barmat y Rivero, 2001). Sin embargo, se entiende que en las reuniones privadas –aunque no exista esa comunicación directa- no se violaría este principio ya que en realidad este tipo de reuniones son una herramientas que utiliza el mediador para acercar los intereses de las partes cuando lo estima necesario (escuchar a cada una de ellas, por separado). Incluso se busca en estos momentos que la parte autorice qué información de la que ella ha aportado puede transmitirse a la otra parte, por lo que se entiende que la “comunicación

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 5° ley 8.858- EL procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y todo aquél que intervenga en la mediación tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso. No deberán dejarse constancias ni registro alguno de los dichos y opiniones de las partes ni podrán éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos y todo aquél que haya intervenido en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación.

directa” como principio de la mediación no resulta afectado al aplicarse esta técnica de reuniones privadas.

Sumado a lo dicho, el inciso siguiente expresa como principio a la satisfactoria composición de intereses de los participantes. Afirman Barmat y Rivero (2001) al respecto que el objetivo del procedimiento de mediación es justamente la satisfacción de los intereses y necesidades de las personas que participan; por lo que se debe trabajar para lograr el mejor acuerdo, el que no es cualquier tipo de acuerdo ni mucho menos buscar la verdad procesal.

En este sentido lo que se pretende es resaltar que a diferencia del litigio, en la mediación no interesa la verdad que las partes puedan comprobar. Aquí lo importante es que los intereses reales de las partes (y sus necesidades) sean satisfechos, para que ambas acaben el proceso en una situación que las favorezca, en donde ambas ganan y logran justamente la satisfactoria composición de sus intereses.

Finalmente, a través del consentimiento informado que se menciona en el inciso e, se hace referencia a que “el resultado de una mediación debe ser producto de la libre voluntad de las partes”(Barmat y Rivero, 2001, p.50). Los autores entienden que el acuerdo en caso de celebrarse debe haber sido el producto de un trabajo que respete los principios éticos para que resulte legítimo y duradero. Esto implica que todas las partes conozcan plenamente las opciones y alternativas posibles. Justamente es deber del mediador - a través de las técnicas pertinentes – lograr resguardar la ausencia de vicios en la voluntad de acordar. Este aspecto comprende a la libertad de los protagonistas y se relaciona estrechamente con la característica de la voluntariedad que será analizada a continuación.

### **3.2 La voluntariedad como principio**

Cuando se hace referencia a la voluntariedad se quiere referir a que la acción o la decisión tomada ha sido fruto del deseo propio, sin haberse sometido a presión alguna; es decir, de manera libre y genuina. Voluntario es aquello que la persona realiza porque así lo desea o como lo definen algunos diccionarios, la voluntariedad es aquella “determinación de la propia voluntad por mero antojo”.<sup>2</sup>

La voluntariedad como requisito de la mediación es considerada una de sus principales características (y también ventaja) y a la vez es entendida como principio del proceso.

---

<sup>2</sup> Fuente: ¿Qué significa voluntariedad? Recuperado el 09/10/11 de <https://www.qsignifica.com/voluntariedad>

Puntualmente, en cuanto a la voluntariedad aplicada al proceso de mediación, afirma María Cristina Di Pietro (2011) al respecto que “La voluntariedad como característica esencial del procedimiento de mediación, está directamente relacionada con la autonomía de la voluntad” (p.142). Esto implica (como principio del derecho privado) considerar que las partes pueden libremente regular sus acciones y auto regular sus propios objetivos e intereses. En otras palabras, las partes gozan de plena libertad para realizar todo acto que el derecho les permita.

En este sentido, Di Pietro (2011) señala que son cuatro razones las que justifican el tema de la voluntariedad: 1. Asumir un camino de autocomposición. 2. La voluntad de permanecer en el proceso. 3. La convicción del diálogo. 4. Estrategia de diálogo co-operativo.

Asimismo la Doctora enuncia que existen dos objetivos que es importante que las partes persigan: la voluntad de permanencia en el proceso (segunda razón) y la convicción del diálogo o voluntad de dialogar (tercera razón). Estas razones serán ampliadas en los puntos siguientes.

La doctrina que explica el modelo circular narrativo de Sara Cobb, entre ellas Marines Suares (2016) afirma que la voluntariedad es una característica esencial del proceso de mediación que implica que “(...) las partes por su propia decisión comienzan este proceso, se mantienen en él hasta que finalice con un acuerdo firmado por ellas y el mediador o los mediadores, o pueden también retirarse del proceso voluntariamente en cualquier momento” (p.64).

Al respecto otra doctrina agrega:

El carácter voluntario de la mediación es un distintivo fundamental que marca la diferencia con la resolución judicial de conflictos. (...) Las partes en una disputa ingresan en el proceso de mediación por propia decisión, pueden determinar qué información revelan u ocultan, deciden si llegan o no a un acuerdo, por lo tanto pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento, sin que la otra parte pueda reclamar perjuicios por ello (Barmat y Rivero, 2001, p.25).

Cabe aclararse que aunque este principio no se encuentre enunciado dentro de los incisos del artículo 4, la doctrina lo ha considerado como tal. En este sentido se destaca la opinión de Palandri (2015) quien enumera a la voluntariedad como principio del proceso de mediación, junto con la neutralidad, confidencialidad y todos los restantes ya analizados. De hecho, tal es su importancia que el legislador ha decidido enunciar este aspecto del proceso dentro del primer artículo de la ley 8.858 y los autores dedicados a la mediación lo

contemplan en la propia definición del proceso. Como se dijo, todo lo referido a la voluntariedad será desarrollado en el capítulo segundo de este trabajo.

#### **4. La implementación de la mediación en el ámbito nacional**

La mediación como método alternativo de resolución de conflictos fue reglamentada a nivel nacional y provincial. Es decir, en Argentina existen distintas leyes aplicadas en el ámbito provincial (de algunas provincias por supuesto, no todas) con aspectos distintivos que determinan el proceso de mediación.

Ahora bien, para entender el aspecto legislativo de este instituto resulta necesario aclarar que en este país su nacimiento fue en 1992, momento en el que “el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto n° 1480/92 que declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de controversias” (Suarez, 2016, p.49). A esto se sumó la creación de un cuerpo de diez mediadores pertenecientes al sistema judicial, como prueba piloto.

Con posterioridad el 04 de octubre de 1995 se sancionó la ley 24.573 que establecía la obligatoriedad de la instancia de mediación para los casos patrimoniales. Puntualmente la citada norma se aplicaba a casos de índole patrimonial y permitía que únicamente los abogados pudieran capacitarse para ser mediadores judiciales. Como consecuencia de este aspecto, sumado a la aplicación de la obligatoriedad y a la integración de una Comisión de Selección y Contralor (formada por dos representantes del Poder Judicial dos del Poder Legislativo y dos del Poder Ejecutivo), esta normativa ha recibido numerosas críticas (Suarez, 2016).

Puntualmente la ley 24.573 expresaba en su artículo primero, dentro de las disposiciones generales:

ARTICULO 1° — Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

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

Sin embargo, con el paso de los años y una vez detectados los aspectos críticos de la mencionada legislación que debían modificarse, fue que el legislador decidió dictar una nueva ley nacional que contemplara el proceso de mediación (a lo que se le sumó el de conciliación). Esta norma se denominó “Ley nacional de Mediación y Conciliación” (n° 26.589).

#### **4.1 Ley nacional de Mediación y Conciliación n° 26.589**

Respecto de esta ley n° 26.589 se destaca en primer lugar su reciente sanción, ya que data del año 2010 (lo que demuestra que al día de la fecha sólo hace ocho años que ha sido modificada la anterior ley 24.573). En segundo lugar debe remarcarse la aplicación con carácter obligatorio de la mediación previa a procesos judiciales. En realidad se afirma al respecto que mantiene el régimen de la mediación obligatoria consagrado en la anterior ley 24.573, sólo que con esta nueva disposición se derogan desde el artículo 1 al 31 de la antigua normativa<sup>3</sup>.

En particular, la mediación prejudicial - de acuerdo a la ley 26.589 y sus decretos reglamentarios – es aplicable en Capital Federal y se respalda institucionalmente en el Ministerio de Justicia de la Nación.

Puntualmente respecto de sus disposiciones, el primer artículo establece el objeto: la instauración obligatoria de la mediación previa a todo proceso judicial. A lo que agrega que el procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial del conflicto.

Asimismo a continuación en el artículo 2 se establecen los requisitos de admisión de la demanda, que requiere que para que ésta sea admitida se acompañe acta expedita y firmada por el mediador interviniente. Luego en su artículo 3 se indican los contenidos que deben contener las actas de mediación.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Fuente: La nueva ley 26.589 de mediación y conciliación. 03/06/201. *Derecho al día*. Recuperado el 26/10/18 de <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-nueva-ley-26589-de-mediacion-y-conciliacion/+3486>

<sup>4</sup>Artículo 3 ley 26.589— Contenido del acta de mediación. En el acta de mediación deberá constar:

- a) Identificación de los involucrados en la controversia;
- b) Existencia o inexistencia de acuerdo;
- c) Comparecencia o incomparecencia del requerido o terceros citados notificados en forma fehaciente o imposibilidad de notificarlos en el domicilio denunciado;
- d) Objeto de la controversia;
- e) Domicilios de las partes, en los cuales se realizaron las notificaciones de las audiencias de mediación;
- f) Firma de las partes, los letrados de cada parte y el mediador interviniente;
- g) Certificación por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la firma del mediador interviniente en los términos que establezca la reglamentación de la presente ley.

Con posterioridad en el artículo 4 de la ley 26.589 se establece que queda comprendido dentro de la mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversia, excepto las enunciadas en el artículo 5. De esta manera se observa la amplia instauración de este instituto para todos los casos civiles, comerciales e incluso algunos aspectos del derecho de familia; siempre y cuando no se encuentren comprendidos en las excepciones.

En cuanto a éstas, las controversias excluidas del procedimiento prejudicial obligatorio son: a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios ;i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios.<sup>5</sup>

Sumado a lo dicho, esta norma consagra en el artículo 7 los principios del proceso de mediación, dentro de los que se destacan la imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes; la libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar de este proceso; la igualdad entre los participantes; la consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; la confidencialidad respecto de la información divulgada; la promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; la celeridad del procedimiento; y la conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Respecto de estos principios, la misma norma expresa que deben ser informados a las partes al comienzo de la mediación (en la primera audiencia); tal como se realiza en el proceso de mediación en la provincia de Córdoba en el llamado discurso de apertura. De hecho aquí en la provincia de Córdoba se resalta sobre todo la voluntariedad, la

---

<sup>5</sup> Artículo 5 ley 26.589

confidencialidad, la satisfactoria composición de intereses de ambas partes y la imparcialidad y neutralidad del mediador.

Cuando se comparan los principios enunciados, con aquellos contenidos en el artículo 4 de la ley provincial 8.858 (de Córdoba) se puede destacar que esta norma 26.589 incluye puntualmente a la imparcialidad, a la libertad en la participación del proceso, a la consideración especial de los intereses de menores, personas con discapacidad y mayores dependientes y a la celeridad del proceso. Esto demuestra que este artículo 7 es más amplio y a la vez más específico que el conocido artículo 4 que contempla los principios en la ley 8.858.

Luego, en el artículo 8 y 9 de la Ley nacional de Mediación y Conciliación n° 26.589 se contempla el alcance de la confidencialidad y sus excepciones (o cese de la confidencialidad).<sup>6</sup>

Ahora bien, respecto a la aplicación de la mediación en las provincias, debido justamente al sistema republicano y federal, aproximadamente 15 provincias han establecido la mediación obligatoria previa al proceso judicial tanto en el ámbito civil, comercial y de familia. Mientras tanto el resto de las jurisdicciones provinciales ha optado por implementar la mediación como proceso voluntario.

Para concluir el análisis legislativo vinculado con la implementación de este instituto, se procederá a describir brevemente su aplicación en algunas provincias de Argentina.

## **Conclusiones parciales**

En este primer capítulo se han explorado los aspectos más relevantes del proceso de mediación. Se destacan entre las ventajas del instituto de la mediación, la economía de tiempos y de costos, la flexibilidad, la confidencialidad, la neutralidad del mediador, entre otras. Todas ellas representan los puntos sobresalientes de este método y generan la preferencia de su utilización a la hora de pensar en una solución cooperativa del conflicto.

---

<sup>6</sup>Artículo 8 ley 26.589— Alcances de la confidencialidad. La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

Artículo 9 ley 26.589 — Cese de la confidencialidad. La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos: a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron; b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

Con respecto a la voluntariedad, tal como se ha mencionado, se la considera un elemento esencial. No solo se la incluye en las distintas definiciones doctrinarias sobre mediación sino que se la contempla en el propio artículo primero de la ley 8858 de la provincia de Córdoba.

Es decir, se considera ante todo que el proceso de mediación debe ser voluntario y se cree firmemente en que este aspecto debe permanecer intacto. Los fundamentos para sostener la voluntariedad de la mediación serán brindados en los próximos capítulos; sin embargo, su defensa se vincula principalmente con el debido respeto de uno de los principios de la institución bajo análisis.

Asimismo, se entiende de suma importancia resaltar el principio de la confidencialidad de todo lo que sucede en el proceso de mediación. En este sentido cuando los protagonistas del proceso toman conocimiento de que todo lo que allí se comente será privado, se evidencia una mayor apertura al diálogo (elemento esencial para lograr el consenso) que contribuye en la búsqueda de soluciones. En otras palabras, las partes se encuentran mejor predispuestas a continuar en el proceso y a hacer visibles sus intereses y necesidades (e incluso muchas veces sus emociones) cuando se les asegura que todo lo desarrollado en la mesa de mediación es confidencial.

Por otra parte, no caben dudas respecto a la veracidad de los aspectos vinculados con la economía de costos y tiempos, la satisfactoria composición de intereses y el resultado ganar-ganar cuando se opta por un proceso de mediación. Se coincide plenamente con lo desarrollado por la doctrina citada en estos puntos. Una solución buscada por las propias partes, que evite el antagonismo que genera la existencia de una solución impuesta que deriva en un ganador y de un perdedor, indudablemente generará mayor satisfacción y un mejor resultado en beneficio de todas las partes.

Finalmente en lo vinculado con la recepción legislativa de este instituto en Argentina, la ley Nacional de Mediación y Conciliación n° 26.589 que rige principalmente en Capital Federal, instaura a este proceso como obligatorio y como etapa pre judicial; al igual que lo que sucede en la actualidad en muchas provincias del país, que han imitado el modelo nacional.

Como conclusión merece resaltarse la inclusión de la mediación en Argentina, ya que cada día se avanza un paso más hacia su implementación en todas las áreas del derecho y a lo largo de todo el país. Indudablemente el notorio crecimiento de la aplicación de este instituto viene acompañado de sus ventajas indiscutibles.

## **CAPÍTULO II**

**La voluntariedad en la Ley de Mediación de la provincia de Córdoba**

**(Ley n° 8.858)**

## **Introducción**

En este segundo capítulo se estudiará el aspecto central que se ha planteado en la presente investigación: la voluntariedad del proceso de mediación, según la ley 8.858 que actualmente se halla vigente para el interior de la provincia de Córdoba (excepto ciudad de Córdoba y Río Cuarto).

En primer lugar se definirá a este principio y se explorará sobre su regulación normativa en la mencionada norma. Asimismo se mencionarán las excepciones, lo que implica la aplicación obligatoria de la mediación en ciertos casos.

Finalmente se proveerá de opiniones doctrinarias que han dividido sus argumentos de acuerdo a si la voluntariedad se refiere a en acudir a mediación, a permanecer en el proceso, a arribar a un acuerdo o a la decisión del mediador de continuar o no con la audiencia.

### **1. Recepción legal de la voluntariedad en la ley n° 8.858**

Cabe destacar que la mediación en la provincia de Córdoba se encuentra regulada mediante la ley provincial n° 8.858 y su decreto Reglamentario 1773/00. A esto se agrega la acordada 555 Serie A del Tribunal Superior de Justicia que reglamenta los aspectos operativos de este método alternativo de resolución de conflictos.

No obstante lo dicho, en la actualidad y a partir del 01 de noviembre del año 2018 la legislatura cordobesa ha sancionado la nueva ley de mediación n°10.543, que implementa el proceso de mediación de manera prejudicial y obligatorio y cuya reglamentación ordena su aplicación progresiva en las distintas circunscripciones de la provincia. Por lo tanto, en este momento la citada norma rige para la ciudad de Córdoba y Río Cuarto. Sin embargo, se aclara que esta nueva ley será analizada en el próximo capítulo de esta investigación.

Ahora bien, puntualmente respecto de la voluntariedad, la ley provincial n°8.858 contempla este principio dentro de su primer artículo. Aunque no se lo estipule expresamente dentro del artículo 4 - en donde se regulan de manera detallada los principios -, se considera que el hecho de incorporar a la voluntariedad en la propia definición de este proceso (en su artículo primero) implica aceptar la importancia de este aspecto.

En este orden de ideas, la propia norma n°8.858 de la provincia de Córdoba en su artículo primero reza:

ARTÍCULO 1º - INSTITÚYESE en todo el ámbito de la Provincia de Córdoba y declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la presente Ley.

En este sentido, respecto del carácter voluntario, los autores Barmat y Rivero (2001) expresan que es éste un distintivo fundamental que marca la diferencia con la resolución judicial de conflictos. De hecho, las partes ingresan al proceso de mediación por su propia decisión y ellas mismas deciden qué desean compartir o revelar y qué no. Asimismo queda a criterio de cada una de ellas la decisión del retirarse del procedimiento en cualquier momento, sin que la otra parte pueda reclamar perjuicios por dicho acto.

Es decir, la esencia de la mediación radica en la libertad de las partes para manejarse dentro del proceso, una vez que hayan decidido ingresar a él. Esto no ocurre en los litigios en los que las normas y estructuras del propio proceso judicial determinan una serie de instancias que el actor y demandado deben cumplir una vez que ya han comenzado el juicio. El proceso judicial se caracteriza justamente porque allí se impone el derecho que las partes deben necesariamente respetar, a través de resoluciones que ordena el Juez y que se deben cumplir: lo que el Tribunal ordene no es voluntario para sus participantes.

A esto agregan los mencionados autores que en la votación de la presente normativa en la Cámara de Senadores, en donde algunos miembros se mostraron en contra de la voluntariedad, el Senador Castellano expresó en defensa de este principio: “Entiendo que debe ser voluntaria en todo el proceso, incluso en su inicio. Faltaría que la obligación se refiera a la coincidencia final, que estuvieran conmovidos y obligados a coincidir en una solución” (p.25 y 26).

Se destaca aquí las opiniones del Senador mencionado, que reflejan nuevamente la importancia de la voluntad en el proceso de mediación. Se coincide en este aspecto vinculado con la decisión final; pues en ningún momento las partes deben sentirse obligadas a encontrar una solución, ni a aceptar la propuesta del otro.

## **2. Excepciones a la voluntariedad**

Por su parte, en cuanto a las excepciones a este principio, el propio artículo 2 de la ley 8.858 regula los casos en los que será obligatorio el proceso de mediación.

## **2.1 Artículo que establece la instancia obligatoria de la mediación en casos civiles y comerciales**

ARTÍCULO 2° - EXCEPCIONALMENTE será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos:

- a) en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del juicio declarativo abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equivalente a cinco mil pesos (204 jus).
- b) en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos.
- c) Cuando el Juez por la naturaleza del asunto, su complejidad los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por vía de la mediación.

El intento de solución del conflicto por vía de la mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial.

Se aclara al respecto que este artículo ha sido modificado por la ley 9.031 que ha adecuado el parámetro del inciso “a” cuyo monto era 140 jus a 204 jus. Sin embargo, tal como se observa en la actualidad los 204 jus que la norma establece no corresponden a 5.000 pesos, por lo que se entiende que debe actualizarse el monto en pesos cada vez que se quiera utilizar este parámetro para establecer la obligatoriedad de recurrir a mediación.

En este sentido, es necesario conocer en qué casos la mediación deja de ser voluntaria, ya que sus excepciones la convierten en obligatoria. Respecto del inciso “a” el Acuerdo Reglamentario n°555 Serie A, agrega que quedan comprendidos solo los juicios declarativos, ordinarios y abreviados, generales previstos en el Libro II, Capítulo I y II del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, cuyo monto no supere el equivalente a los jus determinados (204 jus). “No se incluyen los incidentes o recursos, aun cuando deban ajustarse al trámite de juicio ordinario o abreviado, ni tampoco los juicios declarativos especiales” (Barmat y Rivero, 2001, p.27). De esta manera, no podrá sustanciarse por mediación una declaratoria de herederos, la declaración de un divorcio, la usucapión, la mensura y deslinde, el desalojo etcétera. Se procura mediante este inciso obligar a que todos los procesos civiles y comerciales (específicamente juicios declarativos generales, ya sea abreviado u ordinario) de bajo valor intenten en primer medida esta vía de resolución de conflictos, para evitar directamente comenzar el proceso judicial que demandará tiempo y costos, que no se

justificarían en procesos en los que el reclamo es de bajo monto (se aclara que se estima que “no se justificaría”, lo que no implica que en el caso concreto realmente así lo sea).

Asimismo, en cuanto al artículo 2 inciso “b” se afirma que quedarán comprendidos todos aquellos casos en los que el actor, ya sea cuando demanda o antes de trabarse la *litis* solicitare el beneficio de litigar sin gastos; o lo hiciera el demandado al momento de contestar la demanda (Barmat y Rivero, 2001). En este supuesto no interesa el monto o el procedimiento aplicable, ya que se prioriza por la propia gratuidad del proceso, la remisión obligatoria a mediación. Se entiende que este supuesto se ha estipulado para evitar en los casos de gratuidad, largos procesos que demanden tiempo al Tribunal y que pueden ser resueltos con antelación y eficacia en un proceso no adversarial como lo es la mediación.

Por su parte, el inciso “c” en el primer párrafo deja libre un camino para que el juez envíe la causa a mediación cuando él lo estime conveniente, sin determinar con precisión la situación en concreto. En otras palabras, esta opción se caracteriza por ser una salida para todos los casos que el Tribunal desee- con su propio criterio y libertad- enviar a mediación. Mientras que en el segundo párrafo de este último inciso se determina que se eximirá de la instancia obligatoria de mediación (esto sería como una excepción de la propia excepción, por lo que se torna nuevamente voluntario) a aquellos casos en los que las partes ya hayan intentado realizar mediaciones en sede extrajudicial (ya sean centros públicos o privados, pero extrajudiciales); lo que deberá por supuesto acreditarse al comparecer en el juicio.

No obstante a lo dicho, en todos estos supuestos de mediación obligatoria, se establece la concurrencia obligatoria a la primera audiencia de mediación en sede judicial. Es decir, esto no implica dejar de caracterizar a la mediación como voluntaria, sino destacar que la asistencia a la primera audiencia (y solo a la primera) es obligatoria en sede judicial. A esto se suma que en caso de no cumplirse este requisito, la norma impone una multa (artículo 20 ley 8.858)<sup>7</sup> a la parte que no comparece justificadamente, la que se destinará al fondo de financiamiento.

No obstante lo dicho, en este trabajo de investigación se entiende que ningún tipo de obligatoriedad es beneficiosa para el proceso de mediación, incluso aún el caso aquí descripto que implica la primera audiencia obligatoria.

En realidad, que la propia ley prevea la obligatoriedad se considera que atenta contra uno de los principios esenciales de la mediación que es su voluntariedad, ya que en nada

---

<sup>7</sup> INCOMPARECENCIA – SANCIÓN. ARTICULO 20 ley 8.858.- Si no puede llevarse a cabo la mediación por la incomparecencia injustificada de alguna de las partes, se impondrá a favor del Centro Judicial de Mediación una multa cuyo monto será el equivalente al valor de dos (2) audiencias.

contribuye a su conocimiento y aplicación como método pacífico de resolución de conflictos. Se entiende que si el fin de la obligatoriedad es dar a conocer a este medio, debería optarse por pensar en otras maneras de hacerlo y debería trabajarse aún más en pensar en otros incentivos que hagan que las personas realmente opten por la mediación; en vez de imponerla como requisito ineludible antes de todo reclamo judicial.

Finalmente agregan los autores Barmat y Rivero (2001): “La obligatoriedad se refiere solo a la concurrencia, pero habiendo comparecido, cualquiera de las partes o el mediador podrá dar por terminada la mediación desde la celebración de la primera audiencia (...)” (p.29). Es decir, los doctrinarios reafirman que no es obligatorio en ningún caso que las partes lleguen a un acuerdo.

### **3. Opiniones doctrinarias que sostienen la voluntariedad de este método**

Cuando se habla de voluntariedad, la doctrina suele desmembrar el significado de este principio y destaca que éste se aplica no solo al hecho de asistir a mediación, con la salvedad ya realizada en el punto anterior (de las excepciones contempladas en el artículo 2 de la ley n° 8.858, de la obligatoriedad de asistir a la primera audiencia), sino que es voluntario el decidir continuar el proceso y arribar (o no) a un acuerdo.

En este sentido, la doctrina española enuncia que “(...) la voluntariedad es más que un principio en la mediación, es la llave para que un acuerdo concreto este fundamentado y trabajado de forma realista por todas las partes protagonistas del conflicto (...)”<sup>8</sup>. Esto permite afirmar que en realidad el aspecto voluntario es la base que convierte a un acuerdo en sostenible en el tiempo; de hecho, si las partes han trabajado porque realmente lo han deseado y han acordado libremente, pues entonces este acuerdo será de cumplimiento factible.

Agrega la doctrina al respecto:

La voluntad de participar en un encuentro de mediación es un eje medular. Es decir, cuando no hay voluntad de las partes no se puede intervenir. Se va dando "un proceso de construcción y co-construcción de narrativas, y es fundamental la participación de todos los interlocutores, sea mediador o sea parte..." (Maglianesi y Coppa, 2015, p.1).

---

<sup>8</sup> Fuente: La voluntariedad + que un principio en la mediación. (2015). *Alternativa GC*. Recuperado el 12/11/18 de <http://www.alternativagc.com/la-voluntariedad-que-un-principio-en-la-mediacion/>

Tal como se observa estos autores destacan la voluntad de los participantes para poder justamente intervenir como mediador, ya que la construcción de las narrativas requiere necesariamente de la participación de los involucrados.

A la inversa, si se obliga a las partes a acudir a mediación porque así lo prescribe la ley, éstas entenderán que este proceso es simplemente un requisito formal para obtener justicia y participarán en él con el claro propósito de respetar lo que se impone y no porque realmente confíen en las ventajas de su utilización.

De hecho, se afirma que en realidad la voluntad de las partes es lo que permite que el mediador avance, se detenga o hasta cambie su estrategia de trabajo (Maglianesi y Coppa, 2015). La predisposición de los participantes guiará el camino a seguir por el profesional.

La voluntariedad es para la mediación la máquina que allana el camino, el principio inspirador de la mediación que abre las puertas a otra forma de hacer las cosas, a creer y crear procesos para solucionar conflictos desde la coherencia, la ética, la empatía y el diálogo.<sup>9</sup>

Por otro lado, se entiende que la justicia argentina puede complementarse con la aplicación de la mediación, ya sea prejudicial obligatoria como voluntaria. No obstante, respecto de esta última característica de la voluntariedad, la doctrina mayoritaria la considera uno de los principios básicos que sostiene la mediación. Puntualmente se la concibe como “(...) la facultad de las partes de aceptar la posibilidad de resolver por sí mismas los conflictos y de ser, entonces, los verdaderos protagonistas” (Curuchelar, 2012, p.1). A esto agrega la citada autora que indudablemente la inserción social de la mediación voluntaria contribuye al desarrollo de una convivencia pacífica.

Se coincide plenamente con los dichos de la mencionada doctrinaria. En este entendimiento, se considera que el mejoramiento de las relaciones humanas debe partir de una base sólida que implica que los ciudadanos confíen plenamente en la existencia de institutos que permitan la resolución no adversarial de conflictos.

Ahora bien, en cuanto a la distinción entre mediación obligatoria o voluntaria destaca aquí la doctrina que en realidad siempre es voluntario mediar; mientras que en el caso de la mediación obligatoria, lo obligatorio es asistir. Expresa al respecto Curuchelar (2012) “Lo voluntario es MEDIAR, lo obligatorio es ASISTIR” (p.1).

---

<sup>9</sup>Fuente: La voluntariedad + que un principio en la mediación. (2015). *Alternativa GC*. Recuperado el 12/11/18 de <http://www.alternativagc.com/la-voluntariedad-que-un-principio-en-la-mediacion/>

En este aspecto, la doctrina minoritaria que conforman aquellos especialistas que sostienen la obligatoriedad de la mediación prejudicial, tal como se analizará en el próximo capítulo, argumentan que la remisión obligatoria de una causa a mediación como instancia prejudicial no violenta en forma alguna este principio tan esencial que constituye la voluntariedad. No obstante ello, y tal como ya se ha expresado, no se comparte el fundamento que obliga a las partes a asistir a la primera audiencia.

A continuación se procederá a diferenciar los sentidos o acepciones que ha tomado este concepto, para luego proceder a analizar si realmente la obligatoriedad atenta contra los principios de la mediación.

### **3.1 Voluntariedad en acudir a mediación**

La Doctora Di Pietro (2011) enuncia cuatro razones por las que se habla de voluntariedad, las que fueron mencionadas al comienzo de este capítulo.

Puntualmente cuando se hace referencia a la primera razón: “asumir un camino de autocomposición”, la doctrinaria entiende que al haberse incorporado a la mediación al ámbito público (ya sea de manera previa o dentro del proceso judicial), se ha otorgado la posibilidad de que las partes mismas elijan el sistema que desean para resolver sus conflictos. En este caso, será un sistema alternativo, complementario o autónomo (Di Pietro, 2011). De esta manera, al asumir este camino las partes optan por un camino de autocomposición para la solución de sus problemas, ayudados por un tercero neutral que los guíe en su procedimiento, con la posibilidad de retirarse cuando consideren que este proceso ya no es operativo.

En cuanto a este sentido que contempla que “lo voluntario es acudir a mediación”, se especifica que aquellas provincias que determinan la obligatoriedad de este instituto como instancia prejudicial no serían respetuosas de este postulado.

A modo de ejemplo se menciona la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires, que establece con carácter obligatorio el régimen de la mediación previa como método alternativo de resolución de conflictos judiciales. Se expresa aquí “(...) La obligatoriedad, tiene su límite en la primera intervención del mediador, a partir del cual surge el principio medular de la mediación: la voluntariedad” (Dioguardi, 2012, p.1). De esta manera los legisladores que han implementado este sistema sostienen que lo obligatorio es acudir a mediación mientras que no así, continuar este proceso (es decir, mediar) y llegar a un acuerdo.

El procedimiento de la instancia previa podrá cerrarse sin acuerdo, habilitando la vía judicial, las partes no están obligadas a acordar, pero sí, acudir a la primera intervención del mediador. A diferencia de la mediación voluntaria, que no habilita la vía judicial (Dioguardi, 2012, p.1).

Sin embargo, una vez destacada esta postura que establece la obligatoriedad en acudir a mediación, se destaca que en realidad cuando se habla de voluntariedad (para la postura que defiende este principio a ultranza y a la cual se adhiere) se considera que las partes deben acudir a este instituto libremente sin presiones y sin normas que los compulsen a hacerlo. De hecho se reconoce que la mediación voluntaria resulta de gran valor ante determinado tipo de controversias para evitar que éstas lleguen a los estrados judiciales, no obstante ello se necesita ineludiblemente que las partes tengan voluntad de hacerlo, que acepten el procedimiento y que colabore el letrado de las partes (Dioguardi, 2012).

### **3.2 Voluntariedad en continuar el proceso**

A este aspecto, la Doctora Di Pietro lo ha mencionado como la segunda razón por la que se evoca a la voluntariedad: “la voluntad de permanencia en el proceso”. Éste es a la vez, el primer objetivo que se espera que las partes puedan identificar, tal como se mencionó al comienzo del presente capítulo.

La voluntad para continuar en el proceso es una característica que debe ser lograda por el mediador, quien deberá esforzarse para que las partes realmente deseen permanecer en la mesa de diálogo y no opten por retirarse antes de finalizar el encuentro (lo que por supuesto, también es aceptable y posible, por la propia esencia del carácter voluntario de este proceso).

Se cree al respecto que resulta de utilidad para que el mediador logre la confianza de la parte en el proceso y desee permanecer allí, que se describan algunas características particulares de cómo será este procedimiento que recién comienzan. No obstante lo dicho, “no siempre se logra el objetivo marcando características sustanciales e ínsitas” (Di Pietro, 2011, p.143). Al respecto la autora señala que será útil enunciar a las partes presentes que el mediador escuchará a las partes en audiencias privadas, en igualdad de condiciones y que se realizará una agenda ordenada de todos los tópicos que a los participantes les interese trabajar. De esta manera, se entiende así que será bastante probable que quienes hayan asistido a mediación deseen continuar (permanecer en el proceso) para darse ellos mismos la oportunidad de experimentar lo que el mediador ha prometido en pos de resolver el problema que las vincula.

En este aspecto se considera que en la mayoría de los casos las personas optan por permanecer en el proceso cuando el mediador es amable, se muestra respetuoso y como oyente activo genera que los protagonistas de a poco comiencen a sentirse escuchados y entendidos. En realidad con frecuencia al comienzo de la reunión de mediación el clima es tenso y el problema parece de imposible solución; sin embargo, el buen desenvolvimiento del mediador y su experticia en la conducción de disputas convierte el mal clima en un espacio en el que se abren puertas al diálogo.

### **3.3 Voluntariedad para arribar a un acuerdo**

A este tercer aspecto se puede vincular con la tercer razón que enuncia Di Pietro al comienzo del capítulo: “la convicción de dialogar; la voluntad de dialogar”, lo que a la vez representa el segundo objetivo que se espera que la parte identifique.

El mediador en todo proceso de mediación debe lograr que las partes deseen dialogar, de manera respetuosa y en busca de opciones que permitan resolver sus conflictos. Es trabajo del profesional lograr la voluntad de dialogar, de reducir antagonismos, de destacar las señales positivas de voluntad de cambio de las partes, de destacar gestos conciliatorios sinceros, etcétera (Di Pietro, 2011). A esto se agrega que resulta imprescindible sobre todo esforzarse por generar confianza en los participantes para que (reitero: de manera voluntaria) se predispongan a encontrar la solución. Se agrega al respecto:

Será el mediador entonces, el que conduzca hacia la terminación del conflicto, a través de un proceso por el cual el comportamiento conflictivo-coercitivo se termine, llegándose a algún acuerdo con respecto a los temas en disputa, y que permita a las partes una coexistencia alejada del enfrentamiento, al menos por el momento (Mitchell, citado por Di Pietro, 2011, p.146).

Asimismo, dentro de este aspecto que contempla la voluntariedad para arribar a un acuerdo se puede incluir también a la cuarta razón que la Doctora Di Pietro enuncia: “Estrategia de diálogo co-operativo”. Esto implica trabajar en conjunto con la otra parte; significa obrar juntamente con el otro, incluso aunque existan intereses opuestos, para lograr una misma meta: que cada parte obtenga la satisfacción más cercana a su máxima pero sin impedir que su contraparte obtenga también lo mismo respecto de sus metas. Es decir, esto conlleva la determinación de “(...) voluntad para emprender y desarrollar una tarea conjunta para el logro de un proceso y de resultados” (Di Pietro, 2011, p.146).

En este sentido, se considera que tanto la voluntad para dialogar como para establecer un diálogo co-operativo se tornan requisitos ineludibles para lograr lo que se pretende: arribar a un acuerdo.

Aquí precisamente, cuando se habla de “voluntad para arribar a un acuerdo” se incluye ante todo la voluntad de permanecer en el proceso y de querer realmente encontrar una salida y de tratarse con respecto; así como también la predisposición para el diálogo (tal como se acentuó en el párrafo anterior) y la confianza en el mediador y en el proceso mismo.

### **3.4 Voluntariedad en el mediador**

No solamente las partes pueden abandonar el proceso de la mediación, de hecho algunos doctrinarios sostienen que el propio mediador puede decidir la finalización de aquél cuando consideren que el proceso ha llegado a un punto muerto o que se están violando derechos esenciales de las personas involucradas en el proceso (Suarez, 2016).

Asimismo y este sentido agrega Palandri (2015) que este principio no solo rige para las partes quienes pueden libremente decidir participar o no de la mediación y terminar con ella en todo momento, sumado a que no están obligadas a llegar a un acuerdo; sino también para el mediador quien puede decidir dar por finalizado el procedimiento en cualquier momento, cuando considerara que se torna insostenible o que fuera imposible llegar a un acuerdo.

En este aspecto se pretende enfatizar que el mediador como profesional que conduce el procedimiento puede (y es su facultad hacerlo) decidir terminar la mediación por las causas que considere pertinentes. Incluso – y esto es muy frecuente – el mediador decide cuándo será beneficioso para el proceso, pasar a una segunda audiencia; ya sea para que las partes intenten cumplir con acuerdos provisorios o para que el paso del tiempo fortalezca o ayude en algún punto que el profesional estima importante.

Se aclara pues que esta facultad del mediador tiene que ser ejercida con especial prudencia y buen criterio profesional; se presume que siempre éste intentará conducir el proceso para lograr un acuerdo satisfactorio para todos los participantes, o al menos modificar (en algo) la relación entre ellos. En este sentido, la posibilidad de utilizar esta opción de concluir la reunión o decidir continuar en otro momento refuerza el rol de director del proceso que el mediador adquiere.

## **Conclusiones parciales**

En este capítulo se ha hecho hincapié en la voluntariedad del proceso de mediación. Entre los autores especialistas en la materia y que respaldan la voluntariedad de la mediación como principio elemental de ésta, se mencionaron argumentos de Di Pietro, Palandri, Curuchelar, Barmat y Rivero, Diez y Tapia, entre otros.

Para finalizar con el análisis de este capítulo se sostiene la coincidencia con todos aquellos argumentos brindados que defienden la voluntariedad de este método no adversarial de resolución de conflictos. Se cree con firmeza que la mediación desde sus orígenes fue voluntaria y así debe continuar. Voluntaria en todo momento: el iniciar el proceso, el permanecer en éste y continuar con la mediación y el arribar o no a un acuerdo.

Ahora bien, en este trabajo se procura investigar ambas legislaciones vigentes al día de la fecha sobre la mediación en la provincia de Córdoba (ley n°8.858 y 10.543), ya que allí resulta evidente el criterio opuesto del legislador al transformar un método esencialmente voluntario en obligatorio.

Tal como se analizará en el próximo capítulo, no se discute que existirán fundamentos jurídicos que avalen semejante decisión. No obstante ello, la postura aquí defendida se mantiene fiel a sus orígenes y al debido respeto de la voluntariedad como principio de la mediación.

Los principios del derecho deben ser respetados ya que expresan deberes de conductas de los ciudadanos y como tal no se cuestiona su legitimidad. De esta manera, los principios de la mediación (los que incluso han sido mencionados en la propia norma positiva) no pueden ser menoscabados por la consagración de una nueva disposición que poco repara en la esencia misma del instituto que modifica. Es decir, si la voluntariedad ha sido consagrada desde sus inicios y hasta incluida en la definición del proceso bajo análisis, se entiende que no existe argumento de peso suficiente para atentar contra este postulado esencial.

**CAPÍTULO III**  
**La mediación previa y obligatoria**  
**en la Ley de Mediación de la provincia de Córdoba**  
**(Nueva ley n° 10.543)**

## Introducción

En este último capítulo se hará especial hincapié en la obligatoriedad de la mediación establecida mediante la ley n° 10.543, recientemente sancionada para toda la provincia pero de implementación actual solamente en la ciudad de Córdoba y Río Cuarto.

Se mencionarán aquellos artículos que expresamente receipten la obligatoriedad de este instituto y sus excepciones, tal como - a la inversa - se lo hizo con la ley n° 8.858 que establecía la mediación voluntaria y contemplaba excepciones que la convertían en obligatoria.

Asimismo se describirán en esta oportunidad aquellas opiniones doctrinarias que han defendido la implementación obligatoria de este método no adversarial y se distinguirán los argumentos que sostienen tal postura.

### 1. Definición y antecedentes de la obligatoriedad

Cuando se habla de “obligatoriedad” se asocia con la obligación que tiene una persona de hacer algo. De hecho el propio diccionario define que lo obligatorio es aquello “de obligado cumplimiento y ejecución”<sup>10</sup>. Por lo tanto, una cosa será obligatoria cuando sea de obligado cumplimiento. Obligatorio es aquello que se torna forzoso, necesario, imperativo, imprescindible e indispensable.<sup>11</sup>

De esta manera, pensar en la obligatoriedad de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos implica considerar que, más que alternativo y por ende voluntario y distinto de la regla, viene a ser la regla misma: es obligatorio concurrir a mediación. Frente a esta afirmación cabe preguntarse ¿Realmente debe la mediación como proceso de autocomposición de conflictos ser forzoso, imperativo, imprescindible?

El fundamento de la implementación obligatoria de la mediación data de hace algunos años cuando la legislación comenzó a imponer la mediación judicial previa y obligatoria como prueba piloto en la Nación. No obstante lo dicho, con el paso del tiempo por diversos motivos la implementación de la mediación obligatoria dejó de ser provisoria para tornarse en definitiva.

---

<sup>10</sup> Fuente: Obligatorio. *Word Reference*. Recuperado el 27/11/18 de <http://www.wordreference.com/definicion/obligatorio>

<sup>11</sup> Fuente: Obligatorio. *Word Reference*. Recuperado el 27/11/18 de <http://www.wordreference.com/sinonimos/obligatorio>

De hecho, la discusión sobre la obligatoriedad de la mediación giró siempre en torno a si debía o no mantenerse para consolidar el sistema y que la sociedad en general se familiarice más con este método alternativo de resolución de conflictos. Al respecto, en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo del año 2011 en donde se estudió a la mediación prejudicial obligatoria, se ha llegado a afirmar lo siguiente:

Entre los actores políticos, la discusión de la obligatoriedad es inminente y sostienen una posición muy clara de que hay que insistir en la legislatura con la obligatoriedad de la mediación; que tiene que seguir siendo así. “Nosotros no tenemos consolidado el sistema, todavía tenemos algunos problemas, sería conveniente que siga siendo obligatoria si no, vamos a tener más problemas” (Luzi, 2011, p.110).

En este sentido, los actores políticos consideran que el hecho de establecer obligatoriamente a la mediación prejudicial favorece el programa, ya que así se colaboraría en la difusión, promoción y utilización de este método. A esto se agrega la opinión de magistrados quienes consideran que “la exigencia de pasar por la etapa de mediación previa a judicializar los conflictos es de suma importancia”. Incluso destaca las ventajas de esta opción para aquellos asuntos del derecho de familia, de vecindad o de poca cuantía en donde el diálogo entre las partes es fundamental y el ambiente de la mediación lo propicia plenamente (Luzi, 2011).

Al respecto no se discute que la mediación sea efectiva para lograr al diálogo y sea sumamente valiosa para la resolución de las cuestiones familiares; sin embargo, no se respalda su imposición obligatoria para colaborar en la difusión. Será momento de comenzar a pensar en mejores vías de difusión sin llegar a imponerla obligatoriamente como un requisito formal para acceder luego a un proceso judicial.

En otras palabras, el hecho de transformar un método pacífico de resolución de conflictos cuya esencia es voluntaria, en obligatorio, no contribuye a su mayor utilización. Si se pretende difundir la mediación como alternativa al juicio y como herramienta con destacadas ventajas, tal como se dijo, deberá pensarse en otras maneras de hacerlo y no a través de su imposición forzosa.

Se considera que la mediación como método alternativo de solución de problemas debe ser una opción elegida por las propias partes y no impuesta por la ley misma. Justamente si esta herramienta es alternativa, son las personas involucradas en el conflicto las que sabrán – de acuerdo a la situación precisa que atraviesan – si es mejor intentar esta salida autocompuesta por ellas mismas o si requieren (o desean) un proceso judicial.

No obstante lo dicho, la legislación parece avanzar en sentido contrario: su imposición obligatoria. De hecho, este nuevo requisito para la provincia de Córdoba, ya se encuentra vigente en algunas jurisdicciones de Argentina. Ello debido a que de una u otra manera cada provincia ha implementado a la mediación como una fase previa que las partes deben transitar como condición de admisibilidad de las pretensiones civiles, aun cuando esta característica de la obligatoriedad sigue siendo un axioma no suficientemente explicado ni justificado (Giannini, 2014).

Frente a esta indicación que la propia ley manda, surgieron cantidad de interrogantes que cuestionaron la validez de la obligatoriedad de este proceso:

¿Es razonable y conveniente forzar a las partes a asistir a una audiencia de mediación celebrada ante un tercero, por más que no tengan vocación alguna de escucharse nuevamente (o por primera vez), incrementando con ello los costos que el ciudadano debe afrontar (...)? ¿Debe obligarse a la ciudadanía a transitar este camino para convencerla de sus bondades? ¿Es cierto que la sociedad y la abogacía conservan atavismos culturales tan fuertes que les impiden discernir cuándo la intervención de un mediador puede servir para guiarlos hacia una mejor solución del conflicto y cuándo no? (Giannini, 2014, p.1).

En realidad en este aspecto se coincide plenamente con el doctrinario citado (Giannini) en cuanto a que se considera que la mediación como método alternativo y autocompositivo de resolución de conflictos es una solución virtuosa y que sin dudas beneficia a la sociedad.

De hecho, en esta corriente de ideas y a más de quince años de la instalación de este instituto en la lugares como la Ciudad de Buenos Aires por ejemplo e incluso habiendo diversas jurisdicciones seguido sus pasos, no se ha justificado aún – adecuadamente- la conveniencia de implementar de manera obligatoria a la mediación como previa a todo reclamo judicial (Giannini, 2014).

Tal es y ha sido la importancia del debate que gira en torno a si es beneficioso o no el envío a mediación obligatoria, que incluso aun es un asunto no concluido. Se continúa con el cuestionamiento del mérito o la conveniencia de la obligatoriedad; de hecho, no existen ni han existido buenas razones para afirmar que esto es provechoso para la ciudadanía o para mejorar la administración de justicia.

Si se indaga en sus antecedentes, es sabido que desde hace ya varios años existe a nivel nacional el sistema de mediación previa obligatoria. La ley 24.573 del año 1995 fue implementada como régimen provisorio, que se estipulaba que duraría 5 años, para todos los procesos civiles de conocimiento en la Capital Federal.

“Un significativo número de controversias anualmente iniciadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (básicamente, los procesos de conocimiento destinados a la tutela de derechos disponibles), pasaron por la fase previa de mediación con resultado diverso (...)” (Giannini, 2014, p.2).

En este sentido, el citado autor afirma respecto de esta legislación provisoria que tenía ya un plazo de vigencia estipulada, que se consideraba que sería obligatoria por un plazo cierto en el que la sociedad y los abogados sobre todo modificarían sus patrones culturales distintos a la autocomposición, mientras que el Estado pondría en marcha un proyecto para renovar la manera de hacer justicia en busca de lograr un descongestionamiento judicial.

No obstante lo dicho, al final del plazo mencionado de 5 años, nada de esto había sucedido. Por lo tanto, se estimó necesario prorrogar la vigencia del régimen por otro lustro, lo que le otorgaría vigencia desde el año 2000 al 2005. Ahora bien “Tampoco en ese lapso la cultura o los recursos de la administración de justicia habían variado, por lo que en el año 2008, mediante ley 26.368, se prorrogó el esquema obligatorio "provisional" por dos años más” (Giannini, 2014, p.2).

Finalmente, agrega el autor que luego de tantas prórrogas durante tres lustros, la ley 26.589 del año 2010 dejó de regular a la mediación obligatoria como si fuera simple ensayo y transformó a dicho esquema legal en definitivo, no solo para la Capital Federal sino también para la totalidad de los órganos que componen la Justicia Federal.

De manera concomitante se pudo observar - como consecuencia del establecimiento de la obligatoriedad en la Nación - la implementación de un sistema similar en las diversas provincias. Así, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires la ley 13.951 del año 2009 determinó la obligatoriedad de la mediación prejudicial.

Mientras tanto, es posible afirmar que “(...) casi la totalidad de las provincias argentinas, han organizado sistemas de mediación como método de solución alternativa de conflictos, con algunas variantes en cuanto a su forma de implementación” (Giannini, 2014, p.7).

Puntualmente entre aquellas provincias que han instaurado la mediación previa y obligaría se destacan Entre Ríos, Santa Fe, Buenos Aires y actualmente Córdoba con la nueva ley 10.543 que se analizará en los próximos apartados.

No obstante lo dicho, respecto de la obligatoriedad de este método, algunos autores como Giannini (2014) se preguntan si será cierto que la imposición de este deber de comparecer a una audiencia, que se sanciona con multa en caso de que no se cumpla, realmente representa un mecanismo adecuado para terminar con las herencias o atavismos

culturales que impiden a las partes encontrar soluciones armónicas que ellas mismas puedan negociar.

El problema aquí reside en que quienes instauran este proceso de manera obligatoria consideran que la única manera de que las personas (sobre todos los abogados quienes suelen tener vocación por el litigio) acudan y transcurran por esta experiencia para conocerla y disfrutar de sus beneficios es si realmente se lo imponen.

No obstante lo dicho, en opinión del autor citado recientemente – cuyos argumentos se comparten plenamente – la obligatoriedad de este proceso no colabora para que las personas realmente aprovechen sus ventajas y acudan a este instituto, luego, de manera voluntaria. Al respecto, explica el mencionado autor:

Es poco probable que la ciudadanía se vaya a convencer de las ventajas de la mediación, por el hecho de ser obligada sistemáticamente a acudir a una audiencia previa antes de iniciar un juicio. No cabe descartar que ese efecto pueda ser logrado en algunos casos. Sin embargo, también debería pensarse que si a más de 17 años de la implementación del sistema, la sociedad o la abogacía no se convencieron por la fuerza de las bondades de las soluciones autocompuestas, debe ser porque la función "paternalista" de la obligación de asistir a la mediación no rindió sus frutos (Giannini, 2014, p.13).

En otras palabras, la imposición de una obligación sobre el ciudadano para que éste opte por un camino de autocomposición no es el verdadero camino para acabar con patrones culturales definidos desde hace años. La sociedad está familiarizada con el litigio y no así con los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Aun cuando los aspectos beneficiosos o bondades de la mediación son numerosos, su implementación obligatoria en aquellos lugares en los que ya se ha aplicado desde hace algunos años, parece no haber alcanzado las expectativas previstas - hasta ahora – o rendido sus frutos, tal como Giannini (2014) ha expresado.

En este sentido cabe agregar que incluso se critica la obligatoriedad de este método ya que son las partes quienes tienen el derecho y el conocimiento para elegir la manera de resolver sus conflictos, ellas mismas sabrán cuándo es idóneo o no intentar una solución consensuada y negociada.

En realidad, aunque no caben dudas de que la mediación (y todo tipo de método no adversarial) disminuye la litigiosidad y destaca la búsqueda en conjunto de soluciones provechosas para ambas partes, ahorrándoles tiempo y costos, se considera que el

convencimiento de sus beneficios no puede ser impuesto como requisito ineludible de acceso a la justicia.

Incluso, el obligar al ciudadano a que antes de demandar cumpla con la asistencia a mediación, genera muchas veces un claro obstáculo de acceso a la justicia. Ello así porque las partes no podrán iniciar su reclamo sin cumplir con esta formalidad previa, lo que en muchos casos será una pérdida de tiempo.

## **2. Recepción legal de la obligatoriedad en la ley 10.543**

En esta oportunidad se pretende analizar el requisito de la obligatoriedad, que ha sido regulado explícitamente en la última y reciente Ley de Mediación de la provincia de Córdoba, ley n° 10.543.

Se conoce, como ya se ha podido adelantar, que este aspecto implica en realidad sólo la concurrencia obligatoria a la primera audiencia, pero una vez asistido, cualquiera de las partes o el propio mediador podrán dar por terminada la mediación. Es decir, los autores insisten en aclarar que “en ningún caso existe obligatoriedad de arribar a un acuerdo” (Barmat y Rivero, 2001, p.29)

Ahora bien, puntualmente la legislatura de la provincia de Córdoba ha sancionado recientemente la ley n° 10.543 y cuando se afirma que ésta es una norma muy novedosa se pretende destacar su fecha de publicación en el Boletín Oficial: 6 de junio del reciente 2018.

Esta norma se ha resaltado – y mucho ha dado que hablar al respecto entre los mediadores de la provincia de Córdoba – por instaurar la obligatoriedad del proceso de mediación, previa a todo reclamo judicial civil, comercial y de familia (y en algunos casos, incluso para cuestiones penales).

Finalmente, respecto de los artículos que expresamente contienen el requisito de la obligatoriedad dentro de sus disposiciones, al analizar la ley bajo análisis se observa que en reiteradas oportunidades el legislador a incluido la frase “mediación prejudicial obligatoria” para remarcar su nuevo alcance.

Precisamente el título I de la ley 10.543 establece el objeto de la mediación y allí en el capítulo 1, artículo primero, se ordena instituir en todo el ámbito de la provincia de Córdoba a este método no adversarial de resolución de conflictos. Asimismo se la declara de interés público, y se dispone promover su utilización, difusión y desarrollo.

Luego, en el segundo artículo la norma determina el carácter del proceso y allí expresamente menciona la obligatoriedad de este método. Precisamente se expresa:

Carácter del proceso.

Artículo 2º.- El proceso de mediación, salvo las excepciones previstas en la presente Ley, constituye una instancia obligatoria previa al inicio de actuaciones judiciales. No obstante la instancia previa, existiendo acuerdo entre las partes o a propuesta del Juez interviniente, éste puede remitir la causa a mediación en el Centro Judicial de Mediación en cualquier momento del proceso judicial. Todo tipo de controversia entre particulares puede ser sometida voluntariamente a mediación ante mediadores habilitados, como recurso eficaz de autogestión de los conflictos

Al respecto, el decreto reglamentario de la citada norma agrega a dicho artículo que a los fines de acreditar el cumplimiento de la etapa previa, se deberá acompañar al momento de interponer la demanda, los formularios de solicitud y el acta de cierre de la mediación debidamente protocolizada.

Se destaca que además de su implementación como etapa previa, la norma continúa manteniendo vigente la posibilidad de que las partes o el propio Juez puedan remitir la causa a mediación en el Centro Judicial de Mediación en cualquier momento de todo el proceso. Se remarca su última oración que contempla la posibilidad de someter de manera voluntaria a mediación todo tipo de controversia que las partes deseen.

Por lo tanto, al realizar un análisis pormenorizado de la norma en cuestión, se observa en este artículo en primer lugar la obligatoriedad de acudir al proceso de manera previa a todo juicio, luego la posibilidad de que las partes lo soliciten de común acuerdo o que el Juez lo envíe y finalmente, la aclaración respecto de la voluntariedad de someter todo conflicto a mediación. Como se evidencia, el legislador pensó en implementar obligatoriamente el proceso como requisito previo al reclamo judicial y a la vez dejó vigente la opción de recurrir a ella por voluntad propia de las partes. Al menos en este último punto, se comparte su decisión.

Ahora bien, en cuanto a la implementación de manera obligatoria de este proceso, tal como se ha dicho se entiende que lo obligatorio es acudir a la primera audiencia y no continuar todo el proceso completo, ni mucho menos verse forzados a arribar a un acuerdo.

Al respecto, el Senador Marcelo Lustanzoff en el debate parlamentario sobre la obligatoriedad del artículo 2 de la anterior ley 8.858, que para el caso en cuestión sirve citar, ha expresado:

(...) creemos necesario acotar que la precitada obligatoriedad no implica la compulsividad de las partes para que arriben a un acuerdo sino, más bien, la incorporación de una audiencia especial donde un mediador les informará de las ventajas de esta nueva institución y les invitará a que, haciéndose cargo del problema que les convoca, sean ellas mismas quienes encuentren una solución al conflicto (Barmat y Rivero, 2001, p.30).

Es este entendimiento vuelve la doctrina a remarcar que la obligatoriedad implica simplemente asistir a la audiencia inicial para conocer las ventajas de la mediación. Respecto a esto se considera que el conocimiento de los beneficios que la mediación ofrece no debe limitarse a la realización de la primera audiencia.

De hecho, el artículo primero de la norma 10.543 y también de la anterior ley 8.858 ha especificado el carácter de interés público de esta institución y ha dispuesto su promoción y difusión. Por lo tanto, se supone que si los legisladores (a través de la propia norma) han ordenado que se divulguen los beneficios y la posibilidad de utilizar este método, pues entonces deberían implementarse programas y proyectos de difusión para tal fin. Esto es, que la sociedad conozca la mediación mediante estos programas y no obligar a que los ciudadanos recurran a una audiencia para allí descubrir de qué se trata.

### **3. Excepciones a la obligatoriedad**

Cuando se habla de excepciones a la obligatoriedad pareciera ser que en realidad se contempla a la mediación como voluntaria. En realidad, a continuación se analizarán las exclusiones previstas en la ley 10.543, las que posibilitan en algunos casos que se recurra de manera voluntaria a mediación, mientras que en otros, el no ser obligatoria significa que se la excluye totalmente como posibilidad de resolución del conflicto.

#### **3.1 Exclusiones del ámbito de la mediación previa y obligatoria**

Al respecto se enumeran en el artículo 6 de la ley 10.543, las exclusiones de lo obligatorio. Se pretende analizarlas detalladamente por considerar a éstas un elemento importante de este trabajo.

En su primer inciso “1) Procesos penales” se aclara seguido que sólo el Fiscal y el Juez pueden derivar el caso penal a mediación si existe querrela. Se agrega igualmente que

esto sucedería cuando el magistrado lo considere pertinente y a la vez el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba lo habilite.

En este apartado vale mencionar el criterio de oportunidad que la norma penal contempla. De hecho, el artículo 13 bis de la norma citada recientemente (Código Procesal Penal de Córdoba) hace mención de las reglas de disponibilidad de la acción penal y enuncia allí que la acción penal podría disponerse cuando se dieran distintos supuestos, entre ellos:

- 1) Cuando se trate de un hecho insignificante;
- 2) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional;
- 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena;
- 4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos;
- 5) Cuando exista conciliación entre las partes. Si como consecuencia de la conciliación y ante la existencia de daño las mismas hubieran arribado a un acuerdo resarcitorio, el Fiscal de Instrucción sólo podrá prescindir de la acción cuando la víctima haya percibido la totalidad de lo convenido, y
- 6) Cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una enfermedad terminal.

La imposibilidad de dar con el paradero de la víctima no obstará la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en los incisos 1), 2), 3), 4) y 6) de este artículo.

Si el Ministerio Público decide que no procede la aplicación de una regla de disponibilidad de la acción, la decisión no será susceptible de impugnación alguna.

En todos estos supuestos transcriptos el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, o a algunos de los hechos. Esto quiere decir que en estos seis casos, a criterio del magistrado y bajo respaldo de la aplicación de un criterio de oportunidad, se puede derivar la causa a mediación. Por lo tanto aquí se destaca la voluntariedad para derivar estos casos a mediación y no su exclusión total.

Así, tanto para los hechos insignificantes o de poca envergadura, como para los casos en los que la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, cuando se torna desproporcionado aplicar una pena al imputado por el daño mismo que éste ya ha sufrido por el hecho, o cuando ya exista cierta conciliación entre las partes (que pueden haber arribado a un acuerdo) y se quiere dejar por escrito, o cuando el imputado padezca una enfermedad

terminal, entre otros casos, resulta totalmente viable la aplicación de la mediación, incluso aun cuando se trata de materia penal.

Y por último, a esto se agrega lo que el propio artículo 6 de la ley 10.543 contempla: las causas penales en las que exista la constitución de actor civil pueden someterse a mediación en el aspecto civil.

Por lo tanto, no es correcto afirmar que las causas penales no deben ser sometidas a mediación. De hecho se puede observar como la propia norma contempla las excepciones – que no son pocas – y promueve con estas disposiciones la utilización de la mediación penal. En resumen, el legislador optó por enunciar que los procesos penales se encuentran excluidos (artículo 6 bajo análisis) y luego contempló aquellos casos en los que sí es posible mediar (al no ser obligatorio por supuesto, se torna voluntario)

Para finalizar, se agrega a mérito de brindar información fáctica al respecto, que en la actualidad en la provincia de Córdoba (sobre todo en el interior) aunque no son muchos, ya existen casos penales que transitan los espacios de la mediación con resultados asombrosos.

Ahora bien, respecto a las causas penales se pretende destacar que en la anterior ley 8.858 estas causas se encontraban también excluidas del ámbito de la mediación voluntaria, enunciadas en el artículo 3 de la citada ley.<sup>12</sup>

En dicha norma, se contempla que las causas penales quedarán excluidas, salvo aquellos procesos en los que existan acciones civiles, es decir, que exista constitución de actor civil y que el imputado no se encuentre privado de su libertad. En otras palabras, cuando la víctima toma participación del proceso y cuando a la vez el imputado puede participar de éste por estar en libertad, pues entonces allí sí es posible la mediación penal. Dicha exclusión ha sido mantenida en la nueva ley 10.543 y de hecho se ha especificado puntualmente cuando sí puede el Juez o el Fiscal, enviar a mediación algún asunto penal.

Ahora bien, al retomar el análisis del artículo 6 de la ley 10.543, se enuncia allí otra de las exclusiones a la mediación prejudicial obligatoria: las acciones de divorcio, nulidad matrimonial y adopción.

---

<sup>12</sup> \*Artículo 3 ley 8.858 provincia de Córdoba.- QUEDAN excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas: a. Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno;

Respecto de esta materia la doctrina afirma que:

“Las personas tienen derecho a casarse, a divorciarse, al reconocimiento de su identidad, a ejercer la patria potestad, a adoptar y ser adoptadas, pero el ejercicio de tales derechos sólo adquiere status jurídico y adecuación legal cuando el Estado así lo declara mediante una resolución judicial” (Barmat y Rivero, 2001, p.40).

Como consecuencia esto significa que toda modificación a dichos aspectos no puede ser realizada entre dos o más personas, sino que es el Estado quien detenta dicha potestad para hacerlo. Por lo tanto, estas cuestiones quedan excluidas de la mediación.

Sin embargo, en este aspecto se agrega “(...) con excepción de las cuestiones mencionadas en el artículo 56 inciso 1) de la Ley N° 10305, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 54 de la referida ley especial”. La mencionada ley corresponde al Código de Procedimiento del fuero de Familia de la Provincia de Córdoba, la que tiene vigencia en la ciudad de Córdoba y no así en el interior de la provincia.

Es decir, las cuestiones contempladas en el artículo 56 inciso 1 del Código de Procedimiento de Familia que a continuación se transcriben, sí pueden ser sometidas a mediación.<sup>13</sup> De hecho, estos casos son los que más llegan al proceso de mediación y cantidades de acuerdos se logran cuando las partes se sientan a conversar estas cuestiones de familia, que tanta atención necesitan y que indudablemente la justicia a través del proceso judicial en sí, no puede otorgarles.

Así, cuando el artículo 6 de la ley 10.543 explica en su segundo caso que se excluyen las cuestiones de divorcio, nulidad matrimonial y adopción, se destaca que sí pueden mediar los casos de responsabilidad parental, reclamos de filiación, compensación económica y cuestiones derivadas de las uniones convivenciales. Esto es así debido a que dichos supuestos son materia disponibles por las partes, o incluso temas económicos que pueden ser negociados y tratados en una mesa de mediación.

Asimismo, el citado artículo sexto afirma también que lo enunciado en el artículo 56 inciso 1 del Código de Procedimiento de Familia se rige por lo dispuesto en el artículo 54 de la referida ley especial, sobre la etapa prejurisdiccional. Respecto de ella, dicha norma indica que esta etapa es de carácter obligatoria para todos los supuestos enumerados en el artículo

---

<sup>13</sup> Artículo 56 Código de Procedimiento de Familia.- Son funciones del Asesor de Familia: 1) Intervenir a petición de las personas mencionadas en el artículo 55 de esta Ley<sup>13</sup> en una etapa prejurisdiccional en las siguientes cuestiones a que se refiere el artículo 16 de este Código: a) Responsabilidad parental; b) Cuestiones derivadas de las uniones convivenciales; c) Reclamación de filiación, y d) Compensación económica.

56, inciso 1 del Código mencionado. Se agrega allí que a elección de la persona esta instancia podrá cumplirse ante el Asesor de Familia o el Centro Judicial de Mediación.

En realidad, esta disposición es obligatoria para los lugares en los que se aplica esta ley 10.305, como lo es en la ciudad de Córdoba. El justiciable podrá optar entre acudir a mediación o resolver el problema en audiencias con el Asesor, (aunque esta última opción no se considere la más idónea).

De hecho, aquí se pretende destacar que se considera realmente necesaria esta intervención de los mediadores de los Centros Judiciales de Mediación para resolver cuestiones de familia que, como se dijo, requieren de especial dedicación y atención atento a la materia en cuestión. La etapa prejudicial obligatoria ha permitido que cantidad de futuros litigantes no inicien causas por lograr antes un acuerdo que los satisface plenamente, a ambas partes.

Ahora bien, en la reglamentación reciente que se ha hecho a la ley 10.543 se ha agregado en este inciso: “Artículo 6º: 2) En aquellas circunscripciones judiciales en las que aún no se aplique la Ley 10.305, las cuestiones enumeradas en el artículo 56 inciso 1) de la Ley 10.305 quedan incluidas en la mediación prejudicial obligatoria”. Se destaca entonces que en el interior de la provincia de Córdoba en donde no rige el Código de Procedimiento del fuero de Familia, los casos citados anteriormente (responsabilidad parental, cuestiones de compensación económica, reclamación de filiación, etc.) deben resolverse a través de la mediación prejudicial obligatoria (tal como lo establece la propia norma 10.543).

A esto cabe sumarle - para complicar aún más el panorama y en clara demostración de la poca uniformidad que existe al respecto - que en aquellos casos en los que la última norma citada aún no se encuentra vigente por su falta de reglamentación (como lo es en el interior de la provincia de Córdoba) estos temas de familia quedan regulados en el artículo 3 de las exclusiones de la ley 8.858 pero como excepción a dicha exclusión (lo que lo torna voluntario): “b. Acciones de divorcio vincular o personal, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de: las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas (...)”.

Al respecto, se vuelve a resaltar aquí que en el interior de la provincia de Córdoba los temas relacionados con responsabilidad parental, cuidado personal y cuota alimentaria son asuntos alto frecuentes en los Centros Judiciales de Mediación y sus resultados tanto en cifras de acuerdos logrados como en calidad de mejora de las relaciones, son destacables.

Luego, en el tercer supuesto contemplado en el artículo sexto de la ley 10.543 se excluyen de la mediación a los procesos de declaración de incapacidad o de capacidad restringida, y del cese. Al respecto, nada se ha reglamentado sobre este supuesto.

Sin embargo, los comentarios de la ley 8.858 que en su artículo 3 enunciaba como materia no mediable a “los procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación” rigen también para este caso bajo análisis. Al respecto, Barmat y Rivero (2001) han enunciado: “El procedimiento de mediación tiene por objeto la resolución de conflictos entre personas con plena capacidad para acordar.” (p. 40).

En realidad se entiende que en estos casos, tanto las declaraciones de incapacidad o de capacidad restringidas como sus ceses, no presumen un conflicto interpersonal sino que necesitan de una decisión judicial que declare el estado de capacidad estas personas. Se afirma que justamente en resguardo de los derechos de las personas con incapacidad o capacidad restringida es el Estado, a través del Poder Judicial, la autoridad competente para tomar semejante decisión por supuesto con los recaudos suficientes para el dictado de una resolución debidamente fundada. Es decir, estos temas son materia indisponibles para los sujetos interesados en dicha declaración (Barmat y Rivero, 2001).

Sumado a lo dicho, quedan excluidas de la mediación las medidas preparatorias y prueba anticipada. Ello así justamente porque “son medidas que tienden a garantizar una adecuada traba de la *litis* en tanto el conflicto está en potencia” (Barmat y Rivero, 2001, p.42).

Afirman los mencionados autores que estas medidas, previstas en los artículos 485 y 486 del Código Procesal Civil y Comercial tienen una especial relevancia para un eventual pronunciamiento judicial. Como consecuencia, las partes involucradas en el conflicto no pueden ver afectadas sus posibilidades en caso de tener que someter la controversia a resolución judicial. Al respecto se expresa “solo la coerción del Estado garantiza la efectividad de las medidas preparatorias o de la prueba anticipada que vaya a utilizarse en un proceso judicial” (Barmat y Rivero, 2001, p.42).

Sumado a lo dicho, respecto de los juicios de usucapión en la etapa preparatoria nada debe agregarse ya que en realidad, tal como en todos los supuestos aquí bajo análisis, es materia indisponible por las partes.

Por otra parte, en lo vinculado con las medidas cautelares y autosatisfactivas, los autores mencionados afirman que estas medidas se adoptan normalmente sin escuchar a la parte contraria, para que no se frustre la traba de la medida cautelar. En realidad su finalidad es garantizar el resultado de los juicios, por lo que:

Una instancia de mediación previa en estos casos podría desnivelar el poder de las partes, en perjuicio de la peticionante de esta medida. La efectividad, en este tipo de medidas, se asegura cuando la misma resulta previamente desconocida por la parte contra quien está dirigida (Barmat y Rivero, 2001, p.43).

Así, el artículo 6 de la ley 10.543 continúa con la mención de los asuntos excluidos de mediación y entre ellos enuncia a los juicios sucesorios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos. En este sentido, se entiende que las declaratorias de herederos siempre deben gozar del contralor estatal dado que la situación de heredero debe ser declarada mediante un acto jurisdiccional, todo ello en miras a proteger la legítima de cada uno y por ser ésta una norma de orden público (Barmat y Rivero, 2001).

Sin embargo, una vez ya obtenida la declaración de heredero y abierto el sucesorio, sí se puede acudir a mediación todos los asuntos que surjan de la división de los bienes, por tratarse aquí cuestiones patrimoniales.

Asimismo, en relación con los actos de jurisdicción voluntaria<sup>14</sup>, la justificación a la exclusión de la mediación surge evidente. Si en este tipo de actos no existen conflictos entre las partes ni situaciones patrimoniales que resolver, el proceso de mediación se torna innecesario. De hecho, se considera acto de jurisdicción voluntaria por ejemplo a la curatela, venta de bienes de incapaces, guarda de personas, protocolización de testamento y renovación de títulos, informaciones para perpetua memoria, depósito de mercadería, etc, y todos estos actos requieren de la debida intervención judicial para que su pronunciamiento genere efecto “*erga omnes*” (Barmat y Rivero, 2001).

Por último, para lo referido a los concursos y quiebras los autores mencionados afirman que si bien en realidad la ley dispone claramente la exclusión de los concursos y quiebras al ámbito de la mediación, dicha decisión se considera referida al proceso judicial que se torna necesario, pero no así a los denominados acuerdos extra concursales. Al respecto la ley 24.522 de Concursos y Quiebras legisla lo vinculado a los acuerdos extrajudiciales y dispone la posibilidad de homologarlos; por lo tanto, éstos constituyen un campo en donde pueden perfectamente aplicarse las técnicas de la mediación conducentes a obtener el mejor acuerdo entre los acreedores.

Finalmente, la ley 10.543 enuncia otros supuestos de exclusión al proceso de mediación que no se hallan contemplados en la anterior ley 8.858; ellos son los enumerados desde el punto 11 al 17 del artículo 6 de la ley 10.543.

---

<sup>14</sup> Contemplados en el “libro cuarto actos de jurisdicción voluntaria” del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, desde el artículo 828.

Estos últimos supuestos han sido agregados a la norma para que quede claro que aspectos de violencia de género no pueden mediarse de ninguna manera porque son situaciones de alta gravedad que requieren pronunciamiento judicial, en protección de la víctima.

Asimismo las causas laborales ya gozan de estipulación específica que las deriva hacia la conciliación, también como vía de resolución de conflictos pacífica y no adversarial.

Las causas vinculadas con el derecho del consumidor quedarán excluidas de la mediación si ya se acreditó haber atravesado la etapa administrativa pertinente, en donde ya se contempla de hecho una instancia de conciliación.

Por su parte, en las causas en las que resulte demandado el Estado Provincial, un municipio o comuna también se excluye la mediación, a diferencia de la anterior ley 8858 y en concordancia con la ley de mediación nacional (ley 24.573) y la vigente en provincias de Chaco o Santa Fe y nada se explica al respecto.

A su vez, se excluyen también las causas que se tramiten ante la Justicia de Paz Vecinal para el caso que se hubiere elegido dicha opción, porque se presume que las partes ya han elegido dicho camino de resolución de conflictos y el Juez de Paz goza de facultades como mediador, tal como lo prescribe el artículo 56 de la ley 8.858.<sup>15</sup>

Sumado a lo dicho, en los casos de procesos de estructura monitoria se excluye la mediación porque justamente allí se requiere un simple pronunciamiento judicial rápido -ya que no existe contradicción - que conceda cuanto antes al demandante un título ejecutivo en los supuestos en los que el demandado no se opone formalmente a la demanda. Debido a su carácter urgente y por requerir estos procesos de un dictamen judicial resulta evidente que la mediación no serviría para dichos casos.

Finalmente, al conocer de qué se tratan las acciones colectivas o de clase, se puede deducir que se han excluido de este proceso porque no se garantizaría el principio de comunicación directa entre las partes que se requiere en estos procesos, es decir la presencia real de los protagonistas del conflicto. Estas acciones se entablan mediante un representante que suple los pedidos de un gran número de personas y se considera que éste como tal, no podría desplegar en una mesa de mediación los verdaderos intereses y necesidades de tantas personas que le permitan acordar una solución que los satisfaga realmente a todos.

---

<sup>15</sup> JUECES DE PAZ Artículo 56 ley 8.858.- LOS jueces de paz legos actuarán como mediadores en sus respectivas jurisdicciones, en la medida en que las partes lo soliciten, en las causas comprendidas en el Artículo 2º Inciso a) de la presente Ley pudiendo las mismas concurrir con patrocinio letrado. A tales fines los jueces de paz deberán estar habilitados de conformidad a lo establecido en el Artículo 33 Inciso b) de la presente Ley. En los casos en los que actúe como mediador un Juez de Paz, el acuerdo al que se arribe podrá ser ejecutado en sede Judicial sin necesidad de homologación.

Ahora bien, la anterior norma 8.858 sí ha incluido como último supuesto, al igual que este artículo 6 de la norma 10.543 a todos aquellos casos en los que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares. Es éste un caso que vendría a incluir a todas aquellas situaciones que se le puedan haber escapado al legislador al momento de enunciar las exclusiones taxativas. Es decir, quedarán comprendidas en este artículo 6 como exclusión de materia mediable toda situación que sea de orden público o que no sea disponible por los particulares.

Por último solo resta mencionar que este artículo que contempla las exclusiones a la mediación previa y obligatoria y que ha sido extensamente analizado resulta un poco ambiguo en cuanto a no entenderse si el hecho de nombrar estos supuestos como exclusiones a la mediación previa y obligatoria torna viable entonces sí la mediación como herramienta a aplicar luego de haber iniciado el proceso (es decir no previa) o torna viable la mediación voluntaria (esto es, no obligatoria), o en realidad quiere implicar que estas situaciones serían excluidas en general de todo tipo de mediación.

En realidad se considera que la respuesta reside en cada supuesto en particular, ya que el lector puede interpretar que para algunos casos será viable la mediación (por ejemplo para los efectos patrimoniales de ciertas acciones, para las causas penales que el Juez o Fiscal estimen pertinente, etc.) mientras que para otros (como la declaración de un divorcio, o de una incapacidad, o la declaratoria de herederos) no lo es en ningún momento y de ninguna manera.

### **3.2 Mediación prejudicial optativa**

Debe destacarse aquí que en la anterior norma (ley 8.858), la voluntariedad era la regla y la obligatoriedad se hallaba plasmada a través de su artículo segundo que contemplaba como excepciones aquellos casos en los que la mediación se tornaba obligatoria. A la inversa, la ley 10.543 estipula la mediación prejudicial obligatoria y enuncia la posibilidad de la mediación prejudicial optativa en el artículo 7 que se transcribe a continuación.

Mediación prejudicial optativa. Artículo 7º.- La mediación prejudicial es de carácter voluntario para el requirente en los juicios ejecutivos particulares y especiales, preparación de vía ejecutiva, ejecutivos fiscales, desalojos, acciones societarias, tercerías de dominio y de mejor derecho, el juicio de usucapión una vez concluidas las medidas preparatorias de la demanda y antes de interponerla, habeas data y cuando el Estado Provincial o Municipal pretenda iniciar un juicio de

los no exceptuados en el artículo 6° de la presente Ley. Si el requirente opta por someter la cuestión a mediación prejudicial, ésta se torna obligatoria para ambas partes.

A este artículo se lo ha reglamentado y se ha determinado que la opción del requirente de acudir a este proceso quedará efectuada con la presentación del formulario de solicitud de mediación por ante el Centro de Mediación que vaya a intervenir, sin necesidad de manifestación expresa en tal sentido. Asimismo se aclara que para los casos de mediación sobre tercería de dominio o de mejor derecho se debe citar a las partes intervinientes en el juicio principal y que la mediación no suspende el proceso principal, salvo que el juez interviniente disponga lo contrario.

De esta manera, puntualmente todos los casos mencionados en este artículo 7 ameritan mediación cuando las partes lo deseen; esto implica que no es un requisito que ellas deban cumplir y por lo tanto pueden optar por iniciar directamente el proceso judicial sin acudir previamente a este método autocompositivo.

#### **4. Argumentos vinculados con la implementación obligatoria de la mediación prejudicial**

Respecto de esta característica analizada en este capítulo – la obligatoriedad – se han plasmado distintos argumentos que sostienen su implementación compulsiva y demuestran la firme defensa de este presupuesto, en contra posición a la de aquellos que consideran que instaurar la mediación obligatoria atentaría contra el principio de la voluntariedad tan esencial en el proceso de mediación. Posición esta última que se ha planteado como hipótesis en esta investigación y que se comparte plenamente.

Por un lado, los doctrinarios que defienden la implementación de la mediación prejudicial obligatoria (entre ellos Testa, Gajate, Mizhari, etc., algunos de los que aquí serán citados) se mantienen firmes en su postura respecto a que lo obligatorio es simplemente asistir a la primera audiencia, como ya se ha mencionado en reiteradas oportunidades. En este sentido, Mizhari (2012) ha expresado que ya en el artículo primero de la ley 26.589 (Ley nacional de mediación y conciliación) se establece con "con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial" y por ende se convierte este aspecto en un requisito de admisibilidad de la demanda.

En mérito de lo expuesto es posible afirmar entonces que esta norma sirve para justificar la misma postura que la adoptada por los legisladores de la provincia de Córdoba al momento de consagrar la obligatoriedad en la ley n° 10.543.

Sin embargo, el autor citado (Mizhari, 2012) menciona que en realidad la nueva ley aun proclama como principio la "libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación" (art. 7°, inc. b).

Como consecuencia de esta dicotomía entre lo obligatorio y lo voluntario es que se torna viable afirmar que “una correcta hermenéutica del ordenamiento en comentario permite encontrar la debida coherencia a los preceptos mencionados” (Mizhari, 2012, p.1). Y allí se especifica que en realidad lo obligatorio es concurrir al espacio propuesto sin que se elimine la libertad y voluntariedad de las partes para decidir si intervienen o no en la mediación.

Para decirlo en palabras más claras y directas: ambas partes deben concurrir al acto, pero ya ubicadas en él puede uno u otro manifestar al mediador su firme decisión de no participar en mediación alguna, sin aceptar las razones que a la sazón se le expongan en el intento de mudar la voluntad del compareciente que se resiste (Mizhari, 2012, p.1 y 2).

Ahora bien, en realidad en este trabajo de investigación no se discute aquello que todos los doctrinarios que respaldan la obligatoriedad afirman: “que lo obligatorio sea simplemente asistir a la primera audiencia”; es decir esto no se discute ni se niega. Por el contrario, lo que se pretende destacar aquí - como criterio que se sostiene en esta investigación - es que ni aún en dicha oportunidad (de la primera audiencia) la mediación debe ser obligatoria.

Al respecto, y como ya se ha manifestado en reiteradas oportunidades, implementar la asistencia a mediación como requisito formal previo a todo reclamo judicial es una manera de limitar el acceso directo a la justicia. Ello sucedería, por ejemplo, en todos aquellos casos en los que las partes, por conocer sus propios problemas, pueden dilucidar que la vía judicial es la adecuada en la situación concreta.

De hecho, cuando se acude a un letrado para el asesoramiento jurídico previo a iniciar una demanda, el profesional sabrá seleccionar la mejor manera de resolver el problema. Por lo tanto, éste sabrá aconsejar cuándo es idóneo intentar la mediación y cuando no; o al menos se espera que así sea.

Como consecuencia de todo lo expresado, se cree firmemente que el tornar este método en un requisito obligado antes de iniciar un reclamo judicial acaba atentando contra el principio de voluntariedad, que constituye la propia esencia de este instituto.

No obstante ello, se estima pertinente analizar los argumentos de mayor valor a la hora de estudiar la obligatoriedad de este instituto.

#### **4.1 Para descongestionar los tribunales**

Este argumento es uno de los más nombrados entre quienes proclaman la necesidad de instaurar la mediación como prejudicial y obligatoria: el descongestionamiento de los tribunales. Al respecto, se puede observar que autores especialistas en mediación, entre ellos Gachi, Tapia, Highton, Suares, Di Pietro, etc., han enunciado en sus obras como una de las principales ventajas de la mediación a la posibilidad de ahorrar tiempos y costos; y como consecuencia, liberar el trabajo de los tribunales.

De hecho, en la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores, en autos caratulados "Partucci Beatriz c. Fuertes Pérez Inocencio s/ Daños y Perjuicios" <sup>16</sup> del año 2012 se ha expresado que

La Mediación es una posibilidad y una oportunidad no una carga burocrática por la cual las partes deben pasar desaprehensivamente con eventuales consecuencias disvaliosas. Se ofrece a los contendientes a fin de resolver por sí mismos conflictos que poseen y evitar juicios que irroguen mayores costos y dispendios de tiempo en los que el interés real de la parte no logra obtener satisfacción ni aún con sentencia favorable (Gajate, 2014, p.1).

De esta manera se observa como la propia jurisprudencia promueve la implementación de la mediación para evitar juicios eternos y costos, que de hecho solo contribuyen a congestionar el sistema judicial con causas que pueden ser perfectamente resueltas por sus propias partes en busca de beneficios que las satisfagan a ambas.

#### **4.2 Para arribar a soluciones más prontas y eficaces**

Sumado a lo ya expresado, resulta posible enunciar que dentro de los argumentos de quienes defienden la obligatoriedad de la mediación se halla el hecho de que a través de ella se logran soluciones más prontas y eficaces.

---

<sup>16</sup>Cám. Apel. Civ y Com. Depto Dolores. Pcia. De Buenos Aires. "Partucci Beatriz c. Fuertes Pérez Inocencio s/ Daños y Perjuicios" (2012). SAIJ. AR/DOC/3915/2014

En este sentido, cuando se habla de eficacia, se entiende que las soluciones encontradas en mediación son eficaces porque son los mismos protagonistas quienes las sugieren y quienes se comprometen a cumplirlas.

Al respecto, la autora Testa (2014) en su obra titulada *“la presencia de las partes en las audiencias de mediación ¿capricho o necesidad del proceso?”* afirma que dentro de las“(…) tantas críticas que se han dado desde la implementación de la Mediación en nuestro País, y que todavía subsiste, es declarar que, si la mediación es "voluntaria", es un contrasentido establecer la obligatoriedad de su asistencia personal a las partes”. Y en este sentido explica que en realidad la obligatoriedad gira en torno a la comparecencia personal de las partes intervinientes, tal como lo establece la ley 13.951 de Mediación Previa Obligatoria la Provincia de Buenos Aires en su artículo 15 y tal como lo hacen las distintas leyes sobre mediación que se han dictado en Argentina, que sostienen el mismo principio: la comparecencia personal de las partes.

En este entendimiento, la mediación es un proceso que beneficia a las partes, que se realiza para que ellas mismas encuentren una solución a sus conflictos y como tal, requiere de la participación directa de ellas para poder garantizar el principio de comunicación entre las partes. De este modo, como consecuencia de esta presencia de las partes en la mediación y de su colaboración y su voluntad de involucrarse en buscar soluciones favorables a ambas, es que se puede afirmar que los acuerdos resultan eficaces y perduran en el tiempo.

Por lo tanto, para los defensores de la obligatoriedad, este aspecto considerado como la necesidad de que las partes se presenten a una primera audiencia encuentra como uno de sus argumentos el consecuente logro de soluciones eficaces y prontas.

Ahora bien, cabe destacarse en este punto de los argumentos que sostienen la mediación prejudicial obligatoria que en realidad todo aquel que defiende la mediación y crea firmemente en sus logros, podrá enunciar cantidad de ventajas de acudir a este proceso. Y justamente es allí cuando se confunden estas ventajas del método con los beneficios de su implementación obligatoria. Se considera en este trabajo de investigación que en realidad la mediación es un proceso que goza de innumerables ventajas; no obstante ello, su obligatoriedad no garantiza mejores resultados ni demuestra mayor cantidad de acuerdos.

## **Conclusiones parciales**

En este capítulo se han analizado los aspectos vinculados con la obligatoriedad de la mediación previa a todo reclamo judicial. Se ha hecho especial hincapié en lo que los autores reiteran en cada una de sus obras: lo obligatorio es concurrir a la primera audiencia y no así, continuar en la mediación o llegar a un acuerdo.

Sin embargo, estos argumentos que respaldan la obligatoriedad de la primera audiencia no se comparten.

En realidad, las ventajas de la mediación son notorias: entre ellas, el ahorro de tiempo y costos, el descongestionamiento del poder judicial, la posibilidad de lograr acuerdos pronto y eficaces, etcétera; y todas ellas no se discuten.

No obstante ello, estas características positivas de la mediación no dejan de estar presentes cuando el proceso es voluntario. Es decir, aquí se entiende que de ninguna manera las partes pueden sentirse obligadas a someter su conflicto a mediación para luego poder entablar la demanda. Esto no solo en algunos casos pareciera ser una limitación al acceso a la justicia (cuando por ejemplo ya se sabe que nada se logrará a través del diálogo, o cuando no se confía en el proceso en sí), sino que violenta el principio esencial de la mediación: su voluntariedad.

Asimismo, tal como se ha afirmado, las partes (con el asesoramiento de sus letrados) son quienes realmente conocen y pueden decidir la manera adecuada para la solución de su problema en el caso concreto. El sentirse impulsado hacia la mediación – como requisito formal a cumplir – en casos en que no se justifica su utilización indudablemente será otro impedimento de acceso a la justicia.

Si justamente la mediación como método alternativo tiene como propósito solucionar los conflictos (lo que la justifica), entonces deberá tenerse en consideración en todo momento la participación libre y voluntaria de las partes para que realmente se garantice la satisfacción de sus necesidades.

## Conclusión final

En este trabajo de investigación se ha analizado el instituto de la mediación y sobre todo su aplicación en la provincia de Córdoba a través de la ley provincial 8.858 y la recientemente sancionada ley 10.543. Puntualmente, tal como se pudo observar, el interés particular de este trabajo giró en torno a describir el principio de la voluntariedad, como elemento central en este proceso no adversarial de resolución de conflictos, para poder analizar su posible menoscabo al momento de consagrar la mediación prejudicial obligatoria.

Se planteó al comienzo del trabajo el siguiente interrogante: Según lo establecido en la Ley provincial de Mediación recientemente aprobada (ley n°10.543) ¿la obligatoriedad regulada en su artículo 2 resulta violatoria de uno de los principios fundamentales de la mediación como lo es la voluntariedad?

Asimismo se fijaron objetivos y entre ellos, el principal fue analizar si la obligatoriedad consagrada en la Ley provincial de Mediación recientemente aprobada (ley n°10.543) atenta contra el principio de la mediación que es su voluntariedad.

En este sentido y en esta oportunidad es posible afirmar que este propósito ha sido cumplido. De hecho, durante los tres capítulos se ha tenido en miras el poder comprobar que en realidad, la obligatoriedad incluso con todos los argumentos que la sostienen resulta contraria al principio de voluntariedad que el instituto de la mediación tiene como esencia.

En cuanto a la estructura de esta investigación, en el primer capítulo se han brindado las primeras aproximaciones sobre este instituto: se ha brindado su concepto y se han analizados sus principales ventajas (celeridad, ahorro de costos, confidencialidad, inexistencia de ganadores y perdedores, entre otras).

Asimismo en dicha oportunidad se describieron los principios que la norma 8.858 contempla en su artículo 4 y la nueva ley 10.543 en su artículo 3. En este trabajo se destacó ante todo a la voluntariedad como aspecto considerado por diversa doctrina como otro de los principios esenciales de la mediación. Al respecto, se aclara que en la ley 8.858 no se hallaba enumerado como uno de los principios del artículo 4 pero su importancia era tal que este aspecto fue contemplado en el artículo 1 al establecerse el ámbito de aplicación de la mediación. Mientras que en la nueva ley 10.543, al consagrar la mediación prejudicial obligatoria, por supuesto no se contempla esta característica en sus disposiciones vinculadas con los principios.

Con posterioridad, en este primer capítulo y con el objetivo de brindar un panorama general de este instituto, se desarrolló el aspecto vinculado con la implementación de la mediación a nivel nacional., lo que implicó describir la Ley nacional de Mediación y Conciliación (n° 26.589).

Ya en el segundo capítulo se hizo hincapié en el principio de la voluntariedad puntualmente consagrado en la ley 8.858. Se definió allí su concepto y se destacó su inclusión en el artículo primero de la citada norma.

Sumado a lo dicho, se estudiaron las excepciones a esta voluntariedad, lo que implica que en algunos casos la mediación será obligatoria, por ejemplo cuando algunas de las partes goza del beneficio de litigar sin gastos, o cuando sea un proceso que tramite por ante el Juez Civil y Comercial en asuntos declarativos ordinarios y abreviados, generales; o también cuando el Juez por la naturaleza del asunto, los intereses en juego o su complejidad, decida enviar la causa a mediación.

En suma, se analizaron en este segundo capítulo las opiniones doctrinarias que sostienen la voluntariedad de este método. Así, se especificó que cuando se habla de voluntariedad deben contemplarse los siguientes supuestos:

1. El acudir a mediación es una decisión voluntaria, la parte no debe sentirse obligada a optar por este método.
2. El continuar el proceso es una elección de la propia persona protagonista del conflicto, es decir, la parte continúa hasta que realmente lo desea.
3. La decisión de llegar a un acuerdo o no, mucho más aún debe ser libre y voluntaria.
4. Incluso la voluntariedad también aplica para el mediador quien tiene facultades para acabar con el proceso cuando lo estime pertinente. Esto quiere decir la mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos gira en torno a este principio que tanto las partes como mediador deben hacer respetar.

Finalmente, en el capítulo tercero se ha desarrollado la mediación previa y obligatoria consagrada en la nueva ley provincia de mediación, ley 10.543.

Se comenzó allí por definir algunos aspectos de la obligatoriedad y narrar brevemente sus antecedentes, los que han surgido en otras provincias y a nivel nacional sobre todo. Luego se continuó con el análisis específico de aquellos artículos que contemplan la obligatoriedad, entre los que se destacó ante todo el artículo 2 de la ley en cuestión, en donde expresamente se determina el carácter del proceso.

A continuación se estudiaron las excepciones de la mediación previa y obligatoria, determinadas en el artículo 6 de la ley 10.543 y se especificó allí la poca claridad de dicha disposición que no brinda certeza respecto a si en realidad al ser excepciones de la “mediación

previa y obligatoria” implicaría que entonces serían supuestos de remisión voluntaria; o si por el contrario dichos casos directamente no podrían ser sometidos a mediación. En este entendimiento se afirma que por su parte, la ley 8.858 especificaba en el artículo 3 “quedan excluidas del ámbito de la mediación (...) y enunciaba los supuestos. Por lo tanto – salvo algunas cuestiones allí determinadas – se entendía que eran totalmente excluidas de la mediación los incisos allí previstos. En cambio la ley 10.543 al determinar “quedan excluidas del ámbito de la mediación previa y obligatoria las siguientes causas (...)”, surge allí la duda planteada anteriormente.

Sumado a lo dicho, en este último capítulo se brindaron algunos argumentos vinculados con la implementación obligatoria de la mediación prejudicial, entre los que se mencionaron el descongestionamiento de los tribunales y el encuentro de soluciones más prontas y eficaces.

Ahora bien, ya en la conclusión de esta investigación resulta necesario volver a aclarar que esta nueva norma (ley 10.543) que aquí ha sido analizada detenidamente tiene aplicación desde el 01 de noviembre del corriente año (2018) en la ciudad de Córdoba y en Río Cuarto (asientos de la primera circunscripción judicial) y no así aún en el interior de Córdoba. Por ende, en todos aquellos Centros Judiciales del Interior se continuará bajo la vigencia de la ley 8.858 por lo que no es posible hacer referencia a su derogación. De hecho la propia norma 10.543 contempla en su artículo 81 que una vez que se disponga por vía reglamentaria la entrada en vigencia de esta ley, recién allí quedará derogada la ley 8.858 para la circunscripción o sede judicial de que se trate. Como consecuencia, la ley 8.858 aún continúa vigente en todas las circunscripciones judiciales de la provincia de Córdoba, excepto la primera.

De esta manera, una vez estudiadas y desarrolladas las diversas opiniones doctrinarias de quienes se dedican a la mediación y manifestada la opinión que se sostiene en este trabajo, es posible corroborar la hipótesis planteada: “al establecerse la mediación previa y obligatoria para toda contienda entre partes se atenta contra uno de los principios fundamentales de la mediación que ha sido defendido desde sus inicios: la voluntariedad (...)”.

En este sentido aunque la nueva norma así lo prescriba y aunque los doctrinarios estudiados se han dispuesto a especificar que lo obligatorio es solamente el acudir a la primera reunión, incluso aun conociendo esto, en este trabajo se pretende dejar sentada la opinión respecto a que no se acepta la obligatoriedad en este tipo de proceso. Ello así ya que justamente la mediación se destaca por ser esencialmente voluntaria desde sus inicios y en pos de preservar la buena voluntad de las partes quienes acuden libremente y con confianza en el

proceso (lo eligen porque lo conocen y confían) para encontrar una solución a sus problemas. Es ésta la postura que se ha defendido a lo largo de toda la investigación, que ha originado la hipótesis planteada y que actualmente se puede corroborar.

Ahora bien, se destaca la gran utilidad y el gran aporte que la mediación significa para la sociedad actual. Que las personas opten por ser protagonistas de la solución de sus problemas por una vía pacífica y mediante una opción que requiere colaboración y compromiso, en estos tiempos resulta fundamental.

Año tras año la litigiosidad de la sociedad aumenta y se torna imperioso contribuir – desde el lugar de cada uno – con el mejoramiento del sistema en beneficio de las relaciones personales de cada uno de nosotros. Tal vez hablar de alcanzar la paz sea demasiado ambicioso pero no así, intentar contribuir para estar cada día un poco mejor, para que los vínculos se preserven y para que la comunicación y el respeto se prioricen ante todo.

Por lo tanto, comenzar por elegir un método para la solución de conflictos que no requiere de confrontación y que ante todo prioriza la satisfacción de los intereses de ambas partes y no busca un ganador y un perdedor, será sin dudas un buen primer paso.

## Listado de bibliografía

### 1. Doctrina

- Barmat, N. D. y Rivero, S. (2001). *Ley provincial de Mediación N°8858 y su reglamentación. Concordada, Anotada y Comentada*. Córdoba: Marcos Lener Editora.
- Baruch Bush, R.A. y Folger, J. P. (2008). *La promesa de mediación*. Buenos Aires: Granica.
- Curuchelar, G. (2012) “Mediación voluntaria. Lo voluntario es mediar”. L.L. AR/DOC/6016/2012
- Di Pietro, M. C., (2011) *La superación del conflicto. Guía práctica para su administración eficaz en torno a la utilización de distintos métodos*. Buenos Aires: Alveroni.
- Dioguardi, J. (2012). “La instancia previa obligatoria en la provincia de Buenos Aires. Ley 13.951”. L.L. AR/DOC/3056/2012
- Folger, J. y Taylor, A. (1997) *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* (segunda reimpresión). México: Editorial Limusa.
- Gajate, R. M. (2014). “Análisis de los primeros fallos sobre mediación en la provincia de Buenos Aires”. L.L AR/DOC/3915/2014
- García Draponte. G. (09/05/18). Es ley la mediación obligatoria en el fuero civil y comercial. *Diario La nueva Mañana*. Recuperado el 11/06/18 de <http://lmdiario.com.ar/noticia/66619/es-ley-la-mediacion-obligatoria-en-el-fuero-civil-y-comercial>
- Giannini, L.J (2014). “Experiencia Argentina en la mediación obligatoria”. L.L. AR/DOC/4000/2013
- Highton, E. I. y Álvarez, G. S. (2008) *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Loutayf Ranea, R. G. (2004) Proceso monitorio. *Acaderc*. Recuperado el 01/12/18 de [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/proceso-monitorio/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/proceso-monitorio/at_download/file)
- Luzi, Nora. (2011). Estudio de la mediación prejudicial obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Fundación Libra*. Recuperado el 27/11/18 de [http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio\\_MPO\\_interior\\_Final.pdf](http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio_MPO_interior_Final.pdf)

- Maglianesi, M. A. y Coppa C. R. (2015). “¿Mediar siempre? Posibilidades, modalidades y opciones de intervención de los mediadores en las disputas”. L.L. AR/DOC/3568/2014
- Mizhari, M. L. (2012). “Mediación familiar obligatoria previa al proceso judicial”. L.L. AR/DOC/714/2012
- Palandri, E. (2015). *Manual de formación básica en mediación*. Córdoba: Alveroni.
- Ríos, J. P. (2016). “Mediación y violencia familiar”. L.L. AP/DOC/530/2016
- Suares, M. (2016). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. (1° ed. 9° reimpres.) Buenos Aires: Paidós.
- Testa, G. M. (2014). La presencia de las partes en las audiencias de mediación ¿capricho o necesidad del proceso? L.L. AR/DOC/1156/2014
- Yuni, J. y Urbano, C. (2014) *Técnicas para investigar 2*. Volumen 2. Buenos Aires: Brujas
- Watzlawick, P., Beavin Bavelas, J. y Jackson, D. (1991). *Teoría de la comunicación humana*. Barcelona: Herder.

## **2. Legislación**

- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba
- Ley nacional de Mediación y Conciliación, ley n° 26.589
- Ley de Mediación de la provincia de Córdoba 8.858
- Ley de Mediación de la provincia de Córdoba 10.543
- Ley de Mediación de la provincia de Buenos Aires 13.951
- Ley de Mediación de la provincia de Santa Fe 13.151
- Ley de Mediación de la provincia de Chaco 6.051

## **3. Jurisprudencia**

- Cám. Apel. Civ y Com. Depto Dolores. Pcia. De Buenos Aires. "Partucci Beatriz c. Fuertes Pérez Inocencio s/ Daños y Perjuicios" (2012). SAJJ. AR/DOC/3915/2014