



UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA

EVALUACIÓN FINAL INTEGRADORA

Especialización en Derecho Procesal Profundizado

Título: La etapa preliminar al proceso civil. Un enfoque integral

Tutor: Prof. Roberto O. Berizonce

Alumno: Pedro Sebastián Villa

sebastianvilla@live.com.ar

Ciudad de La Plata, septiembre de 2010

LA ETAPA PRELIMINAR AL PROCESO CIVIL

Un enfoque integral

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN; 2. LA ETAPA PRELIMINAR AL PROCESO CIVIL COMO HERRAMIENTA. 2.a) Objetivos de la etapa preliminar; 2.b) La etapa preliminar en el derecho comparado; 3. UN NUEVO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA JUSTICIA O UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA PROCESAL; 4. LA ETAPA PRELIMINAR EN ARGENTINA. 4.a) Las diligencias preliminares; 4.b) La negociación previa; 4.c) Una visión crítica; 5. LA ETAPA PRELIMINAR EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PROCESAL. 5.a) Reforma parcial vs. Reforma integral; 5.b) Las reformas de Lord Woolf; 5.c) Características del sistema procesal Inglés en la actualidad; 6. LOS “*PRE-ACTION PROTOCOLS*” DE INGLATERRA Y GALES. 6.a) Los *pre-action protocols*; 6.b) Funcionamiento del sistema; 6.b.I Los protocolos específicos; 6.b.II El *Practice Direction on Pre-Action Conduct*; 6.b.III La conducta del *claimant*; 6.b.IV La conducta del *defendant*; 6.b.V Evaluación general del sistema; 6.b.VI Los protocolos y los *ADR*; 6.b.VII El régimen de sanciones; 7. LA ETAPA PRELIMINAR EN ITALIA. 7.a) Aspectos generales; 7.b) La mediación en Italia; 7.c) La *consulenza tecnica preventiva* del art. 696 bis; 8.CONCLUSIONES; 9. BIBLIOGRAFÍA; 10. INDICE

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal tiene como uno de sus principales cometidos el estudio del funcionamiento del proceso, de su inserción en la vida comunitaria y el análisis de su eficacia en lo que se refiere a la resolución de conflictos y al mantenimiento o recupero de la paz social.

En ese cometido, ha sido y es incansable el trabajo de hombres y mujeres de todas las latitudes, fuertemente comprometidos en la búsqueda de

soluciones y alternativas que con su aporte hacen avanzar al derecho procesal en aras de poder vivir en una sociedad más justa, y en el marco de un estado que brinde un servicio de justicia eficaz, a la vez que a la altura de las exigencias constitucionales. Empero, no se nos escapa que todos los sistemas procesales en mayor o menor medida ostentan graves defectos, y que la mirada clásica del proceso no ha brindado los resultados esperados¹.

El inicio del siglo XXI nos encuentra fuertemente abocados al estudio de cómo brindar un mejor servicio de justicia o, dicho de otro modo, cómo dar solución a los conflictos de los justiciables en forma eficaz y en un plazo razonable. También somos testigos del creciente interés en el estudio de la judicialización/desjudicialización de los conflictos, los medios alternativos de resolución de conflictos, la anticipación probatoria, las tutelas anticipadas, entre otros².

En ese contexto, la etapa preliminar podría llegar a ser el escenario propicio para el logro de algunas de las metas planteadas. Si dotamos al sistema procesal de una etapa preliminar eficaz, directa e indirectamente podremos lograr un proceso civil que brinde mejores respuestas en menor tiempo y a menor costo, ya sea a través de la descompresión del sistema o producto de la evitación del proceso mismo.

¹ La confianza en la justicia en América latina para el año 2004 es de 32%, ubicándose por debajo de la confianza depositada en instituciones tales como el presidente, las fuerzas armadas, la policía e incluso, la televisión. Fuente: Latinobarómetro, 2004, <http://www.latinobarometro.org/fileadmin/documentos/prensa/Espanol/Informe%20Prensa%202004.pdf>, citada en *El Acceso a la Justicia en América Latina*, FORES - Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia-, 2005, disponible en: <http://www.foresjusticia.org.ar/PaginaHtml.asp?idseccion=16&idcategoria=21&titulo1=Temas&titulo2=Acceso a la justicia>

² Varios de estos temas han sido objeto de reflexión y debate en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, UBA, Buenos Aires, 2009

Sin embargo, la etapa preliminar no es una novedad en sí misma para el derecho procesal. Lo novedoso quizás sea que en estos momentos, más que nunca, el derecho procesal ha puesto el foco en ella y nos brinda una oportunidad única de redefinirla, de redimensionarla para así convertirla en una herramienta por demás útil a los fines del logro de la paz social. Quizás nos estemos enfrentando a la oportunidad histórica de percibirla e implementarla particularmente como una “etapa”, en vez de como herramientas o institutos aislados, en función del proceso.

A partir de un análisis de las propuestas que se nos ofrecen desde el derecho comparado podemos concluir, a priori, que no hay una solución universalmente válida y útil. Mientras que en algunos sistemas procesales una determinada herramienta puede haber dado resultados satisfactorios, en otros produjo lo opuesto.

Ahora bien, más allá de las tendencias predominantes, el denominador común resulta ser, en la actualidad, el acento que se pone en la etapa preliminar como piedra angular de la búsqueda de soluciones para la eficacia del proceso.

En los próximos capítulos, nos proponemos analizar las razones que hacen de la etapa preliminar una herramienta útil para enfrentar algunos de los problemas actuales del proceso civil, y al mismo tiempo intentaremos describir qué es hoy la etapa preliminar, cuál es su ámbito de aplicación, y por qué deberíamos abocarnos en nuestro país a estudiarla con mayor profundidad.

Para ello, haremos un breve recorrido por algunas experiencias del derecho procesal comparado, con el fin de observar el estado de situación a nivel

global, y de reflexionar a partir de los consensos y disensos que surgen de los ejercicios de implementación, con una metodología que pretende comparar los institutos sobresalientes de los principales sistemas procesales.

En particular, abordaremos con especial interés los modelos diseñados en Italia y el Reino Unido, que parecen ser dos de los sistemas de reciente aparición más auspiciosos de caras a una etapa preliminar eficaz, aunque no por ello pueden ser “implantados” en forma directa en nuestro país. Se trata de dos propuestas bien diferenciadas, de origen disímil en cuanto a su instauración en el contexto de un sistema procesal, pero con clara tendencia a la consecución de los objetivos principales de la etapa preliminar.

Este corto viaje por las experiencias foráneas hará las veces de plataforma dogmática para abordar el funcionamiento de la etapa preliminar en Argentina, con referencia inevitable a las recientes reformas legislativas de las que somos testigos y protagonistas. Con una realidad cada vez más dinámica, pretendemos reflexionar en forma crítica respecto de su funcionamiento actual y futuro, aportando algunas ideas que esperamos resulten útiles para estudios ulteriores del tema.

En suma, la presente obra se propone afrontar el tema de la etapa preliminar con ciertas aspiraciones de integralidad, por cuanto consideramos que si bien muchos juristas se han dedicado a estudiar varias de sus aristas, un enfoque general puede brindar una mirada desde otro prisma, y así constituir un aporte interesante para la reflexión.

2.- LA ETAPA PRELIMINAR AL PROCESO CIVIL COMO HERRAMIENTA

2.a) Objetivos de la Etapa Preliminar:

Es preciso a esta altura realizar una aclaración terminológica sobre qué es en sí lo que damos en llamar “etapa preliminar”, a fin de precisar el sentido en el que se utiliza tal expresión en el presente trabajo. Así, nos referimos a una etapa que:

- Se inicia en forma previa al proceso civil y que puede concluir sin que se de inicio al proceso;
- o que puede concluir para dar inicio al proceso;
- o que puede perdurar hasta el comienzo del mismo, conviviendo con él en su etapa inicial.

La “etapa preliminar” incluye o puede incluir lo que se conoce como “instrucción al proceso civil”, así como algunas de las formas de negociación tendientes a componer el conflicto, en forma previa o en una etapa temprana del proceso.

En definitiva, nos referimos a una etapa con contornos poco rígidos, maleables, que dependen del sistema procesal en el que se inserta y de los fines a los que el legislador pretenda apuntar.

A priori, y muy sintéticamente, podríamos distinguir dos objetivos primarios y esenciales de la etapa preliminar, en general: I) la composición del

conflicto en una etapa temprana y II) la adecuada preparación del proceso en caso que el intento de composición previo haya fracasado.

Lo que caracteriza a la etapa preliminar son, entonces, sus objetivos y no especialmente su diseño, el modo en que se implemente o los medios por los que intente llegar a aquellos, como veremos a lo largo del presente trabajo.

Los sistemas procesales de occidente han estado y aún están signados por la cultura del litigio, de la confrontación, del contradictorio³. Estamos acostumbrados a asumir los conflictos en el marco de un campo de batalla en el que hay vencedores y vencidos, y en el que la función del derecho es dirimir la disputa de los contendientes, mientras que la del derecho procesal es establecer las reglas del “combate”.

Así, lo que empezó siendo quizás un conflicto entre particulares, es llevado por ellos al campo del proceso en busca de una solución, de recobrar la paz quebrada. Y el estado lo asume como una responsabilidad y función propia, de gran trascendencia social, pero otorga una respuesta altamente costosa y tardía.

He aquí el importante rol que juega el primero de los objetivos de la etapa preliminar en cuanto a lograr una composición temprana del conflicto, a fin de:

- Disminuir los costos en tiempo y en dinero que conlleva tanto para las partes como para el mismo estado;

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *La Revolución procesal Inglesa*, Revista de Derecho Procesal, 2009-2: Sistemas Cautelares y procesos Urgentes, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, página 545.

- Reducir lo más posible el nivel de daños que son consecuencia misma del conflicto⁴;
- Cumplir acabadamente con el objetivo de afianzar la justicia;

Como señala Cappelletti⁵, la solución contenciosa de la controversia puede alentar los contrastes y las pasiones mientras una justicia conciliadora o coexistencial puede ser más eficaz, ella puede conseguir el acercamiento de las posiciones y acercar una solución sin ganadores y perdedores, en la cual se privilegie la comprensión y una modificación bilateral de los comportamientos.

No obstante, este objetivo encomiable no siempre puede ser logrado por una multiplicidad de factores que serán analizados más adelante. Ante esta posibilidad no deseable pero posible, entra en juego el segundo objetivo fundamental de la etapa preliminar, es decir, la adecuada preparación de la litis.

Transitar el camino del proceso no es malo de por sí. Es más, muchas veces resulta estrictamente necesario para el logro del fin último de recomponer la paz social. Lo importante, entonces, es atravesarlo con un nivel de preparación tal que permita hacerlo menos traumático, a la vez que más eficaz.

⁴ Ver VILLA, Pedro Sebastián, *La etapa preliminar al proceso civil. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 310; también Ver BLASI, María Fernanda, *¿Judicialización o Desjudicialización del conflicto?* Ponencia presentada en el marco del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de Noviembre de 2009, pág. 5

⁵ Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna 1994, págs. 90-93. Citado en OTEIZA, Eduardo, *Point of View: ADR methods and the diversity of cultures: the Latin American case*, Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París I, *Sorbonne*, 21/25 de septiembre de 2005. Publicado en “Médiation et arbitrage”, Lexis Nexos París, 2005, pág. 11

Por un lado, una inadecuada preparación de la litis puede llevar a resultados no deseados por acción, entre otros factores, del principio de preclusión y su efecto encorsetador –en nuestro sistema- de las oportunidades procesales. Por el otro, cuanto mejor se prepare la litis, menor será el tiempo y dinero que se consumirá en actos y diligencias inútiles, así como en discusiones fútiles que no hacen al verdadero objeto litigioso.

No es suficiente preparar el caso una vez presentada la demanda. Si, en última instancia, el conflicto va a ser discutido en el ámbito de un proceso, bien podría y debería prepararse en una etapa previa. En ese contexto de preparación, saneamiento e instrucción, es posible que las partes puedan negociar para evitar un futuro proceso.

En este sentido es innegable el rol protagónico que tiene el abogado en la etapa. Cada vez más nos enfrentamos al desafío de ejercitar la prevención, más que la reacción enérgica ante el conflicto, y aún en ese caso la actitud puede y debe ser deflacionaria, siempre que se pueda. Huelga decirlo, resulta harto complejo para los profesionales del derecho tener éxito en esta faena si no se cuenta con un sistema procesal orientado en ese sentido.

Es preciso tener presente que los objetivos que denominamos esenciales, es decir, la composición del conflicto en una etapa temprana o, en su caso, la adecuada preparación del proceso, pueden o no coexistir en el sistema procesal de que se trate. En el primer caso, podríamos hablar de una etapa preliminar compleja, completa o articulada, en el sentido de que conjuga ambos objetivos esenciales. En tanto, en el segundo caso, estaremos frente a una etapa preliminar

simple -y por qué no, también débil-. Entonces, el tipo de diseño de la etapa preliminar dependerá de cuál o cuáles hayan sido los objetivos planteados por el legislador al proyectarla.

Reparemos por un momento en lo que sucede en la Provincia de Buenos Aires. Su sistema procesal prevé herramientas tales como las diligencias preliminares o la prueba anticipada reguladas en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires en los artículos 323 y 326, respectivamente, que hacen en sí a la instrucción el proceso, son funcionales a él. No obstante, también existe la posibilidad de que estos dispositivos resulten útiles para hacer desistir a la parte y su letrado de la promoción del proceso, al concluir que la resolución final les será adversa por no asistirles derecho, o por no resultar el camino más conveniente, o por las dificultades probatorias que el caso presenta, etc. En este caso, se lograría evitar el proceso por efecto reflejo del intento de preparación adecuada del mismo. Como señala el profesor Toribio Sosa⁶, “La anticipación de la prueba se realiza con finalidad proactiva cuando se propende a la medición de las propias fuerzas y las del adversario, con el objetivo de calcular las probabilidades de éxito, pudiendo conducir a no iniciar el proceso o terminarlo sin llegar a la sentencia definitiva...o a persistir en él hasta la emisión de la sentencia

⁶ SOSA, Toribio Enrique, *La Prueba Anticipada con Finalidad Proactiva*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 367. Sobre el punto, véase también el informe argentino presentado por el Prof. Roberto O. Berizonce en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador de Bahía, año 2007, en ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág. 23

de mérito, en todos los casos para procurar el bien mayor o evitar el mal mayor percibidos como más probables”.

En otras palabras, al “instruir” el proceso quizás se advierta su inconveniencia, y así se lo evite para no incurrir en costos innecesarios o más bien inútiles en la evaluación que se realiza del caso. Es claro que no se puede racionalmente pretender que los justiciables demanden o entablen un proceso judicial “a ciegas”, sin tener en claro hasta ese entonces contra quién hacerlo, si existe fundamento razonable para el planteo e incluso sin poder evaluar la procedencia del eventual proceso⁷. Lo mismo podría decirse respecto de la posibilidad de arribar a un acuerdo componedor entre las partes, sin contar con la información necesaria sobre las cuestiones de hecho y de derecho que los enfrentan circunstancialmente. Un acuerdo de ese tipo carecería de los requisitos mínimos para poder adjetivarlo como “justo”.

Como señalara Lord Woolf⁸, “Lo que se necesita es un sistema que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como se identifique el conflicto, y asegurarse de que rápidamente cuenten con la información relevante necesaria para definir los reclamos y efectuar propuestas realistas, a fin de arribar a un acuerdo.”

Asimismo, la Provincia de Buenos Aires ha incorporado recientemente un mecanismo previo a la promoción del proceso, por medio de la ley 13.951. Se trata de un sistema de mediación mixto, principalmente obligatorio –en cuanto al

⁷ GRILLO CIOCCHINI, Pablo, *Intercambio de Información y Prueba antes de la Demanda*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 336

⁸ Lord Woolf, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996, capítulo 10. La traducción corresponde al autor.

tránsito por esta vía previa-, pero con posibilidad de ser sustituida por un sistema de tipo voluntario si las partes así lo eligen. En definitiva, se incorpora de este modo una herramienta que apunta al primero de los objetivos que planteáramos, y que desarrollaremos con mayor profundidad más adelante.

2.b) La etapa preliminar en el derecho comparado

Como anticipáramos en la introducción, resulta ineludible acudir al estudio del derecho comparado para comprender mejor la naturaleza, función y posibles efectos de la etapa preliminar.

Lo primero que debemos observar es que no existe un modelo único de implementación de la etapa preliminar al proceso civil en el derecho comparado⁹. Es más, hay países que ni siquiera la contemplan en el derecho positivo (aunque se dé en la práctica), o que lo hacen de un modo asistemático. No obstante, es posible hablar de ciertas líneas o tendencias que se verifican en los diferentes sistemas procesales del mundo, tal como desarrollaremos más adelante.

En segundo término, la expresión “etapa preliminar” puede referirse a la utilización de una o varias herramientas que apuntan cada una de ellas a uno o varios fines u objetivos específicos. A su vez, cada una de las herramientas adoptadas puede tener una implementación completamente diferente –por no decir opuesta- para propender al mismo fin.

⁹ ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág. 4

A modo de ejemplo, observemos lo que sucede con uno de los objetivos ya comentados, cual es el de la “composición del conflicto en una etapa temprana”. Para alcanzar este objetivo se ha adoptado la herramienta de la negociación prejudicial, en alguna de sus variantes (negociación, mediación, arbitraje, etc.). Pero mientras algunos países como Noruega, Suiza y Canadá (Ontario) lo han hecho de modo obligatorio, otros como Inglaterra, Italia¹⁰, Alemania y Japón han instaurado sistemas voluntarios.

Es más, debemos dejar en claro que, salvo cuando nos refiramos a un determinado medio alternativo de resolución de conflictos utilizado en un país dado, haremos usos de términos como mediación o conciliación sin pretender distinguirlos por sus particularidades, sino como exponentes de los MARC o ADR¹¹. Ello así, como señala Oteiza¹², por cuanto de un estado a otro difiere lo que se entiende por uno u otro término, más allá de haber consenso sobre su pertenencia al género de los MARC.

¹⁰ Se hace referencia a la voluntariedad que evidenciaba el sistema italiano, aunque debemos tener presente que a partir del año 2010 nos encontramos con panorama diferente ante la reciente reglamentación del nuevo esquema de mediación prejudicial obligatoria, de tipo “valorativa”, que abordaremos más adelante.

¹¹ En adelante nos referiremos a los M.A.R.C. (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos) o A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) en forma indistinta.

¹² Reseña el Profesor Oteiza, por ejemplo, que “En Argentina, Brasil Uruguay y Paraguay sea alude a la conciliación cuando ella es llevada a cabo por un juez y a la mediación cuando interviene un tercero que no forma parte de la jurisdicción estatal. En el caso de Colombia y Venezuela se utiliza la voz conciliación con independencia que intervenga un juez. Ecuador, Costa Rica y Bolivia emplean como sinónimos los términos mediación y conciliación.”, en OTEIZA, Eduardo, *Point of View: ADR methods and the diversity of cultures: the Latin American case*, Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París I, *Sorbonne*, 21/25 de septiembre de 2005. Publicado en “*Médiation et arbitrage*”, Lexis Nexos París, 2005, pág. 8.

Retomando la idea de las tendencias predominantes en el derecho comparado, se advierte un repliegue de la cultura estrictamente adversarial y un giro en favor de las soluciones negociadas.

Los magros resultados del proceso tradicional, que culmina con una decisión heterónoma luego de recorrer un largo camino, han propiciado el cambio de dirección y la revalorización del uso de los medios alternativos de resolución de conflictos en una etapa temprana del proceso. Si en algunas latitudes esta tendencia no ha tenido tanta cabida, es debido a que la percepción de los usuarios del servicio de justicia es diferente. Es lo que sucede por ejemplo en Alemania, donde la principal¹³ razón por la que los justiciables prefieren la clásica solución de recorrer el camino del proceso es, sencillamente, por el grado de satisfacción que perciben de la solución judicial, ya sea por la duración misma del proceso o por los resultados obtenidos¹⁴. También existen otras excepciones que van a contramano de la tendencia mayoritaria, aunque por motivos diferentes. Es el caso de España, cuyo sistema procesal habilitaba el recurso de los ADR, pero poco a poco ha caído en desuso¹⁵ no justamente por una percepción positiva respecto del

¹³ El Profesor alemán, Michael Breyer, explica en su relato general presentado en el Congreso Mundial de Derecho Procesal del año 2007 (ob. cit. Pág. 220) que existen factores de índole cultural, institucional y económico. Expresa que: "...se debe tener presente que la justicia civil alemana funciona muy efectiva y eficientemente, en comparación con los estándares internacionales, tanto en términos de costos como de duración del proceso. Esto significa simplemente que la obtención de una sentencia judicial es una alternativa atractiva si se las compara con las soluciones extrajudiciales, aún en los casos de pequeñas causas."

¹⁴ TARUFFO, Michele, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, en "The Reform of the Civil Procedure in Comparative Perspective", editado por TROCKER y VARANO, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, año 2005, página 222, comenta: "En 1996, la duración promedio del proceso civil en Europa (incluyendo las tres instancias) era de 69 meses ...en Alemania la duración promedio de las tres instancias es de 50 meses (Italia: 116), la duración promedio de la primera instancia es de 8 meses (Italia: 36), y la duración promedio de la segunda instancia es de 12 meses (Italia: 40).

¹⁵ El Profesor español José Luis Vázquez Sotelo, en su informe presentado al Congreso Mundial de 2007, comenta que: "Solía ser habitual que antes de iniciar la demanda el abogado intentara una

funcionamiento del proceso tradicional, sino más bien por una percepción negativa de los resultados logrados y por cuestiones relativas a la cultura jurídica que no resultan menores. De hecho, en España la conciliación prejudicial constituía un requisito de admisibilidad de la demanda hasta 1984, año en que fue reformada la Ley de Enjuiciamiento Civil tornándola meramente facultativa¹⁶.

Otra de las tendencias que se advierten es la que se refiere a la regulación positiva de la etapa previa del juicio, de modo de fomentar la posibilidad de un acuerdo previo sin que se lleve a cabo el *trial*¹⁷ o el proceso mismo. Este proceso de regulación positiva se evidencia especialmente en los países que integran el sistema del *common law*, e inclusive en los países escandinavos¹⁸. No obstante, no hay un patrón general claro de regulaciones prejudiciales que permita hablar de cierta uniformidad. Se advierte más bien un rango que va desde regulaciones profusamente detalladas¹⁹, hasta otras bastante

solución negociada, con el abogado de la contraparte. Dependiendo del caso, si ambos abogados están a favor de una solución conciliatoria, se puede acordar la no iniciación del proceso. Eso es lo que sucedía con los abogados hace décadas, pero los jóvenes letrados de hoy en día no están dispuestos a realizar ese tipo de pactos extrajudiciales”. Agrega: “En las últimas dos décadas, la lista de colegiados ha crecido enormemente”; y profundiza, “lejos de producir soluciones autocompuestas, esta realidad ha incrementado la litigiosidad”. (ob. Cit., página 222).

¹⁶ GOZAINI, Osvaldo A., *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 45

¹⁷ N. d. A. Se alude a un término jurídico anglosajón que no tiene un equivalente exacto en nuestro idioma. El *Dictionary of Law*, 3era. edición, Peter Collin Publishing Ltd., Inglaterra, año 2000, pág. 374, lo define como “*criminal or civil court case heard before a judge...*”. No obstante las dificultades de traducción planteadas, debe interpretarse como el debate que se da en el proceso, típicamente por audiencias.

¹⁸ ROJAS, Jorge A., *Etapa Preliminar al Proceso Civil*, Ponencia General presentada en el marco del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de Noviembre de 2009, pág. 6

¹⁹ Es el caso de Inglaterra, así como sucede también en Australia, y en cierto punto en Israel, debido a la influencia que ha tenido en estos países el trabajo de Lord Woolf

modestas, aunque relevantes. Aún así, en la mayoría de los sistemas, la etapa prejudicial no ha sido objeto de regulación detallada y exhaustiva²⁰.

Un ejemplo singular es sin duda el de Estados Unidos que, por las particularidades de su sistema federal, no tiene una regulación positiva de alcance nacional sobre la etapa preliminar²¹. Por lo tanto, las existentes son más bien de tipo estadual. Lo mismo podríamos decir de nuestro país. En definitiva, estos ejemplos demuestran que el diseño constitucional del sistema jurídico-político de un estado, son determinantes en cuanto a los rasgos que tendrá el modelo de etapa preliminar que cada país adopte.

En cambio, en los Países Bajos no hay un abordaje sistemático de la etapa preliminar, pero la reforma inglesa ha sido muy bien vista y, por lo tanto, ha calado hondo en la opinión de los juristas que actualmente promueven regulaciones en ese sentido²².

²⁰ En España, por ejemplo, el único “procedimiento preparatorio” o “prejudicial” que se puede reconocer en el proceso civil es el de las “diligencias preliminares”.

²¹ Richard Marcus, del Hastings Collage of Law, San Francisco, EE.UU. comenta: “En particular, los operadores jurídicos en los Estados Unidos son remisos a las regulaciones de alcance nacional”, en ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág. 3

²² Bart Krans, de la Universidad de Groningen, comenta: “El Código Procesal Civil Holandés (CCP) no contiene un conjunto de reglas relativas a la etapa preliminar que precede al proceso mismo...Desde un punto de vista esto es destacable...Sin embargo, hasta ahora, no hay un abordaje sistemático de esta etapa.”, y agrega: “Una revisión fundamental del derecho procesal civil holandés produjo un informe preliminar (2003) y un informe final (2006) (ambos por WDH Asser, HA Groen, JBM Vranken, con la ayuda de IN Tzankova). En esta revisión se describe la etapa preliminar del proceso como “olvidada”. (Estos informes) presentan muchas propuestas relativas a la etapa prejudicial. El punto de partida de estas propuestas es que una disputa entre partes crea una relación con estándares de comportamiento. La conducta de las partes en la etapa preliminar está determinada por un lado por el principio social general de tener en cuenta los intereses del otro y de que deben resolver el conflicto, aspirando a concluirlo extrajudicialmente y, por el otro, por la obligación de preparar adecuadamente el proceso (informe preliminar, p 97 e informe final 2006, p 62/63).”, Por último, señala que: “El objetivo de la propuesta en la revisión es un abordaje sistemático del intercambio inicial de información entre las partes. Siguiendo el ejemplo de la legislación Inglesa, deberían introducirse reglas prejudiciales en la ley Holandesa”,

Además, la mayoría de los principales procesalistas del mundo hacen hincapié en el rol de los abogados como actores hábiles para disminuir los altos índices de litigiosidad, propendiendo a evitar aquella que resulte innecesaria²³. En algunas jurisdicciones, las normas de ética profesional de los colegios exhortan a los abogados a que impulsen a sus clientes en la utilización de alguna forma alternativa de resolución de conflictos.

En cuanto a la obligatoriedad o voluntariedad de los sistemas de negociación previa al proceso, o en una etapa temprana del mismo, la tendencia general apunta a regímenes de tipo voluntario.

Sin embargo, cabe destacar que no existe un registro claro sobre cuál de los sistemas resulta más eficaz. De hecho, hay países como Francia²⁴ y Países Bajos que fueron abandonando la obligatoriedad de los sistemas de *pre-action*, por considerar que demandaban mucho tiempo y resultaban ineficientes, mientras que otros como Suiza muestran un modelo obligatorio fuertemente arraigado y con resultados satisfactorios. El sistema suizo funciona como un filtro que hace que llegue al proceso lo estrictamente necesario, ya que durante la etapa prejudicial el 50% de los casos son desistidos o se resuelven por conciliación de las partes. Esta etapa se distingue por los caracteres de oralidad, informalidad,

en ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, págs. 2 y 3

²³ ROJAS, Jorge A., *Etapa Preliminar al Proceso Civil*, Ponencia General presentada en el marco del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de Noviembre de 2009, pág. 6; VILLA, Pedro Sebastián, *La etapa preliminar al proceso civil. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 313.

²⁴ GOZAINI, Osvaldo A., *Ibidem*, pág. 46

confidencialidad y asistencia jurídica gratuita²⁵, en un contexto dirigido por magistrados especiales. Los jueces de paz tienen un rol destacado en este sistema de resolución de disputas.

Una de las más recientes novedades procesales en el tema la ofrece la Federación Rusa. El parlamento ruso se encuentra actualmente estudiando un proyecto de reforma que incorpora un sistema de mediación voluntaria que, en caso de ser aprobado, entraría en vigor en enero de 2011²⁶. El complejo mecanismo pergeñado prevé la posibilidad de solucionar los conflictos en forma previa a la iniciación del proceso, a partir de la suscripción de una suerte de contrato civil o, por el contrario, llegar a una solución negociada homologable, en caso que el proceso ya esté en curso. No obstante, nada prevé en lo que hace a herramientas útiles para la preparación adecuada del proceso o al intercambio de información con efectos respecto del eventual proceso futuro.

También podemos mencionar el caso de Japón que, a partir de la reforma procesal llevada a cabo en 1996, ha erigido una etapa preliminar eminentemente voluntaria, con un rol activo del juez. La reforma apunta a estimular las soluciones autocompuestas, facilitar los intercambios de información entre las partes, suministrar otras fuentes de información, y alcanzar una eficaz preparación del proceso²⁷.

²⁵ Tanja Domej, de la Universidad de Zurich, comenta que la etapa es útil también para la preparación del eventual proceso, ya que si la conciliación falla, el magistrado conciliador asiste a las partes para que puedan exponer sus pretensiones en palabras apropiadas para iniciar el proceso (Direito Processual Comparado...ob. cit., págs. 209 y 210).

²⁶ YURYEV, Sergey, *Mediation procedure in Russia*, publicado el 22/03/2010 en Law-now Russia <http://www.law-now.com/law-now/2009/mediationprocedureinrussia.htm>

²⁷ Para profundizar en el funcionamiento del sistema japonés, véase ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio

Y así como sucede en Japón, la valía del intercambio de información fluido entre las partes y sus letrados, en una etapa previa o temprana del proceso, es otro aspecto que encuentra consenso en la mayoría de los sistemas procesales del mundo. A menudo, los conflictos son tales a partir del diálogo roto, o de posturas duras que impiden analizar con objetividad la controversia. También sucede que con la escasa información con que cuenta la parte es muy difícil evaluar la propia posición y la de la contraria.

Entonces, mediante un intercambio franco y fluido respecto de los hechos y de la información existente, puede lograrse un mejor entendimiento, y hasta advertir la propia sinrazón o la inconveniencia de incrementar el nivel de conflicto en clave de estrategia, haciendo a un lado la subjetividad natural. Y en caso que ello no suceda, al menos permitirá que las mismas partes determinen el verdadero alcance de la cuestión controvertida, para así ingresarla al proceso y someterla al juzgador en sus reales dimensiones.

No obstante, esta herramienta por sí sola no garantiza sus frutos. De hecho, su nivel de eficacia es inversamente proporcional al nivel de litigiosidad de la comunidad socio-jurídica en que se inserte. En determinadas culturas jurídicas, no solo es usual, sino natural el *disclosure*²⁸ prejudicial de información, mientras que en otras lo habitual es el retaceo de la información y los documentos, una

de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, págs. 3 y 4.

²⁸ Nótese que utilizamos adrede el término *disclosure*, en vez de *discovery*, siguiendo la nueva terminología de las *Civil Procedure Rules* de Inglaterra que los sustituye, resultando en ciertos casos una institución menos amplia que su antecesora, aunque al mismo tiempo más efectiva y menos onerosa. Para profundizar sobre el punto, véase BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *La Revolución Procesal Inglesa*, Revista de Derecho Procesal, 2009-2: Sistemas Cautelares y procesos Urgentes, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pág. 555.

actitud mezquina y batallante que está en las antípodas del principio de colaboración que es uno de los basamentos de la etapa preliminar que venimos estudiando.

La divulgación prejudicial de información o documentos puede avanzar a punto tal que las partes puedan poner el foco en las cuestiones esenciales en disputa, y así reducir la necesidad de *disclosure* ulterior, dentro del marco del proceso formal²⁹.

Más allá de las técnicas adoptadas en el sistema inglés para propiciar el intercambio de información entre las partes en conflicto –de las que nos ocuparemos más adelante-, en el mundo se han desarrollado diferentes mecanismos para abordar el requerimiento prejudicial de información, tales como:

- a) la regulación positiva de la obligación de aportar información y documentos³⁰;
- b) la dotación de jueces facultados para ordenar el *disclosure* prejudicial³¹;
- c) algunos sistemas exigen que previo al inicio del proceso se notifiquen a la contraparte los reclamos y que se ponga a disposición la información con que se

²⁹ ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág. 27

³⁰ Es el caso de Alemania, donde diversas regulaciones establecen específicamente qué cuestiones relativas a los hechos deben ser reveladas a pedido de parte (*Auskunft*), si se debe hacer entrega de documentos y en qué medida (*Rechnungslegung* et al), la posibilidad de reconocimiento judicial o dictamen pericial. Ver ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág. 23.

³¹ Entre otros, se da en Alemania, en España y en Argentina. En estos dos últimos casos, por medio del instituto de las diligencias preliminares. Ver ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág.23

cuenta³²; d) la posibilidad de realizar preguntas libres recíprocas entre las partes y, excepcionalmente, citar a testigos³³; etc.

Se ha sostenido que en la relación trilateral entre el juez y cada una de las partes en el proceso civil, compartir la información con que se cuenta resulta esencial para poder alcanzar resultados significativos. Incluso, si la información en la etapa prejudicial está destinada a informar al órgano jurisdiccional, la mera existencia de la obligación de informar prevista en la ley, puede conducir a un intercambio voluntario de información³⁴.

Continuando con el tema del intercambio prejudicial de información en el derecho comparado, resulta ineludible hacer referencia al “pre-trial discovery” estadounidense. Esta herramienta emblemática constituye la primera de las dos etapas del proceso civil norteamericano, y tiene por objetivo³⁵: a) establecer el objeto central del litigio; b) conocer las fuentes de prueba en poder de la contraria; c) producir prueba que podría ser utilizada en la etapa de juicio, haya o no peligro en cuanto a su conservación futura.

Esta etapa se inicia una vez interpuesta y notificada la demanda. El *defendant* cuenta con un plazo para contestar, admitiendo o rechazando lo alegado

³² Es lo que sucede en Inglaterra y en Australia, por ejemplo. Ver ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, año 2009, pág.24

³³ Es lo que sucede en Suecia y en Finlandia, y se conjuga con la obligación de “no mentir” que pesa sobre las partes, a pesar de estar habilitadas para no revelar los hechos que consideren desfavorables para su posición. Ver GROEN, Bart, *Nuevas Tendencias en cuanto a la Etapa Prejudicial. Informe General del Sistema Continental*, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, La Plata, 2009, pág. 13

³⁴ GROEN, Bart, *Nuevas Tendencias en cuanto a la Etapa Prejudicial. Informe General del Sistema Continental*, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, La Plata, 2009, pág. 10

³⁵ SOSA, Toribio Enrique, *La Prueba Anticipada con Finalidad Proactiva*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 373

y reclamado por el plaintiff³⁶. En caso de rechazarlo, comienza el intercambio de información y documentos relacionados con los hechos, así como el interrogatorio de peritos y testigos. Todo ello se produce extrajudicialmente, por lo cual se recurrirá al juez sólo en caso de “abuso” de una u otra parte, ya sea por ejemplo que se exija que se revele información confidencial, o ante la negativa de colaboración del requerido. El juez podrá tomar medidas diversas para intentar torcer la voluntad remisa o la actitud abusiva, tales como la imposición de multas (*financial sanctions*), tener por ciertos determinados hechos alegados que se intentan probar sin la colaboración de la contraria, rechazar la demanda (*dismiss the action*), entre otras.

Es posible que durante esta etapa las partes, con sus letrados, logren por sí solas componer el conflicto. De no ser así, puede convocarse una *pre-trial conference*³⁷ ante el juez. Se la utiliza para que el órgano jurisdiccional, en su caso, intente la conciliación entre las partes, derive el caso a arbitraje o mediación, o para tener un marco temporal en el que se puedan concluir todas las actividades de *pre-trial* y se pueda establecer una fecha tentativa de *trial*.

Nos parece necesario destacar que si bien el *Discovery* estadounidense ha tenido y tiene grandes virtudes y parecería ser una propuesta bastante atractiva, no menos cierto resulta que el sistema es causa fuente de desigualdades procesales, a partir de las desigualdades de origen que exhiben las partes. Ello así, por cuanto el sistema retributivo de los abogados a menudo conspira contras las

³⁶ En nuestro contexto, los denominaríamos demandado y actor, respectivamente. Véase http://www.abanet.org/publiced/courts/cases_pretrial.html

³⁷ Véase http://www.abanet.org/publiced/courts/pretrial_conference.html

posibilidades de una justa composición en la etapa preliminar³⁸. La remuneración profesional tarifada por horas permite que la parte económicamente más fuerte incremente los costos del litigio, alongando el proceso, y probablemente fuerce a la parte más débil a aceptar un acuerdo injusto, lo que de alguna manera implica una denegación de justicia.

Otro aspecto a destacar respecto de la etapa preliminar en el derecho comparado es el instituto de la audiencia preliminar. A los fines del presente trabajo, podemos definirla como “una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento”³⁹. Siguiendo esta definición, fácilmente se advierte una comunidad de objetivos con los expresados en relación a la etapa preliminar. Barrios de Angelis afirma que la expansión de la audiencia preliminar es el fenómeno procesal más importante del siglo XX⁴⁰. Si bien no hay consenso absoluto sobre sus orígenes, la mayoría señala el Código Klein austríaco de

³⁸ GIORGIANTONIO, Cristina, *Civil Procedure Reforms in Italy: Concentration Principle, Adversarial System or Case Management?*, Banca D'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, número 66en, septiembre 2009, pág. 6, disponible en: <http://www.astrid-online.it/-giustizi/GIUSTIZIA-/Studi--ric/palumbo-sette--Bdl--career-concerns.pdf>

³⁹ La definición que se adopta surge de la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1998.

⁴⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Audiencia Preliminar: Sistema y método*, LL-1998-A-1067, en BERMEJO, Patricia, *La audiencia preliminar en el proceso civil*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Julio-Diciembre de 1994, año XXXIV, n° 55

1895⁴¹ como el antecedente más apropiado, que toma por modelo el proceso inglés. Instituyó una audiencia previa a la contestación de la demanda, regida por los principios de oralidad e inmediación entre las partes y el juez, que en su reforma de 1983 se tornó facultativa. Más allá del referenciado código austríaco, no resultan menos importantes los antecedentes del despacho saneador portugués y el Modelo Stuttgart de Alemania⁴². Estos son, quizás, los que podríamos llamar modelos puros⁴³, distintos de los existentes en la actualidad cuya hibridación se nutre de las experiencias procesales del derecho comparado.

Entre las legislaciones iberoamericanas encontramos como éste movimiento se fue dando en: México, reforma del Código Procesal del Distrito Federal de México (1985); Código General del Proceso de la Republica Oriental del Uruguay (1983); Código Procesal Modelo para Iberoamérica.(1988), Código Judicial de Panamá y Regla 37 de las reglas de Procedimiento Civil para el tribunal General de Justicia de Puerto Rico.

En nuestro país, resulta ineludible la referencia al artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regula el funcionamiento de la audiencia preliminar. En 1995, la ley 24573 modifica el Art. 360 e incorpora los Arts. 360 Bis y 360 Ter, instaurando no solamente la audiencia preliminar, sino también la mediación obligatoria, como un intento de motivar un cambio

⁴¹ BERMEJO, Patricia, *La audiencia preliminar en el proceso civil*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Julio-Diciembre de 1994, año XXXIV, n° 55, pág. 259

⁴² BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, pág. 419

⁴³ BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, pág. 418

general en el sistema procesal civil de la nación, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Si observamos la estructura del proceso civil establecida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, deberíamos ubicar esta audiencia en una posición intermedia entre la etapa introductoria y la probatoria, toda vez que conforme lo establecido por el artículo 359 del Código, habiéndose contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas, si se hubieran alegado hechos conducentes, es decir aquellos que tienen relevancia jurídica para decidir el pleito, acerca de los cuales no hay conformidad entre las partes (hechos controvertidos), el juez debe proceder de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 360, citar a las partes a una audiencia.

De cualquier manera, el momento en que se realice la audiencia no es determinante. En muchos sistemas se la articula una vez presentados los escritos constitutivos, mientras que en otros se lo hace luego de presentada la demanda.

Entonces, la audiencia preliminar es un instituto intra-procesal que puede configurar la etapa preliminar que intentamos delinear. No obstante, sus puntos de contacto no deben llevarnos a concluir que se trata de identidades jurídicas, sino más bien la “audiencia preliminar” es una especie del genero “etapa preliminar”.

En síntesis, volviendo a una idea ya planteada, lo que caracteriza a la etapa preliminar son, entonces, sus objetivos y no especialmente su diseño, el modo en que se implemente o los medios por los que intente llegar a aquellos.

Ello es así por cuanto un sistema procesal puede configurar su etapa preliminar de modo intra o extra-procesal y también puede ser intra o extra-judicial, como sucede en el caso de Noruega. En este país, las partes están obligadas a intentar una solución amigable de su diferendo, ya sea por su propia cuenta; a través de la conciliación ante la Junta de Conciliación; a través de la mediación no judicial, o llevando la disputa ante un órgano resolutorio no judicial. En otras palabras, en Noruega la etapa preliminar es obligatoria, extra-procesal y extra-judicial.

Distinto es el caso de Suiza que tiene características de obligatoria, extra-procesal, pero judicial, en el sentido de que el estado pone en manos del Poder Judicial el desarrollo de la etapa preliminar, como ya comentáramos.

En tanto, entre los países escandinavos⁴⁴ existe una diferencia en cuanto a cómo se regula la etapa preliminar. Específicamente, Dinamarca se distingue del resto por cuanto en la mayoría de los casos los jueces daneses mediarán al final de la audiencia principal, mientras que en otros países escandinavos tendrá lugar durante la etapa preparatoria. La mediación danesa está basada en la idea de que se arriba al acuerdo con la propuesta efectuada por el juez, siguiendo el criterio de la eventual sentencia que dictaría.

⁴⁴ Véanse los comentarios de la Profesora Laura Ervo, de la Universidades de Helsinki y Turku, referenciados en el informe de GROEN, Bart, *Nuevas Tendencias en cuanto a la Etapa Prejudicial. Informe General del Sistema Continental*, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, La Plata, 2009, pág. 7

3. UN NUEVO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA JUSTICIA O UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA PROCESAL

En la actualidad, resulta indiscutible que el acceso a la justicia integra el núcleo de la seguridad jurídica, como una garantía necesaria para el ejercicio de los demás derechos reconocidos en el bloque de legalidad. En otras palabras, es un derecho humano por excelencia que el estado garantiza para que los demás derechos no se conviertan en letra muerta ante su eventual vulneración.

Pero el acceso a la justicia es más vasto aún que el mero acceso a los tribunales. Es “un acceso de todos a los beneficios de la Justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad”⁴⁵.

Señala Berizonce⁴⁶ que el movimiento por el “acceso a la justicia” tuvo tres oleadas, la primera de ellas relacionada con remover los obstáculos económicos; la segunda, orientada a hacer accesible la tutela jurisdiccional de intereses difusos; y la tercera, tendiente a simplificar los procedimientos, a fin de volverlos más “comprensibles”, culturalmente accesibles y económicos –en

⁴⁵ Conf. LYNCH, Horacio M., en “*Acceso a la Justicia y profesión legal*”, presentado ante la Conferencia Regional de la International Bar Association el 13 de abril de 1997, citado en *El Acceso a la Justicia en América Latina*, FORES - Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia-, 2005, pág. 2, disponible en <http://www.foresjusticia.org.ar/PaginaHtml.asp?idseccion=16&idcategoria=21&titulo1=Temas&titulo2=Acceso a la justicia>

⁴⁶ BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el estado social de derecho*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1987, págs. 12 y 13; también véase MORELLO, Augusto M., *Lo Hecho. 1940-1996. Una retrospectiva no solo jurídica*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, págs. 493 y ss.

tiempo y en dinero- y eficientes. Esta última es la que se vincula especialmente con el tema en estudio.

A menudo, los sistemas procesales funcionan como laberintos intrincados que conducen erráticamente a una solución, que llega tarde y a un alto costo. En tanto, el derecho al efectivo acceso a la justicia requiere una respuesta adecuada del sistema procesal, como implementador del diseño constitucional de garantías. Cabe preguntarse, entonces, qué importa esa respuesta adecuada, y en ese orden podríamos formular entre otros, los siguiente interrogantes: a) ¿la respuesta debe ser inevitablemente judicial?; b) ¿debe primar el valor tiempo/economía (de costos y tiempo) por sobre el valor justicia o debe intentar conjugarse ambos?; c) ¿la regulación de la etapa preliminar puede atentar contra el derecho al acceso a la justicia si su tránsito deviene obligatorio?

Si bien excede el objeto del presente trabajo dar respuesta acabada a estas preguntas, al menos merece que nos detengamos a reflexionar un instante sobre estas cuestiones que, en algún punto, se relacionan con la implementación de la etapa preliminar, con el modo de hacerla más eficaz, y a la vez que compatible con las exigencias constitucionales.

Se sostiene⁴⁷ que “allanar las barreras en el ingreso al sistema judicial implicaría una entrada indiscriminada e irrestricta de litigios derivando en una congestión del sistema y, paradójicamente, afectando los derechos que se intenta proteger. Por este motivo, un mejor abordaje de la problemática supone un

⁴⁷ *El Acceso a la Justicia en América Latina*, FORES - Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia-, 2005, página 2, disponible en <http://www.foresjusticia.org.ar/PaginaHtml.asp?idseccion=16&idcategoria=21&titulo1=Temas&titulo2=Acceso a la justicia>

reconocimiento de la existencia de mecanismos que trasciendan el camino hacia las cortes y tribunales, buscando alternativas en la solución de los conflictos”. Si esta tesis es correcta, una etapa preliminar que tenga en miras los objetivos que planteáramos, en cuanto a extinguir el conflicto o reducirlo a su mínima expresión, sería un avance hacia el efectivo acceso a la justicia.

Siguiendo esa idea, no todo conflicto debe ser judicializado. El acceso a la justicia no importa en sí el acceso a los estrados judiciales, sino más bien el acceso a una respuesta componedora del conflicto social que compromete la paz. La **relativización** de la respuesta judicial como la llave para la resolución de los conflictos sociales es una de las conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en Noviembre de 2009⁴⁸.

No deberíamos considerar la mediación, o los ADR en general, como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad moderna, que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero ciertamente no para todos. Este es el criterio que adopta la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, del año 2004⁴⁹.

Entonces, el estado puede brindar una respuesta no jurisdiccional, haciendo uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, sin

⁴⁸ Las conclusiones pueden obtenerse del sitio oficial del Congreso: <http://www.procesal2009bsas.com.ar/conclusiones.html>

⁴⁹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF>

desentenderse del valor justicia como forjador de la paz social. Así se desbroza el sendero, y se permite el tránsito ágil de aquellas cuestiones que requieren indefectiblemente de una respuesta jurisdiccional. La etapa preliminar puede funcionar como filtro en su función componedora, ya sea que se instrumente judicial o extrajudicialmente.

Ahora bien, llegados a este punto debemos resaltar que en algunas latitudes se debate actualmente si ciertas formas de implementación de la etapa preliminar no son violatorias del derecho al acceso a la justicia⁵⁰. En efecto, en Europa se discute actualmente si un sistema de etapa preliminar que contemple herramientas de negociación previa de carácter obligatorio, se compadece con el ejercicio del derecho humano al acceso a la justicia, que se considera contenido implícito del inciso 1 del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵¹.

En los Países Bajos, por ejemplo, la mediación no es obligatoria, por lo que las partes no están atadas a la necesidad de consultar un mediador antes de poder iniciar el proceso. Al surgir el interrogante respecto de si la mediación debería constituir un requisito previo a la apertura de la instancia, en 2004 el Ministro de Justicia declaró que el acceso a la justicia no podía estar condicionado

⁵⁰ GOZAINI, Osvaldo A., *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 46

⁵¹ **Artículo 6 . Derecho a un proceso equitativo. Inc. 1** “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

a la mediación previa, por cuanto una obligación absoluta de este tipo violaría el derecho de acceso a la autoridad judicial independiente.

Esta postura ha sido sostenida también por la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo⁵² en un importante número de casos. No obstante, Neil Andrews comenta que lo que es incompatible con el derecho al acceso a la justicia es la restricción indiscriminada, pero no se puede sostener lo mismo, por ejemplo, respecto del control de la litigiosidad temeraria⁵³. Es de destacar que no se trata en sí de posturas contradictorias, sino de diferentes visiones orientadas en un mismo sentido. Es indudable que el derecho al acceso a la justicia, como todo derecho, no es absoluto y exige ciertos límites en su ejercicio. En ese sentido, lo que sostiene el profesor inglés es la necesidad de encausar correctamente el derecho a acceder a los tribunales, y lo puntualiza por ejemplo respecto de las demandas colectivas de daños, que requieren autorización judicial previa⁵⁴.

También podríamos decir lo mismo en relación a los requisitos de admisibilidad prescriptos por las normas procesales: si las exigencias dispuestas por el legislador aprueban el test de constitucionalidad, estaremos frente a una reglamentación válida de un derecho constitucional. El límite claro estará dado entonces por la irrazonabilidad si, directa o indirectamente, importa un obstáculo intolerable al ejercicio del derecho.

⁵² Cfr. ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Ob. Cit., pág.25

⁵³ En Inglaterra, varias decisiones judiciales han destacado que el control de la litigiosidad temeraria es compatible con el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos, *Ebert v Official Receiver* (2002) 1 WLR 320, CA, (7) ff, citando *H v UK* (1985) 45 DR 281, 285, ECommHR; en forma similar, *Att-Gen v Whelam* (2001) IRLR 91 y *Att-Gen v Mathews* *The Times* 2 de Marzo de 2001, CA. Cfr. ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Ob. Cit., pág.8

⁵⁴ Cfr. ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Ob. Cit., pág.8. Idéntica situación se da en Israel. Ver id. Pág. 8

En tanto, en Estados Unidos la percepción respecto de la obligatoriedad del uso de los ADR como requisito previo al inicio del proceso es similar a la que se tiene en Europa. El profesor Richard Marcus del Hasting College of Law de San Francisco, señala que “Está muy mal visto que se impongan impedimentos legales formales a la posibilidad de plantear una demanda; el acceso a la jurisdicción es un valor preponderante”⁵⁵. Pero al igual que se puntualizó respecto de Inglaterra, en Estados Unidos el derecho al acceso a la justicia no es absoluto. En efecto, en una amplia variedad de materias se requiere una notificación prejudicial, incluyendo cuestiones medioambientales, discriminación laboral, y reclamos contra organismos públicos, así como se exige el agotamiento de la vía administrativa en forma previa al inicio de la etapa contenciosa⁵⁶. Pero estos son, si se quiere, requisitos razonables para el ejercicio de la acción, mientras que la exigencia del tránsito obligatorio por los ADR parecería exceder ese criterio, ya que se trata en realidad del sometimiento a un método diverso de solución de conflictos, y aunque no resulte obligatorio mediar, sino intentarlo, lo cierto es que la negativa de las partes implica un alongamiento del plazo en el que se obtendrá la decisión judicial última y definitiva.

Como comentáramos anteriormente, la Comisión Europea presentó una propuesta de pautas para la mediación en controversias civiles y comerciales (Propuesta para una Directriz del Parlamento y el Consejo Europeo sobre ciertos aspectos de la mediación en materia civil y comercial, COM (2004) 718 in fine).

⁵⁵ Cfr. GROEN, Bart, *Nuevas Tendencias en cuanto a la Etapa Prejudicial. Informe General del Sistema Continental*, Ob. Cit., pág. 13

⁵⁶ Cfr. ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Ob. Cit., pág.8. Idéntica situación se da en Israel. Ver id. Pág. 7

En dicho proyecto, no se incluye la obligación de intentar la mediación antes del proceso formal⁵⁷. En cambio, expresamente sostiene que los Estados miembros deben promover activamente el uso de la mediación, pero sin hacerla obligatoria ni sujetarla a sanciones específicas⁵⁸.

No obstante lo dicho, algo parece haber cambiado en el marco de la Unión Europea, si reparamos en que el 21 de mayo de 2008 se dictó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁹. En su artículo 3, al definir la mediación, establece que se trata de “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.” (el subrayado me pertenece). Luego, en su art. 5.2 prescribe que “La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.” (el subrayado me pertenece). Del contexto general de la Directiva y de las 2 normas en análisis, podría interpretarse que la Unión Europea

⁵⁷ Cfr. ANDREWS, Neil, *La etapa Prejudicial. Informe General del Common Law*, Ob. Cit., pág.11.

⁵⁸ Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF>

⁵⁹ Las disposiciones de la Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, aunque afirma que nada impide que los estados nacionales las apliquen. Véase <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>

no se ha pronunciado en contra de la mediación prejudicial obligatoria, siempre y cuando no importe un impedimento para el acceso a los estrados judiciales. Empero, si un estado nacional puede regular de forma obligatoria la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda, la exigencia de no vulneración del derecho al acceso a la justicia parecería quedar restringida a que no es “exija” que las partes medien, sino tan solo que se sometan al procedimiento en forma previa a la demanda a fin de intentar autocomponer el conflicto.

Empero, el problema reside en que el requisito genérico de transitar una etapa de negociación de tipo obligatoria para así poder acceder a la jurisdicción, más allá de sus eventuales resultados, podría resultar en algunos supuestos violatoria del derecho al acceso a la justicia. Ello así, porque importaría la imposición de un método de solución de controversias como sustitutivo o relegador del judicial, o al menos un mayor retardo en la solución judicial.

Las sociedades democráticas tienen por imperativo el ofrecimiento de un sistema de justicia eficaz, que no puede ser sustituido por los ADR, sino que deben estar disponibles “en paralelo”. Si se impide el inicio del proceso so pretexto de descomprimir la sobrecarga del poder judicial, no se contribuye a cumplir el objetivo de mejorar el acceso a la justicia⁶⁰. Para ello, se debería ofrecer el acceso tanto a métodos judiciales como extrajudiciales de resolución de controversias, y que sean las partes quienes razonablemente optan por uno u otro, conforme sus propias percepciones y la naturaleza del conflicto que los enfrenta.

⁶⁰ GOZAINI, Osvaldo A., *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 55

Además, como bien señala Berizonce⁶¹, “lo que no puede admitirse es el modelo de la mediación puramente “facilitadora”, en la que el mediador se limita a impulsar y facilitar el diálogo entre las partes, dejando exclusivamente a éstas el logro del acuerdo “de espaldas al derecho”.”. Ese modelo ortodoxo de mediación se desentiende de la solución “justa” del conflicto, propiciando esencialmente que se solucione sin análisis de costos en términos de justicia. En ese sentido, un sistema de mediación de ese tipo y de orden obligatorio no nos parece compatible con un sistema procesal que se proponga afianzar el derecho al acceso a la justicia, sino más bien con uno que oculta la tierra bajo la alfombra y mejora sus índices estadísticos, desentendiéndose de tareas que le son propias, de acuerdo al diseño constitucional de competencias y funciones esenciales del estado.

Desde otro punto, la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito Nacional parecería ser también contraria al principio de economía procesal⁶², por cuanto una vez intentada esta modalidad –aún en contra de la voluntad de las partes- los litigantes darán inicio al proceso para pasar luego a la audiencia preliminar en la que el juez intentará la conciliación e, incluso, si lo considera adecuado, podrá derivar nuevamente la causa a mediación, con las evidentes dilaciones que este mecanismo importa para arribar a una solución al conflicto, realidad que se enfrenta con el derecho que toda persona tiene a ser oído en un plazo razonable, conforme lo establece el artículo 8 de la Convención Americana

⁶¹ BERIZONCE, Roberto O., *La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación “valorativa”* (La ley bonaerense 13.951, de 2009), Revista de Derecho Procesal, 2010-2, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, pág.

⁶² Véase LEGUISAMON, Héctor Eduardo, *Reflexiones sobre la nueva ley de mediación en el ámbito nacional* (Ley 26.589), eDial - DC138A, 10/06/2010.

de Derechos Humanos, integrada a nuestra Constitución nacional en el artículo 75 inc. 22.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el artículo 8 del pacto de San José de Costa Rica en el caso “Cantos”⁶³ afirmó: *“...Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención.”*

¿Resulta justificable entonces la imposición de una mediación prejudicial obligatoria en razón de la saturación del sistema judicial? ¿se la impone como obligatoria porque importa una mejora en términos de justicia o porque significa una erogación económica menor, comparada con el aumento de recursos del Poder Judicial?

Por otra parte, es posible que convenga que ciertos conflictos sean resueltos judicialmente, dejando de lado los ADR, por cuestiones de política procesal. En ese sentido, Grillo Ciochini⁶⁴ menciona como ejemplo el caso de los procesos colectivos, que son “menos eficaces que las acciones individuales si se

⁶³ Sentencia del 28-11-2002, disponible en http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=2

⁶⁴ GRILLO CIOCCHINI, Pablo, *Intercambio de Información y Prueba antes de la Demanda*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 332

trata de que cada uno de los afectados resulte íntegramente indemnizado del daño sufrido, pero son más eficientes en términos de políticas generales tales como la indemnización de todo daño injustamente sufrido o la disuasión de ciertas conductas abusivas contra los consumidores”.

Si lo que verdaderamente se pretende es una mejor y más pronta composición de los litigios, habría que trabajar en pos de la concientización respecto de la disponibilidad y utilidad de la herramienta, además de enfocarse fuertemente en el diseño de ésta a fin de que su implementación resulte atractiva y eficaz. Si el rinde es satisfactorio, no se requerirá de norma alguna que prescriba su utilización como requisito previo ineludible. Así, de acuerdo a la naturaleza misma de la controversia, los justiciables harán uso de unos u otros resortes meritando la utilidad y respuesta que cada uno de ellos ofrece. En última instancia, como efecto colateral se obtendrá también un alivio a la sobrecarga de trabajo del sistema judicial, lo que redundará en su mayor eficacia. Se trata pues, en definitiva, de un aspecto más de la compleja construcción de ciudadanía⁶⁵.

Además, resulta dudoso el argumento sobre un incremento de la eficacia del sistema a partir de su obligatoriedad. Así, en un informe⁶⁶ del Instituto Argentino de Negociación, Conciliación y Arbitraje (I.A.N.C.A) se afirma que “La Mediación voluntaria duplica los porcentuales de éxito (más del 85%) de la mediación obligatoria y ello se debe que los conflictuados pueden elegir mediadores especializados en la temática de la situación y en la trascendental diferencia que existe en cómo se encara el asunto desde lo voluntario”.

⁶⁵ VILLA, Pedro Sebastián, ob. Cit., pag. 323

⁶⁶ Disponible en: <http://www.ianca.com.ar/desarrol.htm>

Por último, antes de concluir el presente apartado, resulta útil reflexionar un instante sobre lo que ocurre en Alemania a partir de la ley de promoción de la resolución extrajudicial de litigios que entró en vigor en enero del año 2000⁶⁷. Algunos estados alemanes han establecido procedimientos pre-contenciosos de resolución de conflictos, con origen en dicha norma, que se justificó en la necesidad de “racionalizar” el recurso a los tribunales de justicia. En tanto, el BGH⁶⁸ ha interpretado que tales procedimientos son en sí una condición de admisibilidad de la acción⁶⁹, lo que ha merecido la crítica de la doctrina alemana por cuanto se advierte que es un criterio economicista el que rige la norma y su tésis⁷⁰. En definitiva, lo que se pretende es limitar lo más posible el acceso a los tribunales para evitar la sobrecarga de trabajo, bajar los costos que la justicia tiene para el estado y mejorar los índices de eficacia en relación a los casos efectivamente resueltos en los tribunales.

En otros términos, si se imponen los medios alternativos de resolución de conflictos –en vez de fomentarlos- pero no por sus bondades intrínsecas, sino como un modo de aliviar rápidamente la sobrecarga de trabajo de las estructuras actualmente colapsadas y de lograr supuestos mejores resultados estadísticos en el

⁶⁷ La ley de promoción de la resolución extrajudicial de litigios (Gesetz zur Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung), de 15.12.1999, publicada en BGBl. I, p. 2.400, disponible en http://www.rechtliches.de/info_Gesetz_zur_Foerderung_der_aussergerichtlichen_Streitbeilegung.html, y que entró en vigor el 01.01.2000.

⁶⁸ Abreviatura de *Bundesgerichtshof* y corresponde traducirla como Tribunal Federal Supremo.

⁶⁹ BGHZ 161, 145-151 citado a pie de página en COSTA E SILVA, Laura, *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controversias: alternatividade efetiva e complementariedade*, Rev. de Processo, Repro, 158, 2008, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo.

⁷⁰ Para profundizar el análisis, véase COSTA E SILVA, Laura, *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controversias: alternatividade efetiva e complementariedade*, Rev. de Processo, Repro, 158, 2008, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo.

servicio de justicia⁷¹, estaríamos desviándonos de objetivos tales como la mejora del acceso a la justicia –en realidad, terminaría implicando un verdadero obstáculo- y su afianzamiento. Pretender desentenderse de una de las funciones esenciales del estado de derecho no parece constituir una respuesta adecuada a los problemas existentes.

⁷¹ Sobre el punto, véase el agudo trabajo de GUZMAN, Nestor Leandro, *¿Los métodos alternativos de resolución de conflictos garantizan un solución justa? (A propósito de la ley 26.589 de mediación obligatoria en el sistema procesal nacional)*, Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- eldial.com – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010.

4. LA ETAPA PRELIMINAR EN ARGENTINA

Resulta conveniente detenernos, al menos brevemente, en lo que hace a la regulación de la etapa preliminar en nuestro país, a fin de comprender cómo está diseñada –teniendo en miras lo descrito respecto del derecho comparado–.

Si bien sus características actuales no responden a un esquema original⁷², sistemático⁷³ y uniforme⁷⁴ en todo el territorio nacional, es posible delinear su funcionamiento en general. Para ello, debemos comenzar por distinguir dos ámbitos de manifestación: I) las diligencias preliminares; II) la negociación previa al proceso. Para una mejor sistemática, los abordaremos separadamente a continuación.

4.a) Las diligencias preliminares

En cuanto al primero, por diligencias preliminares debemos entender comprendidas las preparatorias y las conservatorias⁷⁵, siendo las primeras las diligencias preliminares propiamente dichas –art. 323 CPCCBA y CPCCN–, mientras que las últimas son las reguladas bajo el rótulo de “prueba anticipada” –

⁷² La afirmación responde a que la etapa preliminar se ha visto modificada con el tiempo, principalmente en lo que hace a la negociación previa al proceso, a partir de las leyes que regulan la mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos.

⁷³ La etapa preliminar no se encuentra regulada en sí como etapa en un código, o en una norma especial, sino que se nutre de un conjunto de prescripciones legales insertas en los códigos procesales y en otras normas que le van dando forma.

⁷⁴ Cada jurisdicción local ha diseñado su propio esquema, tal como se observa en relación a la negociación previa al proceso, materia en la que algunas provincias regulan la mediación como un sistema voluntario, mientras que otras –la nación entre ellas– lo hacen de modo obligatorio.

⁷⁵ Conf. HITTERS, Juan Manuel, *Análisis de la prueba anticipada en un marco global* LA LEY2003-C, 896, y SIRKIN, Héctor E., *Algunas consideraciones sobre las diligencias preliminares*, DJ1996-2, 524. Véase también CC0101 MP 139376 RSI-1058-7 I 21-8-2007; CC0101 MP 131864 RSI-576-5 I 3-5-2005; CC0101 MP 123399 RSI-513-3 I 29-4-2003

art. 326 CPCCBA y CPCCN-. Ambas reconocen como límite el de la propia pretensión de fondo, que debe ser claramente enunciado al peticionar la medida.

Las medidas preparatorias son aplicables no solo a los procesos de conocimiento⁷⁶, sino en todos aquellos casos en que resulte necesario el auxilio de la jurisdicción para preparar el proceso. El artículo 323 CPCC enumera un abanico de supuestos específicos que se relacionan con la necesidad de conocer determinados hechos o establecer ciertos datos imprescindibles para el adecuado planteamiento de la futura demanda o, en su caso, para que quien prevea que será demandado pueda defenderse⁷⁷. Este instituto busca lograr así una traba de la litis sin fisuras y, por consiguiente, la limitación del posible planteo de excepciones y defensas, así como también intenta evitar que se frustre el proceso por defectos formales o por los efectos propios de la información insuficiente respecto del fondo del asunto.

La norma procesal tiene previsto un mecanismo para forzar el cumplimiento de las diligencias ordenadas, en caso que el requerido no lo haga de modo voluntario, sin justa causa. Ante la negativa del requerido, el código prevé la imposición de multa y, por otra parte, cuando se trata de la orden de exhibición o presentación de instrumento o cosa mueble, se hará efectiva mediante secuestro y allanamiento, si fuere necesario. También está prescripta la facultad de imponer

⁷⁶ No obstante, hay procesos especiales que tienen previsto su propio procedimiento de preparación del proceso, como ser el de demencia, preparación de la vía ejecutiva, entre otros, conf. ARAZI, R., BERMEJO, P., DE LÁZZARI, E., FALCÓN, E., KAMINKER, M., OTEIZA, E., ROJAS, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*. 1era. Edición, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, Tomo 1, pág. 668/9

⁷⁷ CC0100 SN 970352 RSI-257-97 I 29-5-1997; CC0201 LP 94840 RSI-96-1 I 29-5-2001

sanciones conminatorias y, en algunos supuestos, la conducta renuente puede llevar a tener por ciertas las circunstancias invocadas por la contraria⁷⁸.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostienen que la enunciación del artículo 323 CPCC no es taxativa ni limitativa⁷⁹, pues siempre que el juez evalúe que existe la necesidad preparatoria planteada, y que el hecho o dato requerido no podría ser obtenido sin intervención de la jurisdicción, debería ordenar su producción más allá de que no surja expresa en el listado originalmente dictado por el legislador. El límite claro parece estar dado por dos circunstancias: a) que se garantice el derecho de defensa de la contraria, desestimando el requerimiento si la medida podría poner a quien deba soportarla en una situación desfavorable en el futuro proceso⁸⁰; b) que los datos pretendidos no correspondan al fondo del pleito⁸¹.

No obstante, aquellos que consideran que las diligencias preliminares están taxativamente dispuestas, así como quienes consideran que deben ser admitidas con criterio restrictivo –por subvertir el orden normal del proceso–, parecen olvidar que la información es indispensable para una adecuada preparación del proceso, y que la realidad de los hechos es muy dinámica, por lo que puede superar ampliamente las previsiones del legislador. Es indudable que se debe garantizar el derecho de defensa de la contraria, por imperativo del principio

⁷⁸ Art. 323 inc. 10 CPCC.

⁷⁹ CC0102 LP 218725 RSI-561-94 I 28-7-1994; CCCom. De Morón Sala 2ª, 11-02-2001, BA B2351394; CCCom. de Mar del Plata, Sala 1ª, 09-02-93, BA B1350311; CC0101 MP 133008 RSI-783-5 I 7-6-2005

⁸⁰ CC0101 MP 125394 RSD-214-6 S 19-5-2006; CC0101 MP 131864 RSI-576-5 I 3-5-2005; CC0101 MP 124546 RSI-458-3 I 22-4-2003

⁸¹ Conf. ARAZI, R., BERMEJO, P., DE LÁZZARI, E., FALCÓN, E., KAMINKER, M., OTEIZA, E., ROJAS, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*. 1era. Edición, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, Tomo 1, pág. 669

de contradicción, pero cabe preguntarse qué principio se viola al indagar sobre cuestiones que hacen al fondo del pleito. De hecho, esta circunstancia es susceptible de habilitar una evaluación más profunda sobre la factibilidad o posibilidades de éxito de la eventual demanda a incoar, y así quizás evitar un proceso que, con la información suficiente a disposición, se vislumbra como inútil.

En tanto, la prueba anticipada fue ideada como un sistema cautelar que tiene por objeto asegurar o proteger la prueba ante la posibilidad de que perezca, o resulte de difícil o imposible producción⁸² en la oportunidad procesal especialmente prevista para ello. A pesar de tratarse de un sistema cautelar, a diferencia de lo que sucede con las denominadas medidas cautelares, no se trata aquí de medidas provisionales, sino que cuando han sido producidas se incorporan definitivamente al proceso⁸³. Como es claro, este anticipo probatorio se puede producir antes del inicio del proceso o ya iniciado el mismo, pero en oportunidad previa a la etapa probatoria. Por ello, y como tal facultad podría colocar en situación de ventaja a una de las partes interesadas en desmedro de la posición de la otra, se rodea a su admisión y producción de resguardos tendientes a restablecer el equilibrio⁸⁴, asegurando la plena vigencia del principio de bilateralidad o contradicción. Es decir que resulta imprescindible brindar a la contraria la oportunidad de controlar la prueba que se produzca en forma anticipada.

Ahora bien, tradicionalmente se ha sostenido que se trata de un instituto de carácter excepcional, solo procedente en caso que se logre demostrar la

⁸² CC0101 LP 200516 RSI-472-92 I 18-8-1992

⁸³ CC0101 LP 200516 RSI-472-92 I 18-8-1992

⁸⁴ CC0002 SI 96942 RSI-640-4 I 29-7-2004

situación que pone en riesgo la prueba que se pretende producir en forma anticipada. Siendo así, dista mucho de ser un dispositivo capaz de proporcionar información respecto del mérito probable de la posición de las partes en conflicto, información que quizás permita evitar el proceso mismo como nos enseñan las experiencias del derecho procesal comparado. No obstante, la mayoría de la doctrina⁸⁵ y jurisprudencia⁸⁶ vernácula es contraria a esta visión amplia de la herramienta.

Resulta obvio, quizás, decir que la preparación del futuro proceso se puede dar –y es lo aconsejable– a partir de la labor preparatoria del abogado, que investiga, indaga, preconstituye prueba para utilizarla en el eventual proceso. Es lo que el Profesor Gozaíni⁸⁷ denomina prueba extraprocesal, y que de su análisis puede surgir la convicción de la necesidad de iniciar un proceso, o el acercamiento de las partes a fin de lograr una solución negociada del conflicto, o el asesoramiento del cliente en el sentido de no embarcarse en una travesía con destino por demás dudoso. Pero lo cierto es que, a menudo, aún el más sagaz y

⁸⁵ Para profundizar sobre el tema, véase GRILLO CIOCCHINI, Pablo, *Intercambio de Información y Prueba antes de la Demanda*, en “Aportes para una Justicia más transparente”, Coordinador: Roberto O. Berizonce, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 337

⁸⁶ “La regla general en materia de prueba anticipada es que se trata de un medio excepcional, pues si se admitiera sin restricciones podría, sin las debidas garantías del proceso legal, anticiparse la solución de fondo, haciendo posible o dificultoso su esclarecimiento posterior, por ello el criterio de aplicación debe ser restrictivo, tendiente, también, a evitar la posibilidad de vulnerar la igualdad de las partes en el proceso, correspondiendo admitirla solo si la parte que las propone está expuesta a perder la prueba. Más aún, es requisito indispensable para la viabilidad de la producción de prueba anticipada que la parte que la solicita tenga motivos justificados y razones de urgencia para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período correspondiente, durante el proceso ya iniciado (arts. 326, primera parte y 328 del Cód. Proc.), es decir, que la demostración de la causa fundante y de la urgencia es en todos los casos insoslayable. En consecuencia, es necesario que se justifique que ésta es la única manera en que podrá probarse el hecho, y que si se dejara para más adelante su producción ya no sería posible hacerlo o, por lo menos, que exista una grave presunción de que así habrá de ocurrir.” CC0203 LP 101626 RSI-352-3 I 30-12-2003

⁸⁷ GOZAINI, Osvaldo. *Formas alternativas de resolución de conflictos*. Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 349.

diligente de los letrados puede no tener éxito en la faena preparatoria, o contar con recursos insuficientes para ello, o requerir el auxilio de la jurisdicción para forzar la obtención de la información y las probanzas necesarias para ello, debido a la falta de “cooperación voluntaria” de la contraparte.

En suma, desde este aspecto se advierte que la etapa preliminar tal y como está regulada en la Argentina no impide obtener la información necesaria para preparar debidamente el proceso o, en su caso, desestimar su iniciación. En realidad, todo dependerá de la interpretación y el uso que hagan de las herramientas los operadores del sistema de justicia. Si los jueces analizan los requerimientos con criterio amplio y siempre teniendo en mira los objetivos planteados, no resultaría necesaria ninguna reforma legislativa para otorgar mayor eficacia al sistema. Por otra parte, si los letrados adoptan una mirada más dinámica de la norma procesal, y comienzan a visualizar las diligencias preliminares (comprendiendo también a la prueba anticipada) como herramientas de gran utilidad, sería posible ir abriendo nuevos caminos.

Si bien esta posibilidad apunta a aprovechar al máximo los recursos existentes, sin necesidad de reformas monumentales, no menos cierto resulta que depende de un factor complejo como lo es la cultura jurídica local, de tono un tanto conservador a la hora de generar cambios espontáneos en el comportamiento de los operadores. Así y todo, en caso de lograrse, no estaríamos demasiado cerca del rinde de algunos sistemas del derecho procesal comparado.

4.b) La negociación previa

En cuanto a la negociación previa al proceso en Argentina, el sistema no es uniforme –como ya dijimos-, difiriendo de jurisdicción en jurisdicción. Si bien existen previsiones normativas respecto de muchos medios alternativos de resolución de disputas, es indudable que la mediación es la herramienta que depara mayor interés y en la que se deposita mayores expectativas.

En el ámbito nacional, a partir del año 1995 se instituyó por medio de la ley 24.573 un sistema de mediación obligatoria previa al proceso. De su artículo 1º surge que lo obligatorio es transitar la etapa, pero no así el arribar a un acuerdo, lo que dependerá de la naturaleza del conflicto, la actitud de las partes, y muy especialmente de la figura del mediador.

Se trató de un “plan piloto” en el que el plazo de la obligatoriedad del sistema fue inicialmente de 5 años, tiempo que se consideraba suficiente para evaluar el funcionamiento del sistema y, eventualmente, llevar a cabo una reorganización judicial. Sin embargo, el plazo fue prorrogado por la ley 25.287 del año 2000; luego por la ley 26.094 del año 2006 y nuevamente prorrogado por la ley 26.368 de 2008.

Después de amplios debates y de haber tenido 15 años como para analizar los resultados de la “prueba piloto”, finalmente se sancionó la ley 26.589⁸⁸, publicada en el boletín oficial el 06/05/2010. En síntesis, establece un procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, instituyendo como requisito de admisión de la demanda judicial el acompañamiento del acta expedida y

⁸⁸Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>

firmada por el mediador interviniente (art. 2). La norma establece un plazo de 60 días para resolver el conflicto, que comenzará a contar desde el momento en que se notificó por última vez al requerido.

En su art. 4 establece que el procedimiento prejudicial de mediación es aplicable a todo tipo de controversias, excepto las 12 materias previstas en el artículo 5 (sucesiones, medidas cautelares, acciones penales, amparo, concursos y quiebras, insania, divorcio, filiación, etc.).

Además, la ley prevé la organización de un Registro Nacional de Mediación que se compondrá de un Registro de Mediadores, un Registro de Centros de Mediación, un Registro de Profesionales Asistentes y un Registro de Entidades Formadoras. Quien medie deberá ser un abogado con por lo menos 3 años de ejercicio profesional, y debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación. Entre las novedades del nuevo sistema podemos advertir que ahora las partes pueden convenir el mediador que intentará el acercamiento, a diferencia el sistema anterior que preveía la asignación de un mediador exclusivamente por sorteo.

Por otra parte, la misma norma modifica, entre otros, los arts. 34 y 360 del CPCN⁸⁹. En particular agrega, en lo que se refiere a la audiencia preliminar, que *“El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a*

⁸⁹ La reforma al CPCCN está prevista en los artículos 52 y 57 de la ley 26.589

pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria.”.

Esta modificación del código procesal en cuanto a la audiencia preliminar se asemeja bastante al sistema que rige en Noruega. Como ya mencionáramos más arriba, en el país escandinavo se apunta principalmente al logro de una solución autocompuesta previa al proceso, y por fuera del ámbito del poder judicial. En caso que fracase tal intento, una vez iniciado el proceso, en su etapa inicial, el juez puede realizar un nuevo intento de mediación de tipo judicial, si advierte que hay ciertas posibilidades de éxito. Finlandia y Suecia han seguido el ejemplo Noruego. En el primero de estos países, en 2003, se produce una reforma –inspirada en el régimen noruego- a partir de la cual un Juez de primera instancia puede, con el consentimiento de las partes, someter el caso a mediación. En esta instancia, el pleito civil se suspendería. El mediador sería otro Juez. Si la mediación fracasara, el proceso continuaría. El nuevo sistema se adiciona al viejo sistema de promoción de los acuerdos entre partes⁹⁰.

Así, el sistema de la ley 26.589 es similar al de los países escandinavos en cuanto a la doble oportunidad para someter un asunto a mediación (una primera oportunidad pre-procesal y una segunda ya intra-procesal)⁹¹, pero difiere

⁹⁰ GROEN, Bart, *Nuevas Tendencias en cuanto a la Etapa Prejudicial. Informe General del Sistema Continental*, traducido por Roberto O. Berizonce y Pedro Sebastián Villa, La Plata, 2009, pág. 7

⁹¹ Opina el Profesor Sirkin que la derivación judicial a mediación “atenta contra los principios de celeridad, inmediación, economía procesal y ejercicio de las facultades-deberes impuestos en los arts. 34 y 36 del CPCCN.”, en SIRKIN, Eduardo, *Acerca de la ley 26.589 de Mediación previa obligatoria y Reforma del CPCCN con cuadro comparativo*, Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- elDial.com – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010. en el mismo sentido, véase LEGUISAMÓN, Héctor E., *Reflexiones sobre la nueva ley de mediación en el ámbito nacional (Ley 26.589)*, elDial - DC138A, 10/06/2010

en cuanto al tipo de mediación y a la figura del mediador. Aquí, en caso que en el marco de la audiencia preliminar fracase el intento conciliatorio, y aún así el juez decida derivar el asunto a mediación, lo hará ante el mismo tipo de mediadores que se enfrentaron al conflicto en la etapa prejudicial.

No obstante, esta nueva oportunidad debería ser analizada con sumo cuidado por el Juzgador. Es posible, incluso, que el juez no se sienta cómodo en su función conciliadora –por no estar especialmente capacitado para ello- y, en ese contexto, prefiera derivar la causa a mediación, pero debe tener presente que las partes ya invirtieron esfuerzos, tiempo y dinero en una instancia obligatoria prejudicial, por lo que la derivación judicial a mediación debería fundarse en razones contundentes. Tengamos presente que podría recurrirse tres veces a un MARC sin llegar a resultado alguno.

Ahora bien, cualquiera que fuere el resultado de la mediación prejudicial, se labrará un acta que será informada y registrada por ante el Ministerio de Justicia (art. 29). En caso de lograr un acuerdo, se requerirá homologación judicial solo cuando estén involucrados intereses de incapaces (art. 26). El acta que instrumenta el acuerdo arribado por las partes, en caso de incumplimiento, será directamente ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencias (art. 30).

Si la mediación fuere infructuosa, el reclamante quedará habilitado para demandar y así abrir la instancia, y el demandado para reconvenir, siempre y cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y

se lo hiciere constar en el acta (art. 27). He aquí un elemento de gran trascendencia procesal, por cuanto el modo en que se exponga el conflicto y las pretensiones de las partes durante la mediación tendrá una influencia tal que puede impedir el ejercicio del derecho a reconvenir del eventual demandado. En otras palabras, el sistema de mediación prejudicial obligatoria no solo importa un requisito de admisibilidad de la demanda, sino también de la reconvencción. De tal modo, parecería ser que si quien luego será demandado no expuso su intención de reconvenir durante la mediación, no tendría otra opción más que iniciar un nuevo trámite de mediación para quedar habilitado a demandar en un proceso distinto.

En un primer análisis, no parece una solución acertada si se tiene en cuenta que ya hubo una instancia prejudicial de negociación, aunque no haya estado orientada a resolver las pretensiones insertas en la futura reconvencción. En todo caso, siempre le quedaría al juez la opción de derivar el asunto a mediación, luego del intento conciliatorio en el marco de la audiencia preliminar del artículo 360 CPCCN.

También merece ser reseñado el nuevo sistema de mediación prejudicial obligatoria instituido en la Provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la ley 13.951⁹² que, en teoría, debería haberse puesto en marcha dentro de los 360 días desde la promulgación de la ley, plazo ya cumplido sin mayores novedades hasta el momento.

En realidad, la nueva ley bonaerense se adscribe básicamente al mismo sistema impuesto por la ley 24.573, sin aprovechar la oportunidad para producir

⁹² B.O. 10/02/2009

mejoras necesarias⁹³, luego de varios años de discusiones⁹⁴ y pujas sectoriales. El sistema de la ley establece dos regímenes de mediación: el voluntario y el obligatorio.

El primero de ellos es un procedimiento previo a la instancia de mediación obligatoria, que no tiene por fin la habilitación de la instancia judicial, sino la búsqueda de una solución autocompositiva del diferendo por propia iniciativa de las partes. Ello así, por cuanto la ley señala que es de carácter “previo” a la mediación obligatoria, por lo que entendemos que la conclusión de la etapa voluntaria sin acuerdo no habilita la instancia judicial. De no ser así, no tendría sentido la previsión de dos sistemas diferenciados, y que uno de ellos deba ser necesariamente previo al otro. Como argumento adicional en el mismo sentido, podríamos agregar que parecería ser la intención del legislador habilitar la instancia judicial sólo cuando se haya mediado frente a un abogado mediador, y no frente a cualquier mediador.

En esta opción, la figura del mediador no necesariamente recae en un profesional del derecho (a diferencia de la mediación obligatoria de tipo judicial), sino en profesionales universitarios con título de grado, que estén matriculados, hayan aprobado el plan de estudio y tengan constancia de su registración y habilitación. Consideramos que se ha tratado de dar respuesta de este modo a las fuertes pujas sectoriales que existían en torno a la figura del mediador.

⁹³ Véase el interesante trabajo de BERIZONCE, Roberto O., *El régimen de mediación-conciliación en la provincia de Buenos Aires (ley 13.951). Primeras impresiones: más sombras que luces*, La Ley, Doctrina Judicial Procesal, Año I, Número I, Agosto de 2009

⁹⁴ CEROWSKI, Mariana, *Ley 13.951. Mediación en la provincia de Buenos Aires*, La Ley Sup. Act. 02/06/2009; FLORES FRUTOS, Olivia Rita, *La ley 13.951 de mediación obligatoria para la Provincia de Buenos Aires*, LLBA 2009 (marzo), 223

En tanto, la mediación previa de carácter obligatorio se aplicará a todos los procesos, con las excepciones previstas en el art. 4: causas penales, divorcio, insania, amparo, cautelares, diligencias preliminares, sucesiones, concursos preventivos, quiebras, causas laborales, entre otras.

La norma solo prevé la designación del mediador por sorteo en la Receptoría General de Expedientes (mediación judicial), a diferencia de lo que establece la ley 26.589 reseñada más arriba. Sin embargo, nada dice en cuanto a la forma de designación del mediador voluntario, por lo que podría entenderse que las partes pueden acordar su intervención. Asimismo, la ley 13.591 solo exige la asistencia letrada para la mediación judicial (art. 16), por lo que parecería eximir de tal requisito a la mediación voluntaria.

Señala Berizonce⁹⁵ que el régimen instaurado en la provincia de Buenos Aires sería una suerte de “mediación-conciliación atípica, sui generis”, por cuanto la intervención del juez en la homologación del acuerdo (no requerida en la norma nacional), pudiendo realizar observaciones y devolver las actuaciones al mediador para que intente producir un nuevo acuerdo, o bien rechazar de plano la homologación peticionada, siempre teniendo en miras el logro de “una *justa* composición de los intereses de las partes”, lo acercan más a una conciliación ante el juez.

Al respecto, opina Cerowski⁹⁶ que la homologación como etapa necesaria “va en contra del principio de autodeterminación y responsabilidad en las decisiones”, al tiempo que se pregunta: “¿No implica acaso quitarle a las

⁹⁵ BERIZONCE, Roberto O., “*El régimen de mediación-conciliación ...*”, op. Cit. Pag. 2

⁹⁶ CEROWSKI, Mariana, *Ley 13.951. Mediación en la provincia de Buenos Aires*, La Ley Sup. Act. 02/06/2009

partes "poder" para delegarlo en un tercero -el juez- que es quien en definitiva va a darle valor jurídico a lo que ellas acordaron, debiendo contar además en forma obligatoria cada una de ellas con el asesoramiento de un abogado?". No coincidimos con esta postura, por cuanto si se erige la mediación como una etapa prejudicial obligatoria, el estado no puede desentenderse –como ya señaláramos anteriormente- del tipo de respuesta que ofrece el sistema de justicia. Las partes no tendrían otra alternativa más que transitar obligadamente por esta etapa, y no podemos desconocer la existencia de serias desigualdades⁹⁷ entre los litigantes que pueden derivar en un resultado rápido, pero no necesariamente en un resultado de calidad o, dicho de otro modo, un resultado justo.

Cabe preguntarse entonces a qué precio se pretende desarticular conflictos o descongestionar el sistema judicial, y si tal desarticulación será producto de la libre convicción de los justiciables o más bien una claudicación consciente, en pos de no alongar el padecimiento que irrogaría un proceso civil que se mantiene inmodificado.

En distinto sentido opina Berizonce⁹⁸, para quien el sistema de mediación de la ley 13.951 importa un esquema claramente superior del recientemente aprobado en el orden nacional, por cuanto “puede resultar significativo en aras de acercarse al objetivo de la composición amistosa de los

⁹⁷ GUZMAN, Nestor Leandro, *¿Los métodos alternativos de resolución de conflictos garantizan un solución justa? (A propósito de la ley 26.589 de mediación obligatoria en el sistema procesal nacional)*, Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589-eldial.com – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010; También, LEGUISAMÓN, Héctor E., *Reflexiones sobre la nueva ley de mediación en el ámbito nacional (Ley 26.589)*, elDial - DC138A, 10/06/2010

⁹⁸ En un trabajo que consideramos una revisión de su análisis original de la norma, véase BERIZONCE, Roberto O., *La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación “valorativa” (La ley bonaerense 13.951, de 2009)*, Revista de Derecho Procesal, 2010-2, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, pág.

conflictos en términos de justicia intrínseca, sin la cual mal puede asegurarse la paz social.”. Es decir que se aleja de la mediación tradicional, simplemente “facilitadora”, para comprometerse con el resultado del intento conciliatorio. Este autor entiende que la clave del nuevo régimen de mediación-conciliación bonaerense radica en dos aspectos novedosos de la norma: 1) el consentimiento informado⁹⁹; y 2) la homologación judicial del acuerdo, siempre que entienda que el mismo representa *una justa composición* de los intereses de las partes.

Estos dos ejes parecen trabajar de manera coordinada, de modo de no desentenderse del resultado de la mediación. Así, quienes logren llegar a un acuerdo en esta etapa preliminar, lo deberían hacer de manera plenamente consciente de su significación, de la renuncia que harían, de los costos y los beneficios que importa la decisión adoptada. Como corolario, será el juez quien en definitiva vele por mantener un *standard* mínimo de justicia en el acuerdo logrado, pudiendo rechazarlo si no superara tal evaluación.

4.c) Una visión crítica

Una vez desarrolladas en forma más que breve las dos modalidades de manifestación de la etapa preliminar, nos proponemos formular una visión crítica general, más allá de las críticas particularizadas que fuimos desarrollando en los puntos anteriores.

⁹⁹ Innovación incorporada en el art. 1 de la ley 13.951, análoga a las previstas en las regulaciones normativas de la relación médico-paciente.

Así, la principal observación que podemos realizar se afina en la falta de coherencia integral existente en la etapa preliminar al proceso civil en la Argentina. Al proceso civil clásico se le fueron realizando “parches” y adiciones, por medio de reformas al código o a partir del dictado de leyes autónomas que modifican su funcionamiento.

No observamos que haya habido un análisis integral del estado de situación a partir del cual se haya realizado un diagnóstico claro. Sin dicho diagnóstico, resulta difícil –si no imposible- planificar las medidas a tomar a corto, mediano y largo plazo a fin de cumplir las metas establecidas –en el caso que las haya habido-. Volveremos sobre este punto más adelante.

La desarticulación que se observa entre la regulación de las diligencias preliminares, la prueba anticipada y las modalidades de negociación previa al proceso, atentan contra la eficacia de la etapa preliminar en su conjunto. Quizás la razón de esta falta de articulación que se advierte provenga justamente de no considerar aún, en forma extendida, a la etapa preliminar como una *etapa*, integrada por diferentes herramientas que deberían coadyuvar a la consecución de los fines que planteamos al inicio del presente trabajo.

Por el contrario, consideramos que en nuestro país el interés por la etapa preliminar -como etapa- es reciente, incipiente¹⁰⁰, y todo lo que hace a la preparación del proceso se ha mantenido casi sin modificaciones por varias décadas, mientras que desde mediados de los años 90 se ha trabajado fuertemente

¹⁰⁰ La etapa preliminar al proceso civil ha sido objeto de estudio del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en el año 2009. No obstante, en la bibliografía vernácula no contamos con estudios generales sobre la etapa preliminar al proceso civil, sino con trabajos doctrinarios sobre algunas de las herramientas que consideramos como integrantes de dicha etapa. Lo mismo sucede en la legislación.

en lo que hace a la negociación previa, especialmente a partir de la mediación, pero teniendo como objetivo principal aliviar la sobrecarga del sistema judicial. Parece haberse tratado de una mirada más economicista que procesalista.

No observamos, entonces, que haya habido mejoras, o algún tipo de reingeniería, tendientes a la preparación adecuada del proceso en caso que las partes no hayan podido –o querido- evitarlo. En el mismo sentido, tampoco observamos que el sistema implementado ofrezca incentivos para la eliminación o reducción del conflicto, en el marco de una negociación previa, más allá de la evaluación del costo de oportunidad que tiene el tránsito del proceso hacia una sentencia de mérito (luego de haber atravesado la etapa prejudicial obligatoria), en comparación con un pronto acuerdo, aunque menos ventajoso.

Por otra parte, más allá de las críticas al sistema como un todo, no son menores las objeciones que pueden hacerse a cada una de las herramientas de la etapa.

Ya afirmamos que las diligencias preliminares necesitarían una relectura –más allá de una eventual reforma- que permita mayores rindes, y quizás a partir de ello se pueda revisar la utilización que de ellas se hace en la praxis cotidiana. Es difícil establecer si el mayor problema es la interpretación restrictiva que se hace de ellas en los tribunales o si, por el contrario, no es una herramienta utilizada en forma general producto de falta de convicción de los letrados en cuanto a las bondades o a la necesidad de una adecuada preparación del proceso civil.

En cuanto a la negociación previa al proceso o en una etapa temprana del mismo, hemos mencionado que tenemos serias dudas sobre la conveniencia de la obligatoriedad de los medios alternativos como requisito de admisibilidad de la demanda, tendencia que se repite en buena parte de los regímenes procesales de los estados provinciales y a nivel nacional. Ello así, no solo por lo que puede implicar como obstáculo al acceso a la justicia, sino también por las implicancias que tiene como calidad de respuesta que brinda el sistema a los conflictos que se plantean en la sociedad.

Además, el incentivo que ofrece el intento u oportunidad de autocomposición temprana o prejudicial, es desarticular la contienda en el corto plazo, a pesar de que pueda implicar una renuncia –consciente o inconsciente- a derechos que le son propios. Si la razón por la que un sujeto accede a una solución de este tipo radica en que estima improbable la obtención de una decisión justa en un plazo razonable, con los perjuicios que ello le provocaría, no creemos que esta herramienta sea una respuesta adecuada al problema. Pareciera que en vez de atacar la patología de fondo (ineficacia del sistema), se propone un tratamiento alternativo, aunque obligatorio, de tipo paliativo, que operaría como una suerte de mal menor. Como señala Taruffo¹⁰¹, es un signo de patología, no un signo de salud del sistema procesal.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele, "Sobre las fronteras, Escritos sobre la justicia civil", ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2006, pág. 48, citado en GUZMAN, Nestor Leandro, *¿Los métodos alternativos de resolución de conflictos garantizan un solución justa? (A propósito de la ley 26.589 de mediación obligatoria en el sistema procesal nacional)*, Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- eldial.com – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010. En este trabajo, Guzmán afirma que “el empleo creciente de las técnicas alternativas no resulta un síntoma positivo, sino que es más bien el dato evidente de la crisis de la justicia ordinaria”.

Ahora bien, no debe confundirse ésta crítica, con una crítica a los medios alternativos en sí, sino más bien pretendemos reflexionar sobre la utilización que se hace de los MARC, o qué fines se pretende alcanzar con ellos, y a qué costo. Estamos convencidos de que la autocomposición es el modo más natural y menos agresivo o nocivo de solución a un conflicto, y por eso mismo no nos parece “natural” el tránsito obligatorio por esa etapa, más aún si se tiene en cuenta que la falta de cooperación para obtener un resultado favorable está exenta de reproches o sanciones. Así, es muy probable que se incrementen las desigualdades subjetivas, y que a fin de no perecer en el intento, la futura actora se resigne a un acuerdo malo, pero pronto.

Se puede argumentar en contrario que, para hacer realidad las bondades de los MARC, es necesario modificar la cultura jurídica de nuestra sociedad, y que para ello la obligatoriedad es una herramienta eficaz. No obstante, no hay estadísticas nacionales o internacionales que demuestren una mayor eficacia de los sistemas obligatorios, en comparación con los voluntarios.

Si bien hicimos referencia con antelación¹⁰² a una alta tasa de eficacia de la mediación voluntaria (superior a la obligatoria), no menos cierto resulta que el porcentaje de conflictos que se someten voluntariamente a mediación (u otros MARC) es sustancialmente menor que en los sistemas obligatorios.

Además, la estadística mencionada toma como base los asuntos que se sometieron a mediación voluntaria, lo que presupone que los sujetos enfrentados partían del convencimiento de poder lograr una solución, cosa que no acontece en

¹⁰² Informe del I.A.N.C.A. cit., disponible en: <http://www.ianca.com.ar/desarrol.htm>

todos los casos que se someten a la mediación obligatoria, lo que motiva también las diferencias entre los guarismos que a menudo se esgrimen como argumento principal de una u otra postura. Por lo tanto, no es posible extraer de ello conclusiones a favor de uno u otro sistema midiendo la eficacia integral.

5. LA ETAPA PRELIMINAR EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PROCESAL

A partir de las experiencias brevemente relatadas del derecho procesal comparado hemos podido advertir que, en ocasiones, el legislador no ha organizado en forma integral la etapa preliminar tal y como hemos pretendido esquematizarla. No obstante, ello no implica que la etapa preliminar no esté presente, sino que existe más allá de su consagración legislativa, sea cual fuere el modo en que se implemente.

Ello así, por cuanto la ausencia -o relativa presencia- de regulación normativa no impide de modo alguno las prácticas que, en ese sentido, se produzcan en el sistema judicial de un determinado país. En otras palabras, a pesar de carecer de una plataforma normativa que determine el qué, el cómo y el cuándo, las partes y sus letrados pueden trabajar a favor de buscar una solución negociada que evite el proceso o, en su caso, lo prepare adecuadamente.

Sin embargo, estimamos que no es ese un escenario deseable o recomendable. Por el contrario, así como resulta necesario organizar un sistema procesal a fin de establecer las pautas que regirán la provisión de un adecuado servicio de justicia, también lo es instituir un sistema de etapa preliminar que tienda a garantizar sus fines propios, en un todo coherente con la idea-fuerza de un sistema procesal eficaz.

Entonces, lo primordial es, sin dudas, determinar si en el contexto de un sistema procesal se considera de especial relevancia la consecución de los fines que planteáramos respecto de la etapa preliminar. De ser así, se impone por

evidente la necesidad de analizar cuáles resultan ser los medios más adecuados para el logro de tales fines¹⁰³.

5.a) Reforma parcial vs. Reforma integral

Hasta el mejor de los propósitos se puede ver frustrado si no es fruto de un análisis racional de la problemática que intenta resolver, los recursos con que se cuenta y el medio en que se pretende insertarlo. Se trata de una tarea harto compleja, que muy probablemente carece de respuestas rápidas y contundentes, pero que sin lugar a dudas parte de la formulación de dos preguntas esenciales: a) ¿qué cambio se pretende producir?; b) ¿cuál es el mejor camino para ello?

Todo cambio que se aspire a producir importa una reforma del statu quo imperante, pero lo importante es dirigir las energías en un sentido útil, a fin de no dilapidar esfuerzos. Una mala reforma nos puede llevar incluso a concluir – erróneamente- que el cambio es malo en sí, en vez de advertir que el defecto radica en su implementación.

Como en el campo de la medicina, en el campo jurídico debemos recurrir al concepto de diagnóstico como herramienta indispensable para el posterior tratamiento eficaz de una “patología”.

Del repaso que hemos efectuado por la realidad nacional e internacional podemos concordar sobre la honda preocupación que existe en las diferentes

¹⁰³ Ver BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, La Plata, Librería Editora Platense, 1999, pág. 311

latitudes respecto de la eficacia del sistema de justicia¹⁰⁴. Este sería el síntoma cuya causa o causas es preciso determinar.

Así, tanto los niveles de insatisfacción percibidos por los justiciables como la preocupación evidenciada en los ámbitos académicos y del resto de los operadores del sistema nos hablan de la necesidad de un cambio, de una reforma. Como señala Falcón¹⁰⁵, una vez determinada la necesidad del “cambio”, deberíamos abordar una segunda etapa del problema relacionada con las siguientes preguntas: a) ¿qué hacer?; b) ¿cómo hacerlo?; c) ¿cuándo hacerlo?

A su vez, apunta Berizonce¹⁰⁶, con acierto, que el sistema de justicia constituye una organización, una estructura fraccionada en la que factores endógenos y exógenos interactúan y gravitan como niveles propios de la estructura judicial. Y agrega: “En ese contexto, un plan de reforma global no puede agotarse en la sola consideración de uno o varios de esos niveles, ni aislarlos; ha de ser comprensivo de la totalidad y abarcarlos en su plenitud orgánica”.

Es decir que una reforma debe ser planificada a partir de un diagnóstico claro e integral. Es preciso establecer objetivos generales, particulares y operativos, de corto, mediano y largo plazo, así como un plan maestro a implementar. Luego, es importante pautar sistemas de seguimiento y control para

¹⁰⁴ Es más, esta preocupación existía ya en 1987, cuando se celebró el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal en Utrecht, Países Bajos, donde se abordó el problema de la eficacia del sistema de justicia.

¹⁰⁵ FALCON, Enrique M., *La reforma procesal desde el punto de vista sistémico*, Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del bicentenario, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 129 y 130.

¹⁰⁶ BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, La Plata, Librería Editora Platense, 1999, pág. 310

detectar desvíos y realizar las correcciones que resulten necesarias. Y esta es tan solo una resumida síntesis, acotada a fin de no exceder los límites del presente trabajo. Resulta claro que este cometido debe necesariamente partir de un trabajo interdisciplinario y cuidadosamente planificado.

Por otra parte, debemos tener en claro que el diagnóstico a realizar debe tener una circunscripción espacial adecuada para que de su resultado se puedan derivar conclusiones e incluso soluciones apropiadas. En otras palabras, los diagnósticos generales que se puedan hacer de la situación en el derecho comparado, no nos deben llevar a creer que su resultado es asimilable a nuestro ámbito nacional. Como señala Falcón¹⁰⁷, “los diagnósticos generales, si bien nos pueden dar una idea promedio, muchas veces resultan erróneos para la aplicación a casos concretos...”. El escenario internacional nos brindará un contexto, un panorama in extenso, y es posible que nos aporte ideas sobre los caminos recorridos y sus resultados, que nos puedan ser de utilidad para encarar la tarea en el ámbito local. Lo consideramos ni más ni menos que el punto de partida necesario desde el que se podrá iniciar el trabajo diagnóstico, con un bagaje teórico y desde la experiencia aplicada, que aportará interesantes puntos de referencia.

Ahora bien, cabe preguntarse si para regular una etapa preliminar eficaz, tributaria de los fines de reducción de los niveles de litigiosidad y de preparación adecuada de la litis, es necesario engarzarla en el contexto de un plan de reforma integral, en la que ésta sea solo una de las piezas del complejo engranaje o, por el

¹⁰⁷ FALCON, Enrique M., *La reforma procesal desde el punto de vista sistémico*, Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del bicentenario, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 131

contrario, podemos pensar en planificar con el mismo nivel de sistematicidad su implementación autónoma, a menor escala.

Es cierto que la alternativa de encarar una reforma integral tiene cuantiosas ventajas, especialmente si se la estudia en forma seria, interdisciplinaria, como una verdadera política de estado¹⁰⁸. No obstante, no se nos escapa que el esfuerzo es titánico y que, en alguna medida, ello atenta contra las posibilidades de concreción. Al respecto, basta recordar la cantidad de proyectos de reforma integral que han quedado en el camino en los últimos veinte años.

En ese contexto, estimamos que el hecho de encarar una reforma parcial, pero coherente, no importa una renuncia al objetivo macro, sino comenzar a recorrer el camino y quizás contribuir a la reducción de al menos algunas de las patologías del actual sistema.

Si retomamos la visión crítica que hiciéramos más arriba sobre el estado actual de la etapa preliminar en Argentina, nos veremos nuevamente rodeados por conceptos tales como asistematicidad, falta de coherencia integral de las reformas realizadas, confusión de medios y fines, entre otros. Insistimos, no parece haber habido en el ámbito local una estrategia clara tendiente a regular herramientas eficaces. Quizás se deba, en parte, a que no ha habido una política general a partir de un correcto diagnóstico y la consecuente identificación de objetivos concretos. De hecho, no se ha concretado una reforma integral ni tampoco una parcial especialmente planificada respecto de la etapa preliminar.

¹⁰⁸ FALCON, Enrique M., *La reforma procesal desde el punto de vista sistémico*, Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del bicentenario, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 129

Tomemos, por ejemplo, las leyes sobre mediación prejudicial obligatoria. ¿Se ha optado por un sistema obligatorio por considerarlo más eficaz en cuanto al logro de una solución pronta y justa a la vez que reduce los niveles de litigiosidad o, por el contrario, se lo ha hecho a fin de reducir la carga del sistema judicial? Y en este último caso, para obtener el mismo resultado, ¿se podría simplemente haber aumentado el número de órganos jurisdiccionales?

También podemos interrogarnos en relación a la preparación del proceso: ¿se ha introducido alguna modificación que tienda a mejorar el rinde de las instituciones existentes? ¿las nuevas leyes de mediación prejudicial articulan de algún modo para la preparación del proceso, en caso de fracasar el intento de solución negociada? La respuesta a estos interrogantes pareciera ser negativa.

Consideramos preciso diferenciar, entonces, las siguientes situaciones: a) una reforma procesal a escala “micro”, con sus caracteres de sistematicidad, coherencia con el sistema “macro” vigente, y planeamiento estratégico; b) una reforma procesal integral, con nuevos objetivos “macro”, sistemática y en un todo coherente, con institutos que se adecuen a los fines planteados; c) la incorporación al ordenamiento jurídico de una norma aislada, regulatoria de un instituto procesal en particular.

En nuestra opinión, las nuevas leyes surgidas en el ámbito nacional y en algunas provincias son ejemplos de la tercera situación descrita, que no implican abordar en forma completa la temática de la etapa preliminar. Por el contrario, creemos que sería auspiciable profundizar el estudio de esta etapa y definir así qué resulta más conveniente y posible, entre una reforma integral del sistema procesal

y una reforma parcial pero abarcadora de la problemática como un todo. Es más, la implementación de la etapa preliminar podría diseñarse como una fase dentro de un plan reformista más extenso.

5.b) Las reformas de Lord Woolf

Después de haber discurrendo en general sobre las reformas procesales, podemos sumergirnos en particular en el caso del Reino Unido, que nos puede servir de ejemplo práctico de cómo se ha llevado a cabo un proceso de reforma.

En el Reino Unido existía un sistema procesal vigente desde 1870, que con el tiempo fue generando consensos en cuanto a la necesidad de reformas profundas. En el último cuarto de siglo pasado se fueron dando algunas modificaciones parciales, aunque significativas, en dirección al paulatino alejamiento del tradicional sistema adversarial¹⁰⁹.

El punto de quiebre estuvo dado, en 1994, por la decisión del entonces Lord Chancellor de encargar al reconocido magistrado Lord Woolf of Barnes, un profundo estudio del sistema civil inglés, así como la elaboración de sugerencias y propuestas de reforma. Por ese entonces, en Inglaterra y en la mayor parte de los países del mundo el proceso generaba consensos a partir de defectos tales como la excesiva lentitud, el alto costo y la innecesaria complejidad. En conjunto, constituían las principales causas de insatisfacción de los justiciables.

¹⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Uma novidade: O código de processo civil inglês*, Temas de Direito Processual, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss..

Lord Harry Woolf es reconocido como el mayor responsable del movimiento reformista del proceso civil inglés, aunque también se recuerda su gran protagonismo en el ámbito del proceso penal, a partir de su informe de 1991 sobre el sistema carcelario. Los objetivos del examen que se le encargara en 1994 eran mejorar el acceso a la justicia, reduciendo el costo de los litigios y la complejidad de las normas procesales, modernizando la terminología y eliminando las distinciones innecesarias entre práctica y procedimiento.

El trabajo de Lord Woolf vio la luz a partir de un informe preliminar surgido en 1995, que se completó con el definitivo publicado en julio de 1996. En octubre de ese mismo año el Lord Canciller hizo públicos sus planes para poner en práctica las recomendaciones. Luego, en 1997 se dicta la *civil procedure act*, que preanuncia la llegada de un código unificador. Algunos pensaron que, con el cambio de signo político a manos del laborismo, peligraba la suerte del plan de reformas ideado por Lord Woolf, mas el nuevo informe encomendado a Sir Peter Middleton propició la profundización del sendero recorrido hasta entonces¹¹⁰.

El resultado de esta labor fue la sanción de las *Civil Procedure Rules* (conocidas como C.P.R.), en 1998 y cuya entrada en vigor data del 26 de abril de 1999. Se ha logrado así una codificación que unifica la normativa procesal, acercándose en parte a lo que resulta común en el sistema continental, aunque con diferencias de estructura: las CPR estaban divididas originalmente en 51 partes (actualmente llegan a 79 producto de las constantes enmiendas), además de

¹¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Uma novidade...* ob. Cit.

algunas importantes disposiciones complementarias como las *schedules*¹¹¹, un glosario de los principales conceptos jurídicos¹¹² y los *practice direction protocols*¹¹³ sobre los que nos detendremos más adelante. Cada parte (*part*) está dividido en reglas (*rules*) y éstas en sub-reglas (*sub-rules*)¹¹⁴.

Si bien las CPR no abandonan por completo el sistema adversarial, es justo decir que lo remodela o, dicho de otro modo, recorta sus excesos. Existía una fuerte convicción en cuanto a que la principal causa de los defectos de que padecía el sistema radicaba en el excesivo poder que tenían las partes –y sus abogados– en el manejo del proceso. Por ese motivo, la reforma apunta a reconocer al juez importantes facultades de *case-management*, incluso en forma previa al *trial*. Ya en el *foreword*¹¹⁵ del Lord Chancellor se centra la atención en que los jueces administren activamente los casos, con miras a evitar que las partes manipulen el proceso para obtener ventajas tácticas. Es cierto que el juez como director del proceso, o incluso el activismo judicial, no es algo que sorprenda en estas latitudes, pero sin dudas importa un cambio mayúsculo en la cuna del *common law*.

¹¹¹ N. de A. Las *schedules* contienen parte de las disposiciones de la antigua normativa procesal (las RSC y las CCR) que fueron preservadas, aunque *aggiornadas* a la nueva terminología y sistemática.

¹¹² Un buen ejemplo del intento de acercar el proceso a la comprensión del justiciable

¹¹³ N. de A. La sustancia de cada “parte” se ve suplementada por los *practice directions* que, en general, regulan aspectos prácticos de aquellas.

¹¹⁴ Para profundizar sobre la estructura de las CPR, véase GRAINGER, I. y FEALY, M., *The Civil Procedure Rules in Action*, Cavendish Publishing Limited, segunda edición, 2000, pág. 9 y ss. en: http://books.google.com.ar/books?id=do5ZaPvFABMC&pg=PA5&lpg=PA5&dq=CPR+structure+parts&source=bl&ots=ZbrZzw3WZv&sig=eZkmCCCvn8fivPpT5uXu3SeTbaE&hl=es&ei=Kh tSTJbQLIOKIwebicnRBO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CCEQ6AEwAg#v=onepage&q=CPR%20structure%20parts&f=false

¹¹⁵ N. de A.: sería una suerte de prólogo o prefacio de las CPR.

En definitiva, las reformas de Lord Woolf han sido un ejemplo de reforma integral, fruto de un profundo análisis previo, y que aún sigue siendo objeto de seguimiento y control a partir de datos estadísticos. Por supuesto, como en todo, existen grandes defensores y detractores¹¹⁶, pero en general, a más de diez años vista, se observa que se han alcanzado varios de los objetivos planteados¹¹⁷.

5.c) Características del sistema procesal Inglés en la actualidad

A modo de introducción, debemos mencionar que a toda causa civil que se inicie se le imprime una de las tres vías disponibles: a) *small claims track* (hasta 5.000 libras esterlinas); b) *Fast track* (entre 5 y 15.000 libras esterlinas; c) *multi track* (para causas de mayor cuantía y complejidad).

La primera es una vía simple, casi exenta de formalismos, sin costos por la utilización del sistema judicial, sin servicios de asistencia jurídica, y rara vez las partes acuden con letrados.

La segunda, es la vía más utilizada de las tres previstas. Por la *Fast-track* suelen tramitar la mayor parte de los procesos de daños¹¹⁸. El procedimiento es

¹¹⁶ A modo de ejemplo, véase el interesante artículo de reciente aparición publicado en el diario inglés *The Times* el 9 de Abril de 2009, titulado “*Have the Woolf reforms worked? The changes made ten years ago have been a disaster for the civil justice system and need a radical rethink*” disponible en: <http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article6060325.ece>

¹¹⁷ JUDGE, Igor, *The Woolf Reforms after 9 years: Is civil litigation in the High Court quicker and cheaper?*, The Anglo-Australasian Lawyers Society, agosto de 2007, disponible en: <http://www.vicbar.com.au/GetFile.ashx?file=AboutCourtsFiles%2FSir+Igor+Judge+Lecture++16.8.07.pdf>

¹¹⁸ JUDGE, Igor, *The Woolf Reforms after 9 years: Is civil litigation in the High Court quicker and cheaper?*, The Anglo-Australasian Lawyers Society, agosto de 2007, pág. 1, disponible en:

bastante simple y la etapa de *trial* dura en promedio media jornada. El monto de las costas es fijo y se programa el *trial* dentro de las 30 semanas desde el inicio del proceso.

La *multi-track* se utiliza para las causas de mayor monto y complejidad, incluyendo a modo de ejemplo las acciones colectivas. A pesar de ello, una porción no muy significativa llega al *trial*, generalmente ante tribunales especializados en la materia.

Ahora bien, en lo que hace a la etapa preliminar en particular, las CPR incorporan los *pre-action protocols*, que constituyen en sí el otro cambio fundamental en el panorama del proceso inglés, al que nos referiremos más adelante con especial detalle.

Las reformas de Lord Woolf perseguían cinco objetivos fundamentales: 1) acelerar la justicia civil; 2) lograr que el proceso civil se convierta en algo más accesible para los justiciables; 3) simplificar el lenguaje del proceso civil; 4) promover las soluciones negociadas; 5) hacer que la litigación sea más eficiente y menos costosa.

Estos objetivos pretendían ser alcanzados a través del cambio de “responsable” del *case-management*, que pasa de las partes y sus abogados, a manos del órgano jurisdiccional. A su vez, el nuevo modelo de *case-management* se lograría principalmente a partir de los *pre-action protocols*, del control de las

causas simples o de poco monto tramitadas por la *Fast track*, y de los casos complejos o de mayor cuantía por medio de la *multi-track*¹¹⁹.

En un estudio¹²⁰ cualitativo realizado en Inglaterra a partir de entrevistas y *focus groups* a jueces, funcionarios judiciales y abogados de la matrícula, en 2003 y 2004, se concluye que las reformas aplicadas han producido un cambio positivo en la cultura jurídica inglesa, mejorando la cooperación entre las partes, y entre las partes y el juez.

En cuanto al nuevo modelo de *case management*, las audiencias breves¹²¹ para ajustar cuestiones procesales son consideradas como uno de los mayores éxitos de las CPR por cuanto, por ejemplo, es posible llevarlas a cabo incluso en forma telefónica –dotándolas de suma agilidad, cualidad que ha contribuido a su amplia utilización en la actualidad–, y en ellas se van reprogramando actividades y estableciendo plazos para el cumplimiento de los diferentes actos procesales pendientes.

Esa misma investigación afirma que la tasa de acuerdos que se logran en los procesos evitando llegar a la etapa del *trial* es elevada, promediando el 60%, aunque en algunos tribunales se ha logrado alcanzar el 80% del total de los litigios¹²². Casi ninguno de los casos que tramitan por la *multi-track* ha llegado a la etapa de *trial*.

¹¹⁹ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, *The management of civil cases: the courts and post-Woolf landscape*, Department for Constitutional Affairs, Research Series 09/05, noviembre de 2005, en: http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005_full.pdf, pág. 7

¹²⁰ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., pág. 7

¹²¹ Denominadas *case-management conferences*.

¹²² PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., pág. 8

Resulta fundamental también el cambio de tendencia que se ha producido antes y después de la entrada en vigor de las CPR, en cuanto al número de causas iniciadas al año, como se puede advertir del análisis de la siguiente tabla:

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Procesos iniciados	2.208.878	2.245.324	2.000.337	1.871.923	1.739.090	1.626.779	1.571.976
Variación 1999-2003	-21,41%						

Fuente: Department for Constitutional Affairs Statistical Branch (Caseman)

Este auspicioso resultado en la reducción de los índices de litigiosidad, en términos del número de conflictos que ingresan al sistema judicial, se debe eminentemente al cambio de prácticas que las CPR provocaron en la etapa preliminar. Ahora, la mayoría de las soluciones negociadas que mencionábamos más arriba se producen antes de la interposición de la demanda, y eso gracias a la fuerte incidencia de los pre-action protocols¹²³, así como también a la utilización de los ADR y a las propuestas u ofrecimientos de acuerdo prejudicial¹²⁴.

En efecto, un aspecto de la reforma al que se le atribuye el mérito de haber contribuido al alto índice de soluciones negociadas es, sin dudas, el “ofrecimiento de la parte 36” (*part 36 offer*) que mencionáramos en el párrafo anterior, aunque como desventaja se menciona lo complejo del procedimiento y lo dificultoso que resulta para los abogados explicarlo acabadamente a sus clientes.

¹²³ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., pág. 17

¹²⁴ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., pág. 18

Se trata de una regulación superadora del sistema existente antes de la vigencia de las CPR. La experiencia previa solo admitía al demandado la posibilidad de formular propuestas de acuerdo, aunque también preveía sanciones (pero ningún incentivo) para el supuesto que el actor rechazara tal propuesta y luego no lograra un mejor resultado en el *trial*¹²⁵.

La parte 36 regula el procedimiento que se debe seguir cuando el reclamante o la contraria formulan una propuesta de acuerdo respecto de todo o parte del conflicto planteado. El “ofrecimiento” puede ser realizado incluso antes de iniciado el proceso y puede contar con una contrapropuesta de la contraria.

La clave del sistema ideado radica en las consecuencias que puede tener el rechazo a la propuesta de acuerdo de la contraria. Si el caso sometido a proceso llega al dictado de una sentencia a favor del actor que fuera menos ventajosa que la propuesta del demandado (a) o, por el contrario, si el ofrecimiento del actor fuere igual o más ventajoso que la sentencia en contra del demandado (b), las consecuencias del rechazo de la “oferta”, en forma muy sintética, podrían ser las siguientes: a) el demandado tendrá derecho al recupero de sus costas, con más un interés sobre las mismas; b) el actor tendrá derecho a un interés adicional sobre el capital reclamado y reconocido en la sentencia, que no superará el 10% de dicha base, además del recupero de sus costas y un interés adicional sobre las costas que recupera, que no superará el 10% de tal base. Todo ello, siempre y cuando el Juez lo considere “justo”, de conformidad a las circunstancias de la causa.

¹²⁵ Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigations Costs: Final Report*, TSO (The Stationery Office), Inglaterra, diciembre de 2009, pág. 420

A pesar de la complejidad del sistema, la eficacia del mecanismo radica en el temor a los altísimos costos de la litigación en Inglaterra, y en las sanciones e incentivos establecidos para promover su utilización. Este dato de la realidad ha tenido una incidencia gravitante en el análisis de la relación costo-beneficio que los justiciables y sus letrados efectúan a la hora de evaluar una propuesta de acuerdo.

El alto costo del proceso es, quizás, la cuenta pendiente más importante del proceso civil inglés. Si bien el costo total del sistema de justicia ha disminuido, no sucede lo mismo si se analiza el costo de un caso en concreto¹²⁶. Lo primero se relaciona con la alta tasa de conflictos que no avanzan hasta el *trial*, concluyendo a partir de soluciones negociadas. Lo segundo, se debe a que el costo de litigar no es solo alto, sino desproporcionado en relación al monto del litigio. Así, en un caso con una pretensión económica no muy elevada, los costos pueden igualar e incluso superar el monto en disputa¹²⁷.

¹²⁶ JUDGE, Igor, *The Woolf Reforms after 9 years: Is civil litigation in the High Court quicker and cheaper?*, The Anglo-Australasian Lawyers Society, agosto de 2007, disponible en: <http://www.vicbar.com.au/GetFile.ashx?file=AboutCourtsFiles%2FSir+Igor+Judge+Lecture++16.8.07.pdf>

¹²⁷ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, *The management of civil cases: the courts and post-Woolf landscape*, Department for Constitutional Affairs, Research Series 09/05, noviembre de 2005, pág. 63, en: http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005_full.pdf

6. LOS *PRE-ACTION PROTOCOLS* DE INGLATERRA Y GALES

6.a) *Los pre-action protocols*

El eje de la etapa preliminar en Inglaterra y Gales lo constituyen los llamados *pre-action protocols*. La regulación de la etapa preliminar que pretendemos comentar no es ni obligatoria, ni voluntaria, a diferencia de los principales ejemplos del derecho procesal comparado que hemos reseñado con anterioridad. Dicho de otro modo, se ha diseñado un sistema que ni sostiene la obligatoriedad del intento conciliatorio –que muchas veces no es más que una actitud voluntarista carente de resultados prácticos-, ni la prevén como una mera facultad de las partes sin un verdadero compromiso de fomentar los mecanismos de *pre-action*¹²⁸.

Por el contrario, en Inglaterra se ha implementado un set de herramientas procesales, sistemáticamente dispuesto y coherente con los objetivos a los que aspiran las *CPR*, cuya originalidad¹²⁹ radica, principalmente, en la instauración de un mecanismo voluntario, de compulsión indirecta, que fomenta en forma eficaz la utilización de la etapa preliminar. Y esta etapa no solo apunta a intentar una solución negociada del conflicto en forma previa a la iniciación del proceso, sino también a su preparación adecuada en caso que el intento negociador no prospere.

¹²⁸ VILLA, Pedro Sebastián, *La etapa preliminar al proceso civil. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado*, ob. Cit., pág.316 y 317

¹²⁹ El sistema inglés ha sido adoptado por Australia, particularmente en los estados de Queensland y South Australia, aunque también deberíamos destacar el Decreto-Ley 34/2008 de Portugal que instaura un mecanismo de compulsión indirecta hacia los ADR a partir de una sanción en costas. Véase <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2008/02/04000/0126101288.PDF>.

La clave de este singular esquema está dada por el hecho de poner a disposición de las partes en conflicto una serie de pautas de conducta y alternativas que, en caso de no ser utilizadas podrán generar consecuencias adversas. Si en razón de no transitar la etapa preliminar se debe iniciar el proceso, y resulta ser el juez quien tiene que resolver el conflicto por medio de una sentencia, éste valorará la conducta desplegada por las partes durante la etapa prejudicial, y en función de ello podrá imponer costas a modo de sanción. Es decir que las partes son libres de recorrer o no la etapa prejudicial, pero si el juez advierte irrazonable o arbitraria tal negativa podrá sancionar a la parte que, con su conducta ha provocado la iniciación de un proceso que se podría haber evitado, o que ha ocasionado un incremento de gastos que de otro modo no se habría generado.

La sanción que el juzgador eventualmente imponga no necesariamente recaerá sobre quien resulte vencido en el proceso, sino justamente sobre aquel (e incluso ambos) cuyo incumplimiento de las obligaciones prejudiciales establecidas en los protocolos, haya derivado en un incremento indebido de los costos procesales o en la necesidad del dictado de una sentencia de mérito.

6.b) Funcionamiento del sistema

6.b.I Los protocolos específicos

En lo que hace a la etapa preliminar, el sistema procesal inglés tiene previstos, hasta el momento, once protocolos de pre-action (*pre-action protocols*)

divididos por materias, y un protocolo general para la etapa preliminar denominado *practice direction on pre-action conduct (PDPAC)*¹³⁰, que entró en vigor el 6 de abril de 2009, en razón de la enmienda número 49 de las CPR, y reemplazó al *practice direction on preaction protocols*.

Desde la puesta en marcha del nuevo proceso civil inglés se han ido incorporando protocolos de pre-action, a partir de las enmiendas que periódicamente se aprueban. La cantidad de protocolos vigentes se relaciona con el propósito de abarcar con minuciosidad las problemáticas particulares de las principales materias que lideran la litigiosidad actual. Así, hasta el momento Inglaterra cuenta con los siguientes protocolos¹³¹:

- Protocolo de pre-action para los conflictos relacionados con la ingeniería y la construcción (octubre de 2000)¹³²;
- Protocolo de pre-action para la difamación (octubre de 2000)¹³³;
- Protocolo de pre-action para los reclamos relacionados con lesiones (abril de 1999)¹³⁴;
- Protocolo de pre-action para la resolución de disputas relacionadas con la salud (abril de 1999)¹³⁵;

¹³⁰ Véase su texto completo en:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm

¹³¹ Se puede acceder al texto completo de los protocolos de pre-action en:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm

¹³² N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for the Construction and Engineering Disputes*

¹³³ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Defamation*

¹³⁴ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Personal Injury Claims*

¹³⁵ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*

- Protocolo de pre-action para la negligencia profesional (julio de 2001)¹³⁶;
- Protocolo de pre-action para la revisión judicial (marzo de 2002)¹³⁷;
- Protocolo de pre-action para reclamos relacionados con enfermedades y muertes (diciembre de 2003)¹³⁸;
- Protocolo de pre-action para los conflictos derivados de las locaciones en mal estado (diciembre de 2003)¹³⁹;
- Protocolo de pre-action para los reclamos de desalojo por falta de pago (octubre de 2006)¹⁴⁰;
- Protocolo de pre-action para desalojos por falta de pago de préstamos hipotecarios o planes para la adquisición de viviendas (noviembre de 2008)¹⁴¹;
- Protocolo de pre-action para los reclamos relacionados con lesiones de menor cuantía derivadas de accidentes de tránsito (abril de 2010)¹⁴²;

¹³⁶ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Professional Negligence*

¹³⁷ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Judicial Review*

¹³⁸ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Disease and Illness Claims*

¹³⁹ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Housing Disrepair Cases*

¹⁴⁰ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Possession claims based on Rent Arrears*

¹⁴¹ N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property*

¹⁴² N. de T.: el título original en inglés es: *Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents*

6.b.II El *Practice Direction on Pre-Action Conduct*

El PDPAC¹⁴³ es una suerte de protocolo general que describe las conductas que el órgano jurisdiccional normalmente espera de las futuras partes, en forma previa a la iniciación del proceso¹⁴⁴. En otras palabras, regula la conducta de las partes durante la etapa preliminar al proceso civil, y tiene por objetivos fundamentales a) permitir que las partes logren una solución negociada del conflicto sin dar inicio al proceso civil; b) servir de sostén para un *case-management* eficiente en caso que el proceso no pueda ser evitado. El legislador inglés aspira lograr estos objetivos alentando a las partes a que realicen un intercambio adecuado de información acerca del asunto que los enfrenta, así como también a que consideren la utilización de alguno de los medios alternativos de resolución de conflictos disponibles (*ADR*)¹⁴⁵.

Las disposiciones del PDPAC son aplicables tanto a aquellos conflictos que tienen un protocolo de pre-action específico, como también a aquellos que no se encuentran sujetos a algún protocolo en particular.

Al darse inicio a un proceso, el juez podrá requerir a las partes que expliquen qué pasos se dieron en relación a la conducta prejudicial esperada. En caso de observar algún incumplimiento, el juez podrá pedir que se expresen las razones que derivaron en tal incumplimiento de las reglas de conducta prescriptas.

¹⁴³ *Practice Direction on Pre-Action Conduct*

¹⁴⁴ Cfr. PDPAD 2.1, disponible en:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAURDZ

¹⁴⁵ Cfr. PDPAD 1.1 y 1.2, disponible en:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAURDZ

El juez, al momento de evaluar la conducta de las partes, tendrá en consideración tres pautas fundamentales: 1) analizará la conducta desplegada en términos generales, sin detenerse en deficiencias menores o simplemente técnicas; 2) considerará la proporcionalidad existente entre los pasos dados y la importancia del asunto; 3) tomará en cuenta la urgencia del conflicto. Cuando un asunto es urgente (ej. La necesidad del dictado de una medida cautelar), el juez esperará de las partes que se conduzcan razonablemente de acuerdo a las reglas prescriptas, aunque teniendo en miras la urgencia del caso¹⁴⁶.

Ahora bien, cabe preguntarse qué tipo de conductas podrían considerarse un incumplimiento del protocolo de conducta prejudicial. El PDPAC responde a este interrogante en el punto 4.4¹⁴⁷ citando como ejemplos los siguientes: a) no proveer información suficiente a la contraria que le permita comprender el asunto en disputa; b) no actuar dentro de los plazos establecidos en el protocolo específico aplicable al conflicto o, en caso de no haberlo, dentro de un plazo “razonable”; c) rechazar de modo irrazonable la posibilidad de utilizar los resortes que ofrecen los ADR; d) no revelar los documentos requeridos por la contraria sin justa razón para ello.

6.b.III La conducta del *claimant*

En los términos del PDPAC, lo primero que debe hacer el reclamante (*claimant*) –eventual futuro actor- es enviar una misiva dirigida al reclamado

¹⁴⁶ Cfr. PDPAD 4.3, disponible en:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAURDZ

¹⁴⁷ http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm

(*defendant*) –eventual futuro demandado- en la que deberá brindar todos los detalles necesarios como para que la otra parte comprenda el asunto que los enfrenta. En particular, deberá contener los datos completos del reclamante, las bases en que se funda el reclamo (ej. las razones por las que considera que la otra parte es responsable), un resumen de los hechos en los que se basa el reclamo, lo que pretende específicamente de la contraria, si se reclama una suma de dinero deberá explicar cómo se ha calculado dicho monto, los documentos esenciales de los que se pretende valer, establecer qué modalidad de *ADR*¹⁴⁸ considera más adecuado utilizar e invitar a la contraria a que acceda a ello, establecer el plazo en el que considera razonable recibir una respuesta completa al planteo (a menos que el plazo esté establecido por el protocolo específico), identificar y pedir copia de cualquier documento considerado relevante que no esté en manos del reclamante y que éste desee tener a disposición, indicar a la contraria que el conflicto se encuentra regido por las reglas establecidas en el PDPAC (a menos que tenga cabal conocimiento de que la contraparte cuenta con asistencia letrada), e informar las consecuencias que conlleva el hecho e ignorar la carta de reclamo prejudicial (posibilidad de iniciar el proceso y cargar con el eventual incremento de la responsabilidad por las costas del proceso)¹⁴⁹.

¹⁴⁸ El PDPAC menciona tan solo a modo enunciativo los siguientes: negociación, discusión, mediación, arbitraje y evaluación neutral temprana (*early neutral evaluation*: cuando un tercero independiente, que podría ser un abogado o un experto en la materia, da su opinión sobre el asunto). Véase PDPAC, 8.2, disponible en: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAVBDZ

¹⁴⁹ Cfr. Anexo A, 2, PDPAC.

6.b.IV La conducta del *defendant*

Por su parte, la contraria (*defendant*) al recibir la carta de reclamo prejudicial tiene tres opciones¹⁵⁰:

a) No responder dentro del plazo de 14 días desde la recepción de la carta. En este caso, el reclamante puede iniciar el proceso y se considerará que ha cumplido adecuadamente con la conducta prejudicial prevista en el protocolo, y las eventuales consecuencias pesarán sobre la contraria;

b) Realizar una contestación preliminar: en caso que el requerido no estuviere en condiciones de contestar en forma definitiva, podrá tomar este camino anoticiando al reclamante que ha recibido la carta de reclamo prejudicial informando, en su caso, si en el asunto está o puede estar involucrada una compañía aseguradora, la fecha en la que considera que podrá brindar una contestación definitiva (la parte o la aseguradora)¹⁵¹, a menos que esté establecido por el protocolo específico. Podrá también solicitar toda aquella información adicional que considere necesaria para poder contestar la carta. Si no pudiera brindar una contestación definitiva porque necesita consejo profesional, lo hará saber al reclamante indicando a quién ha acudido en busca de asesoramiento y cuándo estima poder contestar (hasta 14 días adicionales se consideraría un plazo razonable);

¹⁵⁰ Cfr. Anexo A, 3 y 4, PDPAC.

¹⁵¹ Si el asunto es simple y claro (ej. Una deuda dineraria no controvertida) la contestación definitiva debería producirse dentro de los 14 días. Por el contrario, si el conflicto involucra a una aseguradora o a otro tercero, o hay prueba para producir, se considera razonable contestar en forma definitiva dentro de los 30 días. En caso que el asunto sea particularmente complejo, se acepta como razonable un período superior a 30 días pero no mayor a 90. Véase PDPAC, 7, disponible en: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAVBDZ

c) Contestar en forma definitiva rechazando o aceptando en todo o en parte el reclamo de la contraria. En caso de rechazar o aceptar parcialmente el reclamo, deberá indicar los motivos por los cuales no acepta el reclamo en un todo, y establecer donde radican las diferencias. Si considera que el reclamante es en todo o en parte responsable del conflicto, deberá resumir los hechos en los que se basa tal alegación. A su vez, deberá establecer si va a plantear un contra reclamo y, en su caso, ofrecer el mismo tipo de información que el reclamante en la carta prejudicial originaria. Indicará también si acepta o no la propuesta de ADR formulada por el reclamante (y las razones del rechazo), así como también podrá ofrecer otra forma de ADR, o indicar los motivos por los que no considera aconsejable la utilización de ninguno de ellos. También deberá determinar los documentos de los que intentará valerse en su defensa, solicitar aquellos que necesita pero no se encuentran en su poder y acompañar las copias de los documentos requeridos por el reclamante, o indicar el motivo por el que no las acompaña.

6.b.V Evaluación general del sistema

El intercambio de cartas prejudiciales que hemos reseñado les otorga a las partes una oportunidad genuina de resolver el conflicto en forma rápida, sin necesidad de iniciar el proceso civil.

En el sistema anterior a las CPR (RSC y CCR), el *case-management* estaba en manos de las partes, como ya señaláramos, y aunque no había obstáculo

alguno para el intercambio de pretensiones y defensas en forma previa a la iniciación del proceso, no menos cierto es que su utilización era por demás escasa¹⁵². El modelo fallaba porque el principio de cooperación no regía la conducta de las partes. No había pautas de conducta preestablecidas que tendieran a la cooperación, el intercambio fluido de información y la negociación tendiente a resolver el conflicto sin recurrir al proceso. Si, por caso, una de las partes enviaba una carta de reclamo prejudicial en los términos actuales de la PDPAC, lo más probable era que la contraria no respondiera, o lo hiciera con evasivas, lo que conspiraba incluso también contra la posibilidad de preparar adecuadamente el proceso ante el fracaso del intento negociador.

Dicho de otro modo, los protocolos han contribuido a crear un ambiente de mayor cooperación, debido a las consecuencias que trae el incumplimiento de sus normas. Algunos jueces ingleses lo han denominado “cooperación forzada”, lo cual de todos modos se ha convertido en la conducta habitual en el proceso civil inglés¹⁵³, tanto en aquellos asuntos que cuentan con un protocolo específico como en los que se encuentran bajo el paraguas del PDPAC.

Los protocolos también han facilitado el *disclosure*, que tiene fuerte incidencia en las posibilidades de lograr una solución “informada” o, en su caso, en las posibilidades de preparar el proceso para que sea más eficiente¹⁵⁴, debatiendo solo aquello que sea realmente controvertido entre las partes, y que no pueda ser resuelto prejudicialmente.

¹⁵² PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. Cit., pág. 10

¹⁵³ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. Cit., pág. 22

¹⁵⁴ A modo de ejemplo, se ha reducido al punto de la cuasi extinción el número de excepciones de falta de legitimación planteadas. Ello, a partir de la utilización de los protocolos de pre-action. Véase PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. Cit., pág. 29

En los estudios realizados por Lord Woolf surgía claro el problema del rol de los peritos en el proceso. Antes de la vigencia de las CPR había peritos de parte, con altos costos y escasa objetividad percibida por las partes en cuanto a los dictámenes que emitían. Ahora, a partir de los cambios en el *case-management*, los peritos son auxiliares del juez, como es típico en el sistema continental, y se suele designar uno solo para el proceso, salvo que por razones fundadas se advierta la conveniencia de contar con más de uno a criterio del órgano jurisdiccional¹⁵⁵.

En la etapa preliminar también es posible, y a veces aconsejable¹⁵⁶, contar con la opinión de un experto. Así, en un caso de daños, conjuntamente con la carta de reclamo prejudicial, el reclamante debería acompañar el informe del/los experto/s que dictaminan en cuanto a la responsabilidad y la entidad y cuantía de los daños, a fin de que la contraparte lo evalúe y pueda realizar preguntas, o bien lo acepte y puedan llegar a un acuerdo. Si ello no prospera y se inicia el proceso, el dictamen pericial se acompañará a la demanda¹⁵⁷ y luego se considerará si resulta necesario designar un nuevo perito a los efectos del proceso¹⁵⁸. El juez analizará si las costas generadas por el nuevo perito designado son recuperables, o a cargo de quién quedará el gasto, en función de cómo meritúe el dictamen prejudicial.

¹⁵⁵ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. Cit., pág. 32

¹⁵⁶ El protocolo de pre-action para los reclamos relacionados con lesiones, en el punto 2.14 y 2.15, alienta su utilización. Ver

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/protocols/prot_pic.htm

¹⁵⁷ Nótese las semejanzas de este procedimiento con el establecido por el art. 696 bis del código italiano al que nos referiremos en próximos capítulos.

¹⁵⁸ http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/protocols/prot_pic.htm

6.b.VI Los protocolos y los *ADR*

Sin duda alguna las CPR alientan la utilización de ADRs, aunque no hay una relación directa entre el aumento de la tasa de acuerdos logrados en la etapa preliminar y el aumento de la tasa de utilización de los ADR. En el año que siguió la puesta en marcha de las *Civil Procedure Rules* de 1999, se produjo un aumento sustancial del uso de ADRs que, con el tiempo, fue decreciendo sensiblemente hasta estabilizarse, en tanto que las soluciones negociadas siguen con tendencia creciente. Ello así porque, en realidad, los justiciables han preferido recurrir a la simple negociación mucho más que a las formas arquetípicas de ADR, como la mediación y el arbitraje.

La mediación sí tiende a ser utilizada muy a menudo en los conflictos comerciales, pero casi nunca en los casos de daños y perjuicios, y rara vez se da la mediación intraprocesal¹⁵⁹. Es decir que la naturaleza del conflicto es, en parte, lo que determina qué clase de abordaje resulta conveniente darle.

A diferencia de lo que sucede en nuestro sistema en el ámbito nacional o en la provincia de Buenos Aires –donde rige la mediación prejudicial obligatoria–, en Inglaterra se puede optar por cualquiera de las formas de ADR o ninguna de ellas, siempre teniendo en consideración las particularidades del caso. La mayor parte de los conflictos que transitan la etapa preliminar son reclamos por daños y por recupero de sumas dinerarias. En ninguna de estas materias se opta por la mediación, sencillamente porque las partes sienten que no resulta útil para ese tipo de disputas, pero ello no implica que se inicie directamente el proceso, sino que se

¹⁵⁹ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., pág. 2

utiliza una alternativa aún más simple como la negociación, siempre teniendo en mente las consecuencias posibles en caso de no intentarlo.

Es más, se ha señalado que resulta complejo establecer cuál es el momento apropiado para la mediación, ya que al inicio del conflicto puede ser inapropiado por contar con información insuficiente como para evaluar la fuerza del caso, en tanto que hacia el final del proceso ya se ha incurrido en demasiados gastos como para preferir una solución mediada, en vez de una decisión judicial¹⁶⁰.

Profundizando aún más, tomemos por ejemplo el protocolo de pre-action sobre negligencia profesional. Si bien en el punto B6.1 expresa que se espera que las partes consideren la posibilidad de solucionar el conflicto a través de los ADR, en el punto B6.4 expresamente reconoce que ninguna de las partes puede ser forzada a mediar o a someterse a alguno de los medios alternativos de resolución de conflictos¹⁶¹. La voluntariedad de los ADR en Inglaterra fue también claramente sostenida por la jurisprudencia en el caso “*Halsey v Milton Keynes NHS Trust*, del 11 de Mayo de 2004¹⁶², aunque es dable aclarar que también destacó la *Court of Appeal* que, a fin de que las costas le sean impuestas al perdedor, pesaba sobre el ganancioso la carga de demostrar que no resultaba

¹⁶⁰ PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, ob. cit., págs. 45 y 46.

¹⁶¹ Véase el protocolo de pre-action sobre negligencia profesional, disponible en http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/protocols/prot_neg.htm. Lo mismo prescribe, entre otros, el protocolo de pre-action sobre lesiones, en su punto 2.19, disponible en: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/protocols/prot_pic.htm

¹⁶² LANG, Jon, *Mediation – The framework in England and Wales*, trabajo presentado en la Conferencia IBA, en Praga, 25-30 de septiembre de 2005, pág. 2, disponible en: http://www.jonlang.com/pdf/publications_framework.pdf

“razonable” en el caso concreto recurrir a los ADR para resolver el conflicto¹⁶³. En el mismo sentido se resolvió en *Burchell v Bullard* [2005] EWCA Civ 358¹⁶⁴.

Entonces, resulta pertinente insistir en el “espíritu” del sistema, que señaláramos al principio: la etapa preliminar, y particularmente el objetivo de lograr una solución negociada evitando el litigio, es de tipo voluntaria pero de compulsión indirecta. El régimen inglés fomenta, promueve, brinda las herramientas, pero no obliga. Es más, al haber establecido un sistema voluntario, el estado inglés no se ha desentendido de la reducción de la litigiosidad como objetivo compatible con el mantenimiento y restablecimiento de la paz social. A modo de ejemplo, se ha organizado un centro de ayuda¹⁶⁵ con una línea telefónica gratuita que atiende las consultas de los ciudadanos sobre los medios con los que cuenta para resolver un conflicto, y el mismo gobierno se ha comprometido a utilizar alguna forma de ADR cuando fuere posible, de acuerdo a las circunstancias del caso¹⁶⁶.

A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en nuestro país, Inglaterra ha establecido un marco regulatorio de la etapa preliminar en forma integral, pero no de la mediación (o de alguna otra forma de ADR) en sí. No existen mediadores profesionales, aunque en la práctica tampoco existen personas dedicadas a la actividad de mediador que no hayan recibido entrenamiento al efecto, y suelen nucleares en asociaciones creadas al efecto. La mediación en Inglaterra es una herramienta más, cuya evolución dependerá en definitiva de la “demanda del

¹⁶³ LANG, Jon, ob. Cit. pág. 4.

¹⁶⁴ LANG, Jon, ob. Cit., págs. 4 y 5.

¹⁶⁵ El centro de ayuda se denomina *The National Mediation Helpline*, y se puede consultar su sitio web en <http://www.nationalmediationhelpline.com/>

¹⁶⁶ LANG, Jon, ob. Cit., pág. 5.

mercado” y de la utilidad percibida por los mismos usuarios¹⁶⁷, más que de la voluntad del legislador.

6.b.VII El régimen de sanciones

Ahora bien, una vez realizado un recorrido general por los protocolos de pre-action y su funcionamiento, debemos detenernos un instante, a modo de corolario, en los mecanismos sancionatorios previstos ante el incumplimiento de las pautas de conducta prescriptas por ellos.

El PDPAC es el protocolo que se ocupa en particular de las sanciones que el juez podrá imponer si, de acuerdo a la evaluación que realice de la conducta desplegada por las partes, llegara a concluir que los incumplimientos ocurridos –considerando en términos generales su cuantía y extensión- devienen irrazonables en relación a las circunstancias particulares de la causa¹⁶⁸. En otras palabras, la evaluación del juez debe apuntar a analizar por una parte los efectos probables del incumplimiento y, por la otra, si dichas conductas encuentran o no justificación en el aspecto fáctico que hace al núcleo del conflicto¹⁶⁹.

¹⁶⁷ LANG, Jon, ob. Cit., pág. 6.

¹⁶⁸ Como comentáramos anteriormente, en forma reciente Portugal ha modificado su Código Procesal en lo que hace al régimen de costas, y establece una norma en igual sentido al sistema inglés en análisis. El art. 447-D inc. 4 del Decreto-Ley 34/2008 dispone que “quien pudiendo haber recurrido a los medios alternativos de resolución de conflictos hubiere optado por iniciar el proceso judicial, soportará sus costas independientemente del resultado del proceso, salvo cuando la parte contraria haya sido quien imposibilitó la utilización de los medios alternativos” (la traducción me pertenece). Disponible en: <http://www.dre.pt/pdf1sdip/2008/02/04000/0126101288.PDF>

¹⁶⁹ Conforme la interpretación que surge del punto 4.5 del *Practice Direction on Pre-Action Conduct*, http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDADCCZ

Así, entre las sanciones que el juez puede disponer, el PDPAC en su punto 4.6 detalla las siguientes:

- Suspender el proceso hasta tanto se de cumplimiento a determinados actos que el juez considera posible y necesario realizar;
- Dictar una resolución que imponga a la parte incumplidora las costas –o parte de ellas- de la contraria;
- Dictar una resolución que imponga a la parte incumplidora las costas de la contraria en concepto de indemnización;
- Si la parte considerada incumplidora fuera el reclamante, en cuyo favor se dictó una sentencia que condena a la contraria a pagar una suma de dinero, el juez podrá disponer una quita parcial o total de los intereses que le pudieren corresponder, o una tasa de interés inferior a la que le hubiere correspondido en caso de no haberse verificado el incumplimiento;
- Por el contrario, si la parte considerada incumplidora fuera el *defendant*, y se dictara sentencia en su contra que lo condenara a pagar una suma de dinero, el juez podrá disponer la aplicación de una tasa de interés adicional, que no excederá del 10% sobre el capital.

En síntesis, dado que los costos del proceso son de por sí muy altos en Inglaterra, el riesgo de verlos incrementados o de no poder recuperar -en parte o totalmente- los gastos originados en el litigio es un mecanismo que, de manera efectiva, compele indirectamente a las partes a realizar el esfuerzo de transitar la etapa preliminar a conciencia, intentando solucionar el conflicto o, si ello no fuera viable, intentando preparar adecuadamente la futura causa a fin de arribar a una

sentencia de mérito incurriendo en el menor costo posible, en términos de tiempo y dinero.

7. LA ETAPA PRELIMINAR EN ITALIA.

7.a) Aspectos generales

La reciente reforma al proceso civil italiano sería un ejemplo de implementación de la etapa preliminar completamente diferente a la modalidad utilizada en Inglaterra.

En efecto, en Italia, en vez de encararse un proceso de reforma integral se han ido realizando reformas (y algunas contrarreformas) parciales principalmente en los años 1990, 1995¹⁷⁰, 2003, 2005, 2006 y 2009. Estas últimas reformas serán desarrolladas con mayor profundidad más adelante. Por otra parte, mientras las CPR tienen como nuevo principio rector el *case-management* en manos del juez, por considerar que el sistema anterior que ponía los destinos del proceso sustancialmente en manos de los abogados constituía la principal causa de las patologías del proceso civil inglés, el legislador italiano tomó el camino inverso y fue dejando la etapa preparatoria del proceso absolutamente en manos de los abogados¹⁷¹. Debemos reconocer, por cierto, que los procesos de reforma que se han venido dando en los últimos veinte años alrededor del mundo han tendido a acortar las distancias existentes entre los sistemas del *common law* y del *civil law*¹⁷², que otrora parecían casi irreconciliables, y entonces ya nada es tan absoluto ahora en cuanto a los poderes del juez y al *case-management* se refiere.

¹⁷⁰ Reforma que vuelve atrás algunos de los pasos dados en 1990. Véase TARUFFO, Michele, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, en TROCKER, N. y VARANO, V. (editores), “*The Reform of the Civil Procedure in Comparative Perspective*”, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, año 2005, pág. 220.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, ob. Cit., págs. 225 y 226

¹⁷² PALOMO VÉLEZ, Diego I., NICOLÓ TROCKER and VICENZO VARANO, *The reforms of civil procedure in comparative perspective* (Giappichelli Editore, Torino, *Quaderni CESIFIN*,

También podemos advertir como una marcada diferencia la forma en que se regula la etapa preliminar en uno y otro sistema. Mientras que Inglaterra ha desarrollado un complejo sistema regulatorio liderado por el *Practice Direction on Pre-Action Conduct* (PDPAC) y los diversos protocolos de pre-action por materia, Italia ha dejado a la etapa preliminar exenta de marco regulatorio general, optando por realizar una serie de reformas parciales inorgánicas que conforman el panorama actual, siendo el art. 696 bis la gran novedad legislativa en cuanto a la búsqueda de soluciones autocompuestas, además del art. 60 de la ley 69/2009¹⁷³ y el decreto del 04/03/2010 sobre mediación.

Entre las reformas legislativas que mencionáramos más arriba, merecen nuestra atención -en lo que hace a la etapa preliminar- especialmente las realizadas en los años 2005, 2006 y 2009. A ellas están dedicados los próximos apartados.

7.b) La mediación en Italia

En la última década, el tema de la mediación en Italia ha tenido sus importantes marchas y contramarchas. A modo de breve repaso, debemos recordar que fue en el proceso laboral donde se dio una de las primeras experiencias de mediación prejudicial obligatoria en Italia, que luego se fue extendiendo al proceso civil. Sin embargo, parecía ser que esta herramienta con fines

nuova serie, 2005), 275 pp., comentario bibliográfico publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N^o 1, pp. 187 - 194 [2006], disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art13.pdf>

¹⁷³ Aprobada el 18 de junio de 2009 y entrada en vigor el 4 de julio del mismo año, disponible en: http://www.bozzetiegatti.com/info/norme/statali/2009_0069.htm

autocompositivos, y de carácter forzoso, no había dado los resultados esperados. En efecto, recientemente el Profesor de Bologna Paolo Biavati¹⁷⁴ señalaba que “la experiencia, por muchos lados positiva del proceso del trabajo no ha logrado trasplantarse en las diversas condiciones del proceso civil común”. También se pronunciaba en el mismo sentido Michele Lupoi¹⁷⁵, al afirmar que el énfasis puesto en los medios alternativos de resolución de conflictos tiene más que ver con un intento de reducir o controlar la carga de trabajo de los tribunales que con un deseo genuino de definir las disputas por el camino de las soluciones autocompuestas, y de ahí sus magros resultados.

De modo que quizás haya sido el reconocimiento de esa realidad lo que llevó al legislador italiano a virar el rumbo y dejar de lado el intento conciliador obligatorio. Fue así que a partir de 2005 se modificó el ordenamiento procesal italiano, permitiendo que la mediación pudiera llevarse a cabo sólo si ambas partes lo requerían, o también pudiendo ser intentada por el juez si lo consideraba oportuno, en el marco de una audiencia destinada al interrogatorio libre de las partes.

Y a tan solo 4 años de esa reforma procesal, el Parlamento de Italia dicta la ley 69¹⁷⁶, del 18 de junio de 2009, sobre mediación y conciliación de las controversias civiles y comerciales, que en su artículo 60 delega al gobierno la facultad de dictar un decreto legislativo –dentro de los 6 meses de la entrada en

¹⁷⁴ BIAVATI, Paolo, “Las Recientes Reformas al Código de Procedimiento Civil Italiano”, traducido por Juan C. Copani, Revista de Derecho Procesal, Año 2007-1. Nulidades, Rubinzal-Culzoni, página 521 y ss.

¹⁷⁵ En el informe presentado en el Congreso Mundial de Derecho Procesal llevado a cabo en Salvador, Brasil, (ob. cit., pág. 210).

¹⁷⁶ Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n. 140 del 19 de junio de 2009 - Suplemento ordinario n. 95, Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>

vigencia de la norma- que reglamente el nuevo sistema de mediación en materia civil y comercial, en concordancia con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la que hicieramos mención más arriba.

A partir de tal delegación, el 4 de marzo de 2010 el gobierno dicta el Decreto Legislativo nº 28¹⁷⁷ que, a contrario sensu de lo que el legislador italiano había hecho en 2005, restablece la mediación prejudicial como requisito de admisibilidad de la demanda.

En realidad, el decreto regula tres tipos de mediación: 1) la facultativa (art. 2), cuando fuera impulsada o promovida por una o ambas partes; 2) la obligatoria (art. 5.1) como requisito de admisibilidad de la demanda en procesos que versen sobre condominio, sucesiones, locaciones, comodato, reparación de daños derivados de accidentes de tránsito, reparación de daños derivados de responsabilidad médica, entre otros; y 3) la judicial (art 5.2) cuando por la naturaleza de la causa, el estado del proceso y el comportamiento de las partes, el juez considerara adecuado invitar a aquellas a intentar la mediación.

Señala Berizonce¹⁷⁸ que el régimen de mediación que se instituye “pone el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes, admite la presentación de documentos (art. 3, inc. 3; art. 17, inc. 2) y otras pruebas, especialmente las periciales, incluyendo las comprobaciones especializadas. Prevé asimismo el nombramiento de mediadores auxiliares (art. 8, inc. 4).”. Y agrega que, en su opinión, se trata de “un sistema que se aleja

¹⁷⁷ Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n.53 del 5 de marzo de 2010, y dictada a partir de la deliberación preliminar del Consejo de Ministros del 18 de octubre de 2009 y de la realizada el 19 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

¹⁷⁸ Al analizar las disposiciones del decreto del 28-10-2009. Conf. BERIZONCE, Roberto O., *La mediación en transformación...*, ob. Cit., pág.

palmariamente de la mediación “facilitadora”, introduciendo diversos elementos característicos de una visión superadora que rescata el objetivo de esencia, cual es la justicia intrínseca del resultado a que pueda arribarse.”.

No obstante nuestras objeciones relativas a la reinstauración de la obligatoriedad de la mediación –y las llamativas marchas y contramarchas que nos hacen pensar en una suerte de incertidumbre del legislador sobre cuál es el norte a seguir-, compartimos la opinión de Berizonce agregando que el régimen italiano exige la homologación judicial¹⁷⁹ para la ejecución del acuerdo logrado en la instancia mediada (art.12 del decreto legislativo n° 28 de 2010).

Pero también consideramos que hay una novedad interesante y trascendente, que pareciera inspirada en el sistema inglés, particularmente en lo que se refiere a la *Part 36 offer* que comentáramos oportunamente. Se trata de las sanciones que prevé el art. 13 del referido decreto, para el caso en que se rechazara una propuesta efectuada en la etapa de mediación y, al dictar la sentencia de mérito, el juez resolviera en idéntico sentido que la propuesta rechazada. Al igual que en las CPR de Inglaterra, en ese caso la sanción está determinada por la forma en que se impondrán las costas, y la correspondiente imposibilidad de recupero de los gastos por el ganancioso que hubiere rechazado el acuerdo efectuado por el vencido, y que de haberlo aceptado podría haber evitado el dispendio de actividad jurisdiccional.

¹⁷⁹ Al igual que la nueva mediación bonaerense, aunque la italiana no establece que el juez homologará siempre que entienda que el acuerdo “representa *una justa composición* de los intereses de las partes” (art. 19 de la ley 13.951), sino que tan solo merituará que el acuerdo no sea contrario al orden público o a alguna norma imperativa (art. 12.1 del decreto legislativo n° 28/2010).

7.c) La *consulenza tecnica preventiva* del art. 696 bis

El 14 de mayo del año 2005 se dicta la ley n° 80¹⁸⁰ que instituye en el artículo 696 bis del Código Italiano uno de los institutos más prometedores de la etapa preliminar al proceso civil: la *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, que en resumidas palabras importa la utilización de la figura del experto (o perito, entre nosotros) en forma anticipada a la etapa procesal natural, y con fines claramente compositivos del diferendo suscitado entre las partes.

Se trata de un instrumento que se coloca en el ámbito de otros instrumentos de conciliación ligados al proceso civil, pero que no presuponen la instauración formal de la causa, como la conciliación en sede no contenciosa frente al juez de paz, prevista en el artículo 322 del código italiano, que lamentablemente no resulta muy frecuentemente utilizada en razón de la modesta competencia por monto de tales jueces (no debe superar los €2.582,28).

Para comprenderlo acabadamente, consideramos necesario compararlo con el nuevo artículo 696, que regula lo que se conoce como “declaración técnica preventiva”. En síntesis, se trata de la clásica medida probatoria anticipada que fue reformada, a fin de incorporar al derecho positivo lo señalado en diferentes sentencias de la Corte Constitucional¹⁸¹, en el sentido de ampliar su ámbito objetivo, permitiendo que la comprobación prevista respecto del estado de cosas y lugares, se extienda también a las personas. Quizás la innovación más importante

¹⁸⁰ En vigor desde marzo de 2006. Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/050801.htm>

¹⁸¹ MAGGI, Francesca, CARLETTI, Fabrizio, I PROVVEDIMENTI DI ISTRUZIONE PREVENTIVA, en *Il processo cautelare*, A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 3ª. ed., Cedam, Padova, 2008, págs. 169/70

haya sido la posibilidad de que la declaración técnica pueda extenderse ahora a la investigación y a la determinación en orden a las causas y a los daños relativos al objeto de la verificación.

Se trata, en definitiva, de una tutela cautelar cuya finalidad apunta al posterior juicio de mérito. Lo que pretende cautelar es justamente la prueba para el proceso, a instancias de que se verifiquen las razones de urgencia que hagan aconsejable disponer la modificación del orden natural del proceso. Como se puede apreciar, se trata de un instituto muy similar a nuestra prueba anticipada.

En tanto, el artículo 696 bis tiene una naturaleza completamente diferente, por cuanto no es esencialmente conservativa como la declaración técnica del art. 696, sino deflacionaria¹⁸², dado que tiene por fin lograr la conciliación de la litis. Lo cautelar y lo probatorio –a los fines del proceso- pasa aquí a un segundo plano, y el protagonismo absoluto lo adquiere la faz componedora de la etapa preliminar.

La herramienta se estructura de modo tal que pretende evitar el proceso, por medio de la búsqueda de soluciones autocompuestas previas, pero poniendo el acento en que el acuerdo se logre a partir de información útil y necesaria para poder evaluar o reevaluar la propia posición ante el conflicto. Como señala Grillo

¹⁸² SALETTI, Achille, El Nuevo Régimen de las Medidas Cautelares y Posesorias, Revista Peruana de Derecho procesal, Communitas, Lima, 2008, XI, pág. 417; en el mismo sentido BERIZONCE, Roberto O., *La mediación en transformación...* ob. Cit., pág. y CIMMINO, Antonio, *L'art. 696 bis c.p.c.: uno strumento di conciliazione?*, contributo al convegno "Contrazione del credito e conciliazione", Grosseto, 19 de junio de 2009, pág. 2, disponible en <http://www.adrmaremma.it/cimmino01.pdf>

Ciocchini¹⁸³, “la idea subyacente es que, con la base de ese dictamen pericial, la parte desfavorecida será menos proclive a plantear o resistir una demanda.”.

Se trata, en nuestra opinión, de un nuevo modelo alternativo de resolución de controversias, ideado con el objetivo de incentivar la composición extrajudicial de la litis, más que de un supuesto especial de prueba anticipada. En todo caso, es una figura híbrida que escapa de los moldes clásicos.

Tal como sucede en nuestro país, en Italia un alto porcentaje de los conflictos que transitan el sistema judicial son pretensiones de resarcimiento por daños¹⁸⁴, y a menudo el núcleo del debate de fondo es la cuantía de la reparación final, más allá de los numerosos argumentos y estrategias de ataque y de defensa elaborados por las partes¹⁸⁵. Es más, también es posible que las justiciables discrepen genuinamente y con total honestidad sobre a quién corresponde imputar la responsabilidad, y en estos casos el hecho de disponer de información calificada puede resultar altamente efectivo a la hora del consejo profesional de los letrados y de la eventual reformulación de la postura de las partes.

Como señaláramos más arriba, resulta de extrema utilidad la información obtenida en una etapa temprana del proceso o antes de su inicio. Ello así, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil tradicional en el que, por lo general, no será sino hasta la etapa probatoria –posiblemente luego de algunos años de sendos escritos, traslados y resoluciones judiciales- el momento en el que

¹⁸³ GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín, *Intercambio de información y prueba antes de la demanda (...y al diablo con la teoría del proceso)*, en BERIZONCE, Roberto O. Coordinador, *Aportes para una Justicia más transparente. Escuela de Derecho Procesal de La Plata. Homenaje a la memoria de Augusto M. Morello*, LEP, La Plata, 2009, pág. 339

¹⁸⁴ BIAVATI, Paolo, *Las Recientes Reformas...*, obra cit., señala que también es útil cuando el verdadero objeto de la controversia es la calidad de una determinada prestación.

¹⁸⁵ BIAVATI, Paolo, *Las Recientes Reformas...*, ob. cit., pág. 530.

las partes podrán contar con la misma información con la que podrían haber contado, si el sistema procesal previera una etapa preliminar con herramientas como la del art. 696 bis del código italiano.

Ahora bien, para que esta herramienta pueda dar el rinde esperado, el legislador estableció una pequeña pero poderosa cláusula: a diferencia de lo que sucede con la declaración técnica preventiva, la consulta técnica preventiva con fines compositivos podrá tener lugar “también” cuando no se den los supuestos del art 696, lo que nos lleva claramente a concluir que no se exigen razones de urgencia, ni demás requisitos de tal norma¹⁸⁶. Es decir que la herramienta puede ser utilizada con el único objetivo de intentar solucionar el diferendo en forma previa, y no como cautela probatoria por temor a que se pierda o se frustre por el transcurso del tiempo¹⁸⁷.

Concordamos con Saletti¹⁸⁸ al señalar que el juez debería admitir la *consulenza tecnica* ante el simple pedido de la parte que alegue la existencia de un crédito por incumplimiento contractual o por un hecho ilícito.

Empero, resulta evidente que no siempre la consulta técnica alcanzará su objetivo principal de composición del conflicto. Es en estas circunstancias que entra a jugar el objetivo secundario, por cuanto sus resultados podrán ser utilizados por las partes en el ámbito propio del proceso, lo cual importa un beneficio adicional –como ya se ha apuntado- al mejorar la preparación de la litis, en caso que ésta no pueda evitarse.

¹⁸⁶ MAGGI, Francesca, CARLETTI, Fabricio, ob. cit., pág. 191.

¹⁸⁷ SALETTI, Achille, ob. cit., pág. 417

¹⁸⁸ SALETTI, Achille, ob. Cit. pág. 418.

El procedimiento funciona del siguiente modo: el requirente (antes del inicio del proceso¹⁸⁹) realiza la petición al juez¹⁹⁰ quien, previo traslado a la contraria, decidirá si corresponde designar al consultor. Aquel relatará el modo en que entiende que sucedieron los hechos, así como las consideraciones de hecho y de derecho relacionadas con la responsabilidad. En esa instancia, el consultor o asistente designado (un perito) deberá establecer el daño sufrido, basándose justamente en el planteo del requirente.

Señalan Maggi y Carletti¹⁹¹ que, “en observancia a los principios que regulan el proceso civil, no se quiere demandar al consultor una función de árbitro idónea de valorar en el mérito el fundamento de la pretensión o de las defensas, se quiere sin embargo interpretar el asunto en conformidad al principio de la demanda”. No obstante, esto no surge solo de la simple lectura del art. 696 bis, sino del juego armónico de dicha norma con los arts. 694, 695 y 696. Ello así, por cuanto el art. 696 bis remite al primer y al tercer párrafo (que a su vez remite a los arts. 694 y 695) del art. 696, pero no al segundo que es el que apunta que la declaración técnica preventiva puede comprender la verificación del experto en lo que se refiere a la causa y al daño relativo al objeto de la evaluación. No parecería ser un simple “olvido” del legislador, si se tiene presente que el segundo párrafo del art. 696 fue incorporado por la ley 35/2005, norma que –como comentáramos– también agrega el art. 696 bis. Por lo tanto, además del nombre del instituto y de

¹⁸⁹ Aunque no parecería haber impedimento legal para que la petición se formule una vez iniciado el proceso pero antes de la etapa probatoria.

¹⁹⁰ Resultará competente el juez que deba conocer en el eventual proceso de mérito.

¹⁹¹ MAGGI, Francesca, CARLETTI, Fabricio, (ob. Cit. Pág. 194)

la no exigencia del requisito de “urgencia”, existiría otra diferencia entre el *accertamento* y la *consulenza*.

Entonces, la competencia del consultor técnico no está orientada a evaluar la existencia o la medida de un derecho subjetivo, sino que en realidad está limitada a percibir, verificar, describir, analizar y en su caso valorar económicamente el hecho controvertido entre las partes. Será el juez a quien le corresponde –en el futuro eventual proceso- establecer la relevancia jurídica de aquel hecho alegado, así como declarar si integra la categoría de un derecho subjetivo tutelable, y en qué medida.

El experto se dedica únicamente a la *quaestio facti*, dado que el instituto está esencialmente pensado para controversias en las que las *quaestiones iuris* se presentan como de sencilla solución o, más aún, para controversias exclusivamente fácticas.

Ahora bien, volviendo al procedimiento propio de la *consulenza tecnica preventiva*, una vez elaborado el dictamen -en el que analiza y determina el daño-, comenzará la tarea conciliatoria, que ya no será “a ciegas” sino con información, análisis, verificación y valuación económica del hecho controvertido, provista por un tercero experto. Si el intento tuviera resultado positivo, se labrará un acta en la que se formaliza el acuerdo sujeto a homologación judicial. En cambio, si a pesar de los esfuerzos realizados las partes no logran llegar a un acuerdo, el consultor redactará un informe que podrá ser agregado al proceso que eventualmente se inicie, a pedido de alguna de las partes, y siempre sujeto al correspondiente control de admisibilidad. En su caso, será el Juez quien valore si las

consideraciones vertidas en el informe por el asistente son fundadas y, en su caso, la relevancia que tiene a los fines de la resolución de la causa¹⁹², aunque claramente es posible que el juez estime necesario contar con un nuevo examen pericial.

Luego de haber recorrido lo medular del funcionamiento del nuevo instituto de la *consulenza tecnica preventiva*, consideramos pertinente realizar algunos comentarios finales. La herramienta establecida en el art. 696 bis ha generado gran expectativa y adhesiones no solo en Italia, sino también en nuestro país, como hemos visto anteriormente. Pone el foco en los dos objetivos que hemos resaltado como centrales de una adecuada configuración de la etapa preliminar. Sin haber recurrido a una regulación integral, parece lograr un marco y un ámbito propicio para la reducción de la conflictividad en términos de lo procesal-judicial, así como posibilita un mayor grado de información en una etapa temprana del problema. Todo ello con un solo artículo que, de algún modo, se entronca con la nueva mediación de tipo “valorativa” en la consecución de los ansiados fines.

No obstante, cabe preguntarse por último qué clase de capacitación tiene el consultor como para emprender el intento conciliatorio, con serias chances de éxito. No surge de norma alguna que estemos frente a un “experto” diferente del resto de los peritos. Se trataría entonces del clásico *consulente tecnico* del proceso italiano, aunque con atribuciones o facultades conciliatorias. Si cotidianamente somos testigos del fracaso de la mediación, cuando queda en manos de sujetos

¹⁹² MAGGI, Francesca, CARLETTI, Fabricio, (ob. Cit. Pág. 194)

carentes de capacidades y habilidades especialmente orientadas a la resolución de conflictos, nos preguntamos hasta qué punto un contador -por ejemplo- podrá tener mejor suerte en el intento conciliatorio, contando tan solo con sus conocimientos técnicos.

Estimamos que en el futuro cercano podría dejar de ser una herramienta tan trascendental o prometedora, a la luz de la regulación del nuevo sistema de mediación que comentáramos más arriba. En efecto, si la nueva mediación importa, en realidad, una mixtura entre la mediación tradicional y el art. 696 bis - al admitir la prueba pericial y las comprobaciones especializadas¹⁹³-, de modo tal de aprovechar la instancia mediadora para producir el dictamen pericial y, con la información entre manos, intentar llegar a un acuerdo entre las partes, con la ayuda de un tercero especialmente capacitado al efecto, ello podría significar que la consulta técnica preventiva vaya cayendo en desuso para ser paulatinamente sustituida por esta nueva figura. Más aún si se tiene en cuenta que el ámbito objetivo del art. 696 es bastante limitado, en comparación con las materias que pueden ser objeto de mediación.

En definitiva, muchas han sido las reformas implementadas por el legislador italiano en estos últimos años, y solo el tiempo y el incansable trabajo de los estudiosos del derecho procesal nos podrán ayudar a analizar el grado de eficacia y el impacto de los nuevos institutos.

Nuestro intento queda limitado a tratar de esquematizar el modo de funcionamiento de lo que parece ser el nuevo paisaje que nos ofrece la etapa

¹⁹³ BERIZONCE, Roberto O., *La mediación en transformación...*, ob. Cit. Pág.

preliminar en Italia, así como a aportar algunas reflexiones sobre las últimas reformas que nos sirvan de punto partida para posteriores trabajos.

8. CONCLUSIONES

Entrados ya en el siglo XXI, resulta frustrante seguir escuchando muchas de las demandas que eran frecuentes un siglo atrás. La continua insatisfacción de los usuarios del servicio de justicia, no puede menos que llamarnos la atención y nos obliga a tomar conciencia de la envergadura del problema.

Es evidente que no hay una única causa, ni una única solución para los problemas que padece el sistema de justicia en nuestro país y en el mundo, aunque existe cierta similitud en los síntomas patológicos que se perciben en los distintos sistemas procesales. A partir del estudio, el fortalecimiento y la profundización del derecho procesal se ha avanzado mucho, pero no es suficiente. No deberíamos paralizarnos frente a tal afirmación, sino reconfirmar los votos hechos y jamás claudicar en la lucha diaria por una justicia mejor y más eficiente, desde el lugar que a cada uno de nosotros nos toca.

En efecto, estamos convencidos de que una de las tareas que debemos realizar es ampliar los horizontes del derecho procesal, en el sentido de no mirar el proceso a partir de la demanda sino a partir de lo que sucede antes de ella.

Así, deberíamos considerar a lo procesal como un sistema complejo de resolución de conflictos, que tiene su puerta de acceso cuando surge originalmente la controversia entre las partes. Al interponerse la demanda, entramos en terrenos del proceso judicial, mientras que antes de aquella estamos en un campo ajeno a lo propiamente judicial, pero no por ello ajeno al derecho procesal.

En ese contexto es que entra en juego la etapa preliminar al proceso civil que nos hemos propuesto estudiar, y la razón que justifica este abordaje es que no

ha sido hasta el momento suficientemente analizada en forma integral como “etapa”, sino a partir de elementos o herramientas aisladas que la integran.

Hemos tomado como eje el estudio del derecho comparado para asir con firmeza las premisas propias de la etapa, comparar los modos en que se revela en los distintos sistemas, y a partir de ello deducir cuáles son los elementos que la configuran como tal, y cuáles resultan ser meramente accesorios o circunstanciales. Nos propusimos partir por el “ser” de la etapa, para luego reflexionar de modo crítico sobre su “deber ser”. Una vez transitado ese camino, analizamos qué es hoy la etapa preliminar en nuestro país, sus alcances y perfiles, así como nuestra visión crítica al respecto.

Como sostuvimos, la etapa preliminar se define por sus objetivos y no por el modo en que se implemente, o por las herramientas utilizadas para alcanzar sus objetivos. Se trataría así de un conjunto de actos realizados por sujetos enfrentados –que aún no serían “parte” en sentido técnico- y eventualmente también del juez, en un momento previo al proceso o en un estado embrionario del mismo, tendientes a evitarlo por autocomposición o a brindar la oportunidad para prepararlo adecuadamente para hacerlo más eficaz.

Habría consenso, entonces, en cuanto a que son dos los objetivos esenciales: I) la composición del conflicto en una etapa temprana; y II) la adecuada preparación del proceso, en caso que el intento de composición previo haya fracasado.

Ambos objetivos especificados estarían presentes en el diseño de una etapa preliminar “compleja”, a diferencia de la que consideramos “simple” por

apuntar a uno solo de ellos. Lo deseable sería que cada sistema procesal contara con la primera de ellas, y que su diseño contemple herramientas que conjuguen su accionar. Además, la etapa preliminar debería estar ensamblada o articulada con el proceso civil en sí, de modo de exhibir mayor eficacia como sistema.

Podremos hablar de una etapa preliminar plenamente eficaz, si permite básicamente: a) disminuir los costos en tiempo y en dinero que el conflicto conlleva, tanto para las partes como para el mismo estado; b) reducir lo más posible el nivel de daños que son consecuencia misma del conflicto; c) disminuir los índices de litigiosidad, sin desentenderse del objetivo de afianzar la justicia; d) desjudicializar aquellos asuntos que no requieren intrínsecamente una respuesta judicial; e) tornar indirectamente más eficiente la utilización de los recursos del sistema judicial; f) ofrecer información suficiente y adecuada para la toma de decisiones conscientes, en una etapa temprana; g) ofrecer alternativas de solución “justas” sin obstaculizar el ejercicio del derecho al acceso a la justicia; h) transitar ágilmente por la etapa, con el mínimo de formalismos posible; i) preparar el proceso cuando resulte necesario, a fin de delimitar exactamente el objeto litigioso y el material probatorio a utilizar, y reducir o eliminar las excepciones previas oponibles.

En nuestra opinión, actualmente no existen muchos ejemplos en el mundo que cumplan con todos o con buena parte de los ítems anteriores. Ocurre así por razones tales como la ausencia o falla en el diagnóstico del problema, la falta de planificación estratégica, una defectuosa o insuficiente regulación de la

etapa, herramientas poco útiles o articuladas asistemáticamente, la falta de políticas adecuadas para la modificación de la cultura jurídica, entre otras.

Uno de los temas que ha generado y genera mayor controversia es el relativo a la obligatoriedad o voluntariedad de la utilización de la etapa. Ninguno de los dos sistemas “puros” tiene eficacia comprobada, y los estudios estadísticos que se suelen esgrimir como sustento carecen, por lo general, de rigor científico en su elaboración. En realidad, creemos que aquellos –como el inglés- que se alejan de los sistemas puros ofrecen un mayor grado de eficacia general, y lo logran a partir de políticas de incentivos y sanciones específicamente diseñadas para direccionar la conducta de los sujetos que se encuentran enfrentados. Además, se requiere lo que podríamos llamar *case-management* previo, en el que el rol del juez sea sumamente atento y activo y/o que se regule adecuadamente la conducta prejudicial de las partes.

De las experiencias evaluadas, dos han sido las que merecieron mayor profundización por sus similitudes, pero más aún por sus diferencias. Los casos de Inglaterra e Italia nos han permitido abordar el tema desde varias aristas y analizar aciertos y errores, así como considerar el grado de eficacia que tales sistemas parecen haber alcanzado. Estimamos que la propuesta más seria, planificada y eficaz es la que ofrece Inglaterra. A pesar de su reciente instauración, ya puede dar cuenta de sus logros y carencias, medidos cualitativa y cuantitativamente. En el caso de Italia, observamos aspectos por demás interesantes, aunque las marchas y contramarchas que se han dado en temas tales como la mediación, y la aparente falta de planificación de la etapa como un todo, no nos permiten extraer

conclusiones certeras en cuanto a sus resultados y eficacia. Posiblemente necesitemos dejar pasar cierto tiempo, y aguardar que se realicen tareas de seguimiento y control de las reformas, que permitan medir sus resultados y hacer las correcciones pertinentes.

Por otra parte, consideramos que la etapa preliminar y la denominada etapa postulatoria del proceso no deben verse necesariamente como absolutamente escindidas. Podrán tener o no puntos de conexión o incluso de superposición, dependiendo del modo en que se articulen o diseñen ambas etapas. Lo preliminar podrá concluir antes o también durante la primer etapa del proceso civil, mientras que los actos que se produzcan tengan estrecha vinculación con los objetivos de aquella.

Así como no hay muchos ejemplos de eficacia comprobada en lo que se refiere a la etapa preliminar, tampoco podemos arribar a conclusiones contundentes o firmes en cuanto a la conveniencia de implementarla en el marco de una reforma integral o tan solo parcial. Empero, no tenemos dudas de que en uno u otro caso la reforma que se encare no puede ser improvisada, sino más bien planificada estratégicamente conforme las particulares condiciones de la sociedad, la cultura jurídica y el sistema procesal en que se pretende insertar.

Dicho de otro modo, más que el tipo de reforma lo importante es cómo se la lleve a cabo porque, de lo contrario, sólo se logrará dilapidar esfuerzos para obtener resultados estériles. Asimismo, no creemos apropiado caer en la tentación de “importar” soluciones, sino aprender de ellas para crear la propia.

En cuanto a la situación en nuestro país, el balance es insatisfactorio. No parece haber conciencia de la importancia y oportunidades que brinda la etapa preliminar. No se verifica un diseño integral de la etapa, sino tan solo herramientas aisladas, independientes, con objetivos diferentes que no se compadecen del todo con los reseñados. Tómese como ejemplo la prueba anticipada y se advertirá que su objetivo es cautelar, conservatorio, con la atención puesta en el futuro proceso, y ciertamente restrictivo en sus posibilidades de admisión. No busca evitar el proceso ni prepararlo, sino más bien evitar que se frustre la prueba que debería producirse en la etapa probatoria, con previa acreditación del riesgo.

En lo que se refiere a la negociación previa, los pasos dados tienen en miras casi con exclusividad la disminución de la sobrecarga de trabajo del poder judicial, y quizás de allí provenga la tendencia a la obligatoriedad como instrumento coercitivo de descompresión del sistema. Salvo excepciones como ahora en la provincia de Buenos Aires, el modelo de mediación tiende a desentenderse de los resultados a los que se arrije. Las prescripciones de conciliación intraprocesal de tipo judicial son de escasa utilización en la práctica, debido –tal vez- a la falta de convencimiento y especialmente de capacitación de los funcionarios judiciales.

A partir del abordaje que hemos efectuado, en esta instancia consideramos relevante realizar una serie de propuestas o sugerencias que el legislador debería evaluar al momento de encarar un proceso de reforma, que

tenga en cuenta la etapa preliminar al proceso civil con pretensiones de eficacia.

Las que consideramos esenciales son:

- En cuanto a la negociación previa: diagramar un esquema de mediación-conciliación de tipo “valorativa”, que se aleje del esquema clásico de la mediación para comprometerse con los resultados o efectos que produzca la solución autocompuesta;

- Dejar de lado la discusión entre sistemas voluntario u obligatorios para aplicar una solución intermedia, que sin dejar de ser voluntaria contenga mecanismos de conminación o compulsión indirecta, que refuercen los índices de utilización de la etapa tendiendo a su generalización;

- Tales mecanismos de compulsión indirecta deberían ser incorporados no sólo en lo que se refiere a la mediación-conciliación, sino en todos aquellos casos en que se intente la negociación previa por medio de simples negociaciones, propuestas de acuerdo, etc. Para ello, sería necesario establecer políticas de incentivos y sanciones –a través, por ejemplo, del aumento/disminución de costas e intereses- para lograr que se recurra al proceso civil cuando resulte estrictamente necesario;

- En cuanto a la preparación adecuada del proceso: la regla –y no la excepción- debería ser la utilización de procedimientos preparatorios o preliminares, orientados principalmente a proporcionar información suficiente y relevante a efectos de utilizarla durante la etapa preliminar como facilitadora de la negociación o, eventualmente, para preparar el proceso en sí y lograr reducir costos en tiempo y en dinero;

- Debería desacralizarse la etapa probatoria como necesariamente posterior a la postulatoria. Las medidas de prueba anticipada deberían dejar de resultar excepcionales y al solo efecto de cautelar o conservar la prueba que tendría que producirse en el futuro, por temor a su pérdida;

- Establecer mecanismos de incentivos y sanciones que promuevan la cooperación prejudicial entre los contendientes, en el marco de una regulación de ciertos aspectos de la conducta prejudicial que tienda a orientarla;

- Vínculo entre negociación previa y preparación: sería importante establecer herramientas que permitan vincular ambos aspectos destacados anteriormente;

- En ese sentido, la mediación-conciliación podría permitir cierta producción probatoria, especialmente el intercambio de documentos y la prueba pericial. La fusión entre el trabajo de un experto en resolución de conflictos y la tarea de un experto en aspectos técnicos de la cuestión controvertida puede resultar de gran provecho

- Si fracasara el intento compositivo, debería permitirse la utilización para el proceso de la prueba producida extra y pre-judicialmente

A modo de colofón, el aporte que pretendemos realizar aspira a ser un enfoque integral de la etapa preliminar al proceso civil, que se acerque a lo que debería ser una teoría general sobre el punto. Al mismo tiempo, nos permitimos formular propuestas y sugerencias que abran aún más el debate y nos permitan ir logrando consensos para preparar el terreno del cambio.

Estamos convencidos de que la profundización del estudio de esta temática traerá aparejado el corrimiento de algunas de las vallas actuales, y permitirá avanzar en el tratamiento y reducción de ciertas patologías crónicas que exhibe el proceso civil actual, dotándolo a su vez de mayor eficacia. Con esfuerzos renovados y a paso firme, con estudio profundo y concientización, con fundamentos más que con voluntarismo, podremos lograrlo.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREWS, Neil, *The Modern Civil Process*, Mohr Siebeck, Alemania, 2008, en:
<http://books.google.com.ar/books?id=1fgCRRefVZ4C&printsec=frontcover#v=onepage&q=&f=false>
- ARAZI, R., BERMEJO, P., DE LÁZZARI, E., FALCÓN, E., KAMINKER, M., OTEIZA, E., ROJAS, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*. 2 tomos, 1era. Edición, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009;
- ARAZI, Roland, “Diligencias preliminares. Requisitos para su procedencia”, *LA LEY*, 1994-D, 450
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Uma novidade: O código de processo civil inglês”, *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss..
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “La Revolución procesal Inglesa”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009-2: *Sistemas Cautelares y procesos Urgentes*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, páginas 545-565.
- BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el estado social de derecho*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1987

- BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, La Plata, Librería Editora Platense, 1999
- BERIZONCE, Roberto O., “El Abogado Negociador”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III-691
- BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador), *Aportes para una Justicia más transparente. Escuela de Derecho Procesal de La Plata. Homenaje a la memoria de Augusto M. Morello*, LEP, La Plata, 2009
- BERIZONCE, Roberto O., “El régimen de mediación-conciliación en la provincia de Buenos Aires (ley 13.951). Primeras impresiones: más sombras que luces”, *La Ley, Doctrina Judicial Procesal*, Año I, Número I, Agosto de 2009
- BERIZONCE, Roberto O., “La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación “valorativa” (La ley bonaerense 13.951, de 2009)”, *Revista de Derecho Procesal*, 2010-2, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, (en edición)
- BERMEJO, Patricia, “La audiencia preliminar en el proceso civil”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Julio-Diciembre de 1994, año XXXIV, n° 55
- BIANCHI, Roberto A., “La sentencia como solución por defecto”, *Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- eldial.com – Año XIII - N° 3037*, 03/06/2010

- BIAVATI, Paolo, “Las Recientes Reformas al Código de Procedimiento Civil Italiano”, traducido por Juan C. Copani, *Revista de Derecho Procesal, Año 2007-1. Nulidades*, Rubinzal-Culzoni, año 2007, página 521 y ss.
- BIAVATI, Paolo, “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, *Revista de Derecho Procesal, Año 2008-1*, Rubinzal-Culzoni, año 2008, página 525 y ss..
- CEROWSKI, Mariana, “Ley 13.951. Mediación en la provincia de Buenos Aires”, *La Ley Sup. Act.* 02/06/2009
- CIMMINO, Antonio, *L’art. 696 bis c.p.c.: uno strumento di conciliazione?*, contributo al convegno “Contração del credito e conciliazione”, Grosseto, 19 de junio de 2009, disponible en <http://www.adrmaremma.it/cimmino01.pdf>
- COMESAÑA, María Fernanda y PEREZ GALLARDO, Joaquín, “Medios no judiciales de resolver conflictos. El rol del abogado y sus ventajas”, *elDial* - DC1228, año 2009
- CONSTENLA, Liana M., “Mediación: ¿Resolución de conflictos o incorporación de nuevas formalidades?”, *La Ley, Sup.Act.*, 01/07/2004, 2
- COSTA E SILVA, Paula, “O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controversias: alternatividade efectiva e complementariiedade”, *Rev. de Processo*, Repto, 158, 2008, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo.

- ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis. Técnicas de investigación, estudio y escritura*, Gedisa, Barcelona, España, 1991.
- FALCON, Enrique M., “La reforma procesal desde el punto de vista sistémico”, *Revista de Derecho Procesal: volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del bicentenario*, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 129 y ss.
- FIGUERAS, Cecilia, “Comentarios ante la reciente sanción de la ley 13951 de mediación en la Provincia de Buenos Aires”, *elDial - DC111B*, 03/06/2009
- FLORES FRUTOS, Olivia Rita, “La ley 13.951 de mediación obligatoria para la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley Buenos Aires*, marzo de 2009, pág. 223
- FORES –Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia- *El Acceso a la Justicia en América Latina*, año 2005, disponible en <http://www.foresjusticia.org.ar/PaginaHtml.asp?idseccion=16&idcategoria=21&titulo1=Temas&titulo2=Acceso a la justicia>
- GIORGIANTONIO, Cristina, *Civil Procedure Reforms in Italy: Concentration Principle, Adversarial System or Case Management?*, Banca D'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, número 66en, septiembre 2009, disponible en: <http://www.astrid-online.it/--giustizi/GIUSTIZIA-/Studi--ric/palumbo-sette--BdI--career-concerns.pdf>

- GORIELY, Tamara & et al, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*, Research Study 43, The Law Society and Civil Justice Council, 2002, disponible en: <http://www.law.cf.ac.uk/research/pubs/repository/557.pdf>
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995
- GRAINGER, I. y FEALY, M., *The Civil Procedure Rules in Action*, Cavendish Publishing Limited, segunda edición, 2000, disponible en: http://books.google.com.ar/books?id=do5ZaPvFAbMC&pg=PA5&lpg=PA5&dq=CPR+structure+parts&source=bl&ots=ZbrZzw3WZv&sig=eZkmCCCvn8fivPpT5uXu3SeTbaE&hl=es&ei=KhtSTJbQLIOKlwebicnRBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CCEQ6AEwAg#v=onepage&q=CPR%20structure%20parts&f=false
- GUZMAN, Nestor Leandro, “¿Los métodos alternativos de resolución de conflictos garantizan un solución justa? (A propósito de la ley 26.589 de mediación obligatoria en el sistema procesal nacional)”, *Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- eldial.com – Año XIII - N° 3037*, 03/06/2010
- HITTERS, Juan Manuel, “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”, *LA LEY* 2003-C, 896

- JUDGE, Igor, *The Woolf Reforms after 9 years: Is civil litigation in the High Court quicker and cheaper?*, The Anglo-Australasian Lawyers Society, agosto de 2007, disponible en:
<http://www.vicbar.com.au/GetFile.ashx?file=AboutCourtsFiles%2FSir+Igor+Judge+Lecture++16.8.07.pdf>
- LANG, Jon, *Mediation – The framework in England and Wales*, trabajo presentado en la Conferencia IBA, en Praga, 25-30 de septiembre de 2005, disponible en:
http://www.jonlang.com/pdf/publications_framework.pdf
- LEGUISAMÓN, Héctor E., “Las medidas preparatorias del proceso”, *LA LEY*, 1996-B, 158
- LEGUISAMÓN, Héctor E., “Reflexiones sobre la nueva ley de mediación en el ámbito nacional (Ley 26.589)”, *elDial* - DC138A, 10/06/2010
- MAGGI, Francesca, CARLETTI, Fabricio, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, en *Il processo cautelare*, A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 3ª. ed., Cedam, Padova, 2008, págs. 159 y ss.
- MARANIELLO, Patricio, “Los nuevos alcances de la audiencia preliminar conforme la Ley 26.589”, *Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589-eldial.com* – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010

- MORELLO, Augusto M., *Lo Hecho. 1940-1996. Una retrospectiva no solo jurídica*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996
- MORELLO, Augusto M., *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, 2 tomos, Librería Editora Platense, La Plata, 1998
- MORELLO, Augusto M., *Los Abogados*, Ed. Abeledo-Perrot, 1999
- MORELLO, Augusto M. (Director), *Prueba. Cuestiones modernas*, La Ley, Buenos Aires, 2007
- NUÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*, Chile, disponible en : http://www.minjusticia.cl/unidadcoordinadoraRPC/images/stories/eyd_informe_metodos_alternativos.pdf
- OTEIZA, Eduardo, *Point of View: ADR methods and the diversity of cultures: the Latin American case*, Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París I, Sorbonne, 21/25 de septiembre de 2005. Publicado en “Médiation et arbitrage”, Lexis Nexos París, 2005.
- PALOMO VÉLEZ, Diego I., “NICOLÓ TROCKER and VICENZO VARANO, The reforms of civil procedure in comparative perspectiva (Giappichelli Editore, Torino, Quaderni CESIFIN,

nuova serie, 2005), 275 pp.”, comentario bibliográfico publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N^o 1, pp. 187 - 194 [2006], disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art13.pdf>

- PEYSNER, John y SENEVIRATNE, Mary, *The management of civil cases: the courts and post-Woolf landscape*, Department for Constitutional Affairs, Research Series 09/05, noviembre de 2005, en: http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005_full.pdf
- PONCE, Carlos R., “Negociación previa al proceso. Hacia un cambio de mentalidad”, *LA LEY*, 2010-B, 763
- ROJAS, Jorge A., “Etapa Preliminar al Proceso Civil. Ponencia General”, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de Noviembre de 2009
- SALETTI, Achille, “El Nuevo Régimen de las Medidas Cautelares y Posesorias”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Communitas, Lima, 2008, XI, pág. 415 y ss.
- SANDLER, Héctor Raúl. *Cómo hacer una monografía en Derecho*, segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 2003
- SEA RODRIGUEZ, Mónica Rossana, “Mediación en la provincia de Buenos Aires. La ley y el proyecto de reglamentación con algunos defectos”, *La Ley Buenos Aires*, 2009 (setiembre), pág. 925

- SIRKIN, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre las diligencias preliminares”, *DJ*, 1996-2, 524
- SIRKIN, Eduardo, “Acerca de la ley 26.589 de Mediación previa obligatoria y Reforma del CPCCN con cuadro comparativo”, *Suplemento especial – Mediación y Conciliación: Análisis de la nueva Ley 26.589- eldial.com* – Año XIII - N° 3037, 03/06/2010
- SIRKIN, Eduardo, “Acerca de la reforma al CPCCN. La mediación y la derivación a los psicólogos”, *elDial* - DC137E, 03/06/2010
- “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”. *Hacia el Bicentenario. Por una justicia transparente en el sistema republicano.* Ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11, 12 y 13 de Noviembre de 2009, editado en Santa Fe, año 2009.
- *Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, Organizadores: A. Pellegrini Grinover y P. Calmon, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigations Costs: Preliminary Report*, 2 volúmenes, TSO (The Stationery Office), Inglaterra, mayo de 2009
- Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigations Costs: Final Report*, TSO (The Stationery Office), Inglaterra, diciembre de 2009

- Lord Woolf, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996, disponible en <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>
- TESSONE, Alberto, “El abogado y la instrucción preliminar”, *LA LEY*, 1997-E, 151
- TROCKER, N. y VARANO, V. (editores), “*The Reform of the Civil Procedure in Comparative Perspective*”, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, año 2005
- VARGAS, Juan Enrique, “Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como Alternativa de Política Pública en el Sector Judicial”, *Anales de Jurisprudencia*, Sexta Época Tercera Etapa, Número 264 Julio-Agosto Año 2003, UNAM, México, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/264/pr/pr7.pdf>
- YURYEV, Sergey, “*Mediation procedure in Russia*”, publicado el 22/03/2010 en Law-now Russia <http://www.law-now.com/law-now/2009/mediationprocedureinrussia.htm>
- ZUCKERMAN, Adrian A. S. “La Justicia en Crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil (primera parte)”, *Revista Debate Procesal Civil* número 8, México, disponible en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero8/contenido.htm>

- ZUCKERMAN, Adrian A. S. “La Justicia en Crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil (segunda parte)”, *Revista Debate Procesal Civil* número 9, México, disponible en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero9/lajusticia.htm>

10. TABLA DE CONTENIDOS

1.- INTRODUCCIÓN.....	3
2.- LA ETAPA PRELIMINAR AL PROCESO CIVIL COMO HERRAMIENTA	7
2.a) Objetivos de la Etapa Preliminar:	7
2.b) La etapa preliminar en el derecho comparado.....	13
3. UN NUEVO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA JUSTICIA O UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA PROCESAL	28
4. LA ETAPA PRELIMINAR EN ARGENTINA.....	41
4.a) Las diligencias preliminares	41
4.b) La negociación previa	47
4.c) Una visión crítica.....	55
5. LA ETAPA PRELIMINAR EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PROCESAL.....	61
5.a) Reforma parcial vs. Reforma integral.....	62
5.b) Las reformas de Lord Woolf.....	67
5.c) Características del sistema procesal Inglés en la actualidad.....	70
6. LOS <i>PRE-ACTION PROTOCOLS</i> DE INGLATERRA Y GALES.....	76
6.a) Los <i>pre-action protocols</i>	76
6.b) Funcionamiento del sistema	77
6.b.I Los protocolos específicos	77

6.b.II El <i>Practice Direction on Pre-Action Conduct</i>	80
6.b.III La conducta del <i>claimant</i>	81
6.b.IV La conducta del <i>defendant</i>	83
6.b.V Evaluación general del sistema	84
6.b.VI Los protocolos y los <i>ADR</i>	87
6.b.VII El régimen de sanciones	90
7. LA ETAPA PRELIMINAR EN ITALIA.	93
7.a) Aspectos generales	93
7.b) La mediación en Italia	94
7.c) La <i>consulenza tecnica preventiva</i> del art. 696 bis	98
8. CONCLUSIONES	107
9. BIBLIOGRAFÍA	116
10. TABLA DE CONTENIDOS	127