

DOCTRINA JUDICIAL PROCESAL

DIRECTOR
OSVALDO A. GOZAINI

AÑO V • NUMERO 03 • ABRIL 2013

• CONTINGENCIAS PROFESIONALES

- Las **sentencias autosatisfactivas** a la luz del garantismo procesal
Por **Jeremías Acerbo** 1
- La **appellatio** y su recepción en el derecho procesal civil argentino
Por **Luis Ramón Madozzo y Susana Isabel Estrada** 8

• ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

- Cuestiones de competencia** entre tribunales sin un órgano superior jerárquico común
Por **Marcelo Enrique Luft** 19
- Plazo razonable** de la medida cautelar vs. Plazo razonable de la sentencia de fondo
Por **Carlos Alberto Carbone** 26

• JURISPRUDENCIA

Excepción de falta de personería

Validez del poder general. Acreditación ante escribano de las facultades de representación del **apoderado de la sociedad** demandada (CNCiv.) 37

Recusación

Sociedad Rural Argentina. Acción en la que se suspendieron los efectos del decreto 2552/12. Recusación con causa de los miembros de la Cámara. **Inadmisibilidad manifiesta**. Irrecorribilidad de la decisión que habilita la feria judicial. Rechazo del planteo de incompetencia (CNFed. Civ. y Com.) 35

Restitución de menores

Denuncia de **comportamientos inadecuados** de la **progenitora** que reclama la restitución. Procedencia del retorno del niño al lugar de residencia habitual junto a su madre. **Disidencia** (CS) 33

Usurpación

Cuestión de **Competencia**. Justicia local (CS) 34

• PRACTICA PROCESAL

Ni peritos, ni auxiliares de Justicia: **Mediadores**
Por **Graciela Mabel Testa** 39

Ver Sumario completo en pág. III >>

Ni peritos, ni auxiliares de Justicia: Mediadores

POR GRACIELA MABEL TESTA

A casi 1 año de haberse puesto en marcha la Ley 13.951, de Mediación Prejudicial Obligatoria en la Provincia de Buenos Aires, algún sector de los actores involucrados en el proceso, todavía no logran tener claridad en diferenciar cuál es el rol del mediador, ni de la mediación en general, y ese desconocimiento provoca que no se aproveche cabalmente esta instancia PRE-JUDICIAL

Todavía se escucha decir que los mediadores prejudiciales (que por mandato legal deben ser necesariamente abogados) son peritos, o auxiliares de justicia.

Los mediadores no son ni peritos, ni auxiliares de justicia, su función es distinta a estas figuras, en este trabajo intentaremos mostrar estas diferencias, para que de esta manera entre todos podamos ir construyendo este nuevo rol que es el de ser mediadores.

Lo primero que debemos fijarnos, para poder apreciar las diferencias entre estas 2 figuras, es quién es el responsable de nombrar a cada uno de estos profesionales, y cuáles son los requisitos necesarios para efectuar estas dos funciones tan distintas.

Así, el proceso de selección para poder actuar como Perito Judicial están enmarcados en la acordada N° 2728/96 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En esa misma normativa, se denomina a dichos profesionales como "auxiliares de justicia".

En tanto que la normativa que rige a los mediadores está dada por la ley 13.951 y su correspondiente Decreto Reglamentario 2530/10, emanado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia y Seguridad.

Otra consideración de suma importancia para el planteo de este trabajo consiste en determinar dónde desarrollan sus funciones.

Así, mientras que un PERITO actuará DENTRO del marco de un expediente judicial, un MEDIA-

DOR actuará ANTES de iniciarse la etapa judicial.

Ahora cabe tratar de caracterizar qué función les es requerida a cada uno de estos profesionales.

Cuando hablamos de perito, generalmente nos referimos a la persona que, posee determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, y que es reconocida en dicha materia. Cuando nos referimos al "Perito Judicial", hacemos alusión al "profesional dotado de titulación oficial y/o de conocimientos especializados a través de sus estudios, sabiduría y experiencia, que suministra información u opinión fundada a los Tribunales de Justicia sobre los puntos litigiosos que son materia de su dictamen" (1).

El perito *actúa dentro de un proceso judicial*, su función dentro del proceso será facilitar al juez la comprensión de determinados fenómenos que éste no puede entender por falta de conocimiento de la especialidad.

Es decir, auxilia al juez en la determinación de los hechos expuestos dentro del expediente, y esto lo logra no sólo mediante sus observaciones materiales y sino también mediante la exposición de sus impresiones acerca de los hechos observados, como también las inducciones que deben derivarse de los mencionados hechos.

Por otro lado, cuando hablamos de un Mediador Pre-Judicial (en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires), nos estamos refiriendo a ABOGADO, que tiene una capacitación específica en comunicación y Resolución de Conflictos, que bajo mandato legal (emanado del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Seguridad y Justicia), actúa en una instancia PRE-JUDICIAL.

La función del Mediador dijimos, se desarrolla ANTES de iniciar la instancia judicial. y lo que se busca, "*a través de la experticia de los mediadores*

(1) <http://www.apajcm.com/perito-judicial.html>

en su quehacer, es cambiar la dinámica de comunicación entre las partes, y de ese modo poder desbarbar el conflicto, ayudándolos a encontrar una solución mutuamente aceptable” (2).

Los mediadores no son parte del proceso judicial. Ayudan a las partes en conflicto a generar un canal de diálogo donde poder encontrar un acuerdo de mutua satisfacción sus intereses. Ellos no asesoran jurídicamente, para ello en la mesa de negociación cuentan con el patrocinio jurídico de sus respectivos letrados.

Los Peritos en su actuar (en sede civil), deben responder en función de aquello que específicamente fue solicitado en su designación (puntos de pericia) y pueden ser llamados a explicar su dichos y a ampliar sus declaraciones.

En cambio, el principio general que rige la actuación del mediador es el de confidencialidad (3), por el cual en principio los mediadores no podrán ser llamados a declarar como testigos.

Por ser una etapa pre-judicial, el mediador tiene absoluta libertad para preguntar a las partes, ya sea en forma conjunta o en las reuniones privadas (llamadas también caucus), sobre todo aquello que crea que será conducente para la mejor comprensión del conflicto.

Tampoco tienen relación alguna con el juez, salvo en lo referente a elevar las actas de cierre de las mediaciones, donde sólo contará si se arribó a un acuerdo y cuales son las cláusulas de cumplimiento propuestas, así también las cláusulas de seguimiento posterior, si estuviera éste pactado; o donde sólo constará que no se logró arribar a un acuerdo, pero no deberá trascender el motivo de esta falta de acuerdo.

También puede plantearse dentro del marco de una mediación, de ampliar el tema decidendum, es decir, mientras en el ámbito de un expediente judicial la traba de la litis determina sobre qué puntos deberá dictaminar el juez, en el ámbito de la mediación, se puede ampliar o reducir los temas sobre los que se quiere debatir, pudiendo

llegar a acuerdos totales o parciales, sin estar constreñidos a la exposición de las posiciones iniciales.

La lógica de la participación de un perito en un expediente judicial, responde al modelo “ganar-perder”, en donde necesariamente habrá un veredicto dictado por un juez (quien se basará para ello en la ley vigente) quien determinará un ganador y un perdedor en dicho juicio. La participación del perito en el proceso es facilitar al juez la toma de esa decisión.

En cambio, la lógica del sistema del proceso de mediación, responde al modelo “ganar-ganar”, en el que las partes buscan una solución a su conflicto; en esa búsqueda, sin descuidar las normativas legales (de ahí la necesaria participación de los letrados en las audiencias), pueden encontrar soluciones alternativas más amplias donde todas las partes involucradas sientan que han satisfechos sus intereses propios, por lo que no necesitarán judicializar ese conflicto, salvo para homologar el acuerdo arribado.

En las audiencias de mediación se puede llegar a requerir la opinión de un perito, utilizada ésta como una técnica de búsqueda de criterios objetivos, siempre que dicha técnica haya sido autorizada y consentida por todas las partes involucradas en el proceso.

Por otro lado, si bien este tema ya fue tratado en otro trabajo (4), no está de más recalcar el concepto de que la mediación es mucho más que una “ayuda o colaboración” para con el Poder Judicial.

La mediación (por lo menos desde el punto filosófico de alguna de sus más importantes vertientes) (5) forma parte de un concepto más amplio desde donde pensar y proyectar la sociedad; en donde el diálogo entre los miembros de la comunidad pueda ser la clave para enfrentar los conflictos y un motor de cambio para que la convivencia en sociedad sea cada vez más armónica.

(2) Testa, Graciela. 2012. Revista La Ley Buenos Aires - AÑO 19, N° 05, Junio 2012, Página 483.

(3) Artículo 16 del decreto 2530/10, que reglamenta el artículo 16 Ley N° 13.951.

(4) Graciela Testa. 2013. “Mediación, una mirada. Otra forma de trabajar el conflicto”. Revista La ley Buenos Aires. Febrero 2013.

(5) Hacemos referencia aquí a las corrientes de Mediación Transformativa (Folger, Lederach), Mediación Asociativa (Pequeira Leal), Mediación Circular Narrativa (Cobb).

El Poder Judicial no necesita colaboración de la mediación. Ningún juez necesita que un mediador "le alivie su tarea". Porque los jueces saben cuál es su rol y como cumplirlo; y los mediadores saben que cumplen una función distinta a la judicial, por lo cual mal podrían aliviar una tarea para la cual no fueron concebidos en sus funciones. Por ello mal puede llamarse a un mediador un "auxiliar de justicia".

En todo caso, lo que necesitan los jueces, y la justicia en general, es contar ellos con los recursos necesarios (económicos, organizacionales y de personal) para poder cumplir con su función, y éstos deben surgir del propio presupuesto de la Corte.

La función del mediador es PRE-JUDICIAL no sólo porque está ANTES del inicio de cualquier litigio, sino porque fundamentalmente lo que busca es EVITARLO. No forma parte del sistema

judicial aunque en él actúen abogados, y aunque los acuerdos (o la falta de ellos) puedan luego ser usados luego ante la Justicia.

La división de poderes sigue existiendo, y hoy el Poder Ejecutivo ha abierto una instancia distinta a la judicial, donde lo que le brinda a la sociedad son las herramientas y los recursos para trabajar la conflictividad social.

Así, podemos afirmar, sin que ello signifique emitir un juicio de valor, que las figuras de perito y mediador son DISTINTAS. Ni mejores, ni peores, simplemente responden a lógicas, modelos y tiempos procesales distintos.

Reconocer ambas figuras, y darles su justo lugar y oportunidad de cumplir su rol, seguramente ayudará a que cada uno pueda cumplir su función y quien saldrá beneficiado de ello será, sin lugar a dudas nuestra sociedad. ♦