

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje

Zuzenbide Prozesalata Arbitraia Euskal Aldizkaria

Dirección

Prof. Dr. Dr. Antonio M.^a Lorca Navarrete, Guipuzcoa
Prof. Dr. Jose L. Iriarte Angel, Vizcaya

Contenido

Sección Doctrinal

Dr. Adolfo Alvarado Velloso, La conciliación	1
Dr. Antonio M. ^a Lorca Navarrete, Los Secretarios Judiciales y el art. 35.3 del Estatuto de Autonomía vasco	22

Proyectos de ley

Tramitación en el Senado. Proyecto de Ley de Arbitraje	28
Tramitación en el Senado. Proyecto de Ley de Reforma de los arts. 855, 876, 882 bis, 884, 885, 893 bis A) y 898 L.E. Crim.	180

Notas

Dr. Antonio M. ^a Lorca Navarrete, La «no» contestación a la demanda en los procesos matrimoniales	225
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Bibliografía

I Congreso de Derecho Vasco del Arbitraje. Estudios de Derecho de Arbitraje. Examen crítico de la nueva Ley de Arbitraje. San Sebastián 1988.	228
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1 1989

Tomo I Enero 1989 Cuaderno 1

Instituto Vasco de Derecho Procesal, Eusko Zuzenbide Prozesalatzako Erakundea

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje

Tomo I

Enero 1989

Cuaderno 1

La conciliación

Dr. Adolfo Alvarado Velloso
Rosario (Argentina)

1. Conceptos previos

1. En la hipótesis básica que contempla a un *hombre viviendo en soledad* (Robinson Crusoe en su isla) no importa el momento histórico o el lugar en el espacio en que ello ocurriera, parece obvio imaginar que tiene al alcance de su mano, a su sola y absoluta disposición, todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

Con esta base de trabajo es dable sostener que tal hombre —precisamente por ausencia de otro hombre— carece de toda posibilidad de entrar en conflicto y, por tanto no puede siquiera concebir la idea que actualmente se tiene del derecho.

La hipótesis cambia cuando *el hombre deja su soledad para vivir en sociedad*, pues tan importante hito genera la aparición de una continua interacción entre los coasociados —origen del derecho— que por razones obvias y de modo inevitable derivará en conflicto, toda vez que siendo limitados los bienes de la vida que sirven para asegurar la existencia misma o la subsistencia del hombre, sólo uno o algunos de ellos satisfarán sus exigencias con obvio detrimento de los demás.

Y ello porque cuando un individuo —coasociado— pretende para sí y con exclusividad cierto bien de la vida, intenta implícitamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas, de otro u otros coasociados. Caso de no lograrlo —si frente al requerimiento del imperativo «dame» la respuesta es «no te doy»— resulta que la *pretensión* queda insatisfecha por la aparición contemporánea de una *resistencia*. Y la coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo e individualizado objeto en el plano de la realidad social, conforma un *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Claro está que cuando el grupo incipiente se convierte en sociedad y ella se transforma en Estado, también se agranda —y notablemente— el campo conflictual. Ya no se tratará del simple juego en la hipótesis «dame» y «no te doy» sino, por ejemplo, de una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de un pacto, si tal incumplimiento es de buena o de mala fe, si es dañoso y en su caso cómo puede medirse el daño, etcétera.

2. Así, elementalmente planteada la noción de conflicto como existente en la realidad social y a consecuencia inmediata de la formación del grupo, veamos si es posible resolverlo por medios diferentes del uso de la fuerza, a la que hay que desenterrar de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal.

Descartando que el triunfo de David en su desigual lucha contra Goliat es una mera anécdota en la historia, creemos que no hay posibilidad cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de utilizar un medio pacífico y no violento de solución de los conflictos. En otras palabras: cómo hizo para lograr que la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta la innegable ventaja —como medio de discusión— de igualar a los contendientes.

3. Al aceptar los coasociados la posibilidad de diálogo aparece también la auto-composición pacífica del conflicto. Y a nadie escapa que en un plano racional lógico tal autocomposición puede darse sólo a base de una de estas tres posibles soluciones:

- a) el pretendiente renuncia unilateralmente al total de su pretensión;
- b) el resistente renuncia unilateralmente al total de su resistencia;
- c) ambos contendientes renuncian simultánea y recíprocamente a parte de lo que aspiraban al entablarse el conflicto.

En estos tres supuestos cabe decir que los interesados han *conciliado sus intereses*, en frase que utiliza el verbo conciliar en su preciso significado castizo: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, conformar dos o más proposiciones contrarias.

Nótese bien ahora que los tres supuestos presentados muestran a la conciliación como un *resultado* al cual llegan los interesados voluntariamente, por el juego de renunciaciones que es factible concebir. Y es que tanto en el desistimiento como en el allanamiento y la transacción, las partes *resuelven definitivamente* el conflicto por un método autocompositivo puro.

Empero, ello no conforma el marco total de la conciliación pues ella puede aparecer también como un *medio* para posibilitar una autocomposición pura y, aún más, para arribar a una heterocomposición (solución del conflicto a la cual se llega merced a la actividad desarrollada por un tercero ajeno a los interesados y que actúa por voluntad acorde de ellos).

En efecto: un tercero ajeno al conflicto (la palabra «tercero» está aquí cronológicamente elegida y considerada: el «primero» es el pretendiente; el «segundo» es el resistente y el «tercero» es quien ayuda a desatar o resolver el conflicto entre ellos)

puede actuar en el caso, espontáneamente o a petición de los propios interesados, a fin de intentar acercar sus criterios contrapuestos. Y en ambos supuestos, nótese bien, los contendientes *aceptan la presencia del tercero* y los buenos oficios que el mismo cumple.

La conciliación opera aquí como *medio* —y no como *resultado*— pues el alcance y límite conciliatorio está dado sólo por la aceptación de la intervención del tercero ajeno al conflicto quien, como luego se verá, no lo resuelve sino que posibilita una solución a la cual —de darse— llegarán sólo los propios interesados.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el tercero puede actuar aún más preponderantemente, no contentándose con acercar a las partes sino resolviendo directamente —y a su petición— el conflicto. Aquí la conciliación también opera como *medio* —y no como resultado— pues las partes la limitan a aceptar la presencia y decisión del tercero, la cual se comprometen a acatar. Como es obvio, al resultado se llega sólo por la actividad heterocompositiva de ese mismo tercero.

El caso se diferencia nítidamente del supuesto de heterocomposición pura, en el cual no existe actividad conciliatoria alguna de las partes respecto del tercero que puede ser llamado a resolver el conflicto: ello ocurre exclusivamente en el proceso judicial, que puede iniciar el pretendiente aún en contra de la voluntad del resistente quien, no obstante, quedará ligado a aquél por la simple voluntad de la ley.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto: nacido el conflicto entre dos coasociados, ellos pueden desatarlo por:

a) la *autodefensa*, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, es ilegítima y prohibida por la ley y excepcionalmente aceptada y legitimada por ella (en este caso, la parte afectada *no consiente* el sacrificio de su propio interés, tal como lo hace en la autocomposición).

b) la *autocomposición*, en tarea que admite la siguiente diversificación:

b.1) se realiza *directamente* o como *resultado* (pura): las partes resuelven el conflicto sin ayuda de nadie utilizando una de estas tres figuras: desistimiento, allanamiento o transacción.

b.2) se realiza *indirectamente* o como *medio* (impura): las partes requieren o aceptan la ayuda de un tercero para que actúe de una de dos formas posibles:

b.2.1) *acercándolas sin resolver*. Se trata de un *medio* porque al *resultado* sólo se puede llegar por propia voluntad de las partes mediante una de estas tres figuras: desistimiento, allanamiento o transacción;

b.2.2) *acercándolas y resolviendo el conflicto* (arbitraje). Se trata de un *medio* porque al *resultado* se llega sólo por la actividad del tercero (*heterocomposición impura*).

c) la *heterocomposición* (pura) mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública (juez) requiriendo una decisión que lo resuelva. De tal modo, dicha decisión opera como *resultado* (sentencia luego de proceso judicial). Es éste el único supuesto que escapa al concepto genérico de conciliación, como se verá luego con mayor detalle.

4. Interesa destacar ahora que una observación atenta de la realidad jurídica a

nivel nacional revela un paulatino pero constante y creciente aumento de la actividad autocompositiva, con el correlativo alejamiento por los interesados de la justicia pública. Baste mencionar al respecto cualquier estadística judicial, de la cual surge que un elevadísimo porcentaje de pleitos no llega al estado de sentencia pues las partes han conciliado sus intereses durante la tramitación. Más aún: la realidad actual indica que la autocomposición se efectúa extrajudicialmente, durante las tentativas previas a la iniciación del juicio.

La misma observación atenta, ahora a nivel internacional, demuestra resultado similar, aunque no ya con la autocomposición pura sino utilizada como medio para llegar a la solución heterocompositiva de un árbitro o mediador. También se nota acá —y con mayor fuerza, por obvias razones— un alejamiento del proceso judicial, que muestra una vez más la existencia de una auténtica crisis de la justicia.

2. La conciliación

1. La voz *conciliación* proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz. De tal modo, el instituto conciliatorio supone el arreglo de una diferencia entre dos o más personas mediante el logro de una renuncia unilateral o bilateral de sus derechos o, sin llegar a ello, mediante el acuerdo de voluntades para que un tercero ajeno a los intereses en juego haga propuestas de solución o, más aún, desate el conflicto existente con un acto de decisión.

Como es sabido, a la conciliación de interés conflictivos puede llegarse antes, durante, después de la tramitación de un proceso judicial.

En cualesquiera de los tres supuestos fácticos reiteramos que es posible lograrla:

a) *mediante simple acuerdo de partes*, renunciando integralmente el pretendiente a su pretensión (ya en la etapa judicial ello toma el nombre técnico de desistimiento de la pretensión procesal) o renunciando integralmente el resistente, a su resistencia (toma el nombre de allanamiento) o renunciando parcial y recíprocamente (toma nombre de transacción). En tales casos, porque las tratativas se efectúan sólo entre las partes, sin la presencia, ayuda o actividad de un tercero el resultado que se obtiene se conoce con la denominación de *autocomposición* (son las propias partes quienes obtienen el resultado de componer su conflicto).

b) *mediante acuerdo de partes en el sentido de ocurrir ante un tercero* que ambos aceptan para que —sin mediar renuncia alguna— él adopte una de estas tres posibles actitudes:

1. *De mero intento conciliatorio*: el tercero espontáneamente o acatando una petición expresa de los interesados, se limita a *intentar el acercamiento*, dando consejo prudente y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero *sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes*. Como se lleva dicho, en este caso es obvio que la actividad cumplida por el tercero es sólo medio para que los interesados autocompongan sus intereses encontrados.

2. *De mediación*: el tercero, a petición de las partes, asume un rol diferente del anterior realmente preponderante, ya que no se limita a un intento de acercamiento sino, por lo contrario *asume la dirección de las tentativas y hace proposiciones que, nótese bien, los interesados están en plena libertad de aceptar o no*. De lograrse el acercamiento, y al igual que el supuesto anterior, vemos aquí que la actividad desplegada por el tercero es sólo un medio para que los contendientes autocompongan su conflicto.

3. *De decisión*: el tercero, a petición expresa de las partes y dentro de los límites que ellas fijan al efecto, asume un rol aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento, no sólo asume la dirección de las tentativas sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite una decisión* que desata definitivamente el conflicto. Como se ve, el caso es diferente de los dos anteriores: la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial— muestra una verdadera heterocomposición como resultado. Empero, y a diferencia de la justicia pública se llega a ella por la vía de un acuerdo conciliatorio que opera como medio. De ahí que no quepa hablar de «conciliación y arbitraje» como modos de solucionar pacíficamente los conflictos sino tan solo de «conciliación», género en el cual enmarca la especie «arbitraje».

Claro está que en el pacto arbitral —cláusula compromisoria o compromiso arbitral— los contratantes aceptan «ab initio» acatar y cumplir la decisión llegado el momento de hacerlo. Todo ello, por cierto, dentro de un marco de estricta y absoluta buena fe. Desapareciendo ella y, por consiguiente, no acatándose la decisión del árbitro, será menester lograr la respectiva ejecución de la prestación condenada por medio de un proceso judicial. Nos ocuparemos del tema en la próxima ocasión.

Mientras tanto, cerramos estas ideas con un breve resumen afirmativo: el instituto de la conciliación altamente concebido, muestra tanto el fenómeno de la autocomposición como de la heterocomposición impura o indirecta (se llega a ella por la vía de un medio autocompositivo).

2. Surge de lo expuesto la innegable importancia y bondad del instituto conciliatorio. Sin embargo, justo es recordar aquí que la doctrina no es pacífica al respecto.

Por ejemplo, Bentham¹ se muestra decididamente contrario a tal afirmación, sosteniendo que la conciliación envuelve, por parte de los que transigen, una renuncia de sus derechos en favor de otros —cosa que hemos visto no siempre es así—; y como el Estado no debe sino procurar que la justicia se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, resulta que no puede alentar un acto en el cual, necesariamente, cada parte sacrificará una porción de su derecho. La conciliación, así, afirma— es un mercado en donde gana el que más regatea...

Sin perjuicio de destacar que tal concepto confunde conciliación con transacción, no vemos inconveniente alguno en que ello ocurra: son los propios litigantes quie-

¹ Citado por CARAVANTES, «Procedimientos judiciales según la nueva ley de enjuiciamiento civil», t. I, p. 448. Madrid, 1856.

nes deben cuidar de sus intereses pecuniarios (únicos susceptibles de transacción), de donde nadie mejor que ellos para decidir si la solución a la cual se arriba es conveniente o no, prescindiendo de su justicia intrínseca.

En cuanto a la eficacia misma de la actividad conciliatoria, Fernández² sostiene de modo enfático que, teóricamente, «es muy beneficiosa pero, en la práctica, no pasa de ser una mera formalidad».

Tampoco compartimos esta opinión. En nuestra experiencia judicial de largos años hemos aprendido que el intento conciliatorio dentro del proceso, efectuado en reunión amistosa, dirigida y calmada por persona prudente, respetuosa, inteligente e imparcial, que mitiga o disipa las prevenciones que las partes abrigan recíprocamente en sus ánimos, logra un acuerdo exitoso en 4 de cada 10 casos. Y ello conforma un elevado índice del 40 % que muestra a las claras la bondad del instituto, que va mucho más allá de una mera formalidad...

3. Para mejor comprender lo que se lleva dicho, cabe recordar reiterativamente que de modo habitual se confunde el concepto de conciliación con el de transacción, sin tenerse en cuenta que aquél es el género y esta la especie, toda vez que siempre que se transige hay conciliación y no a la inversa. Aunque esto parezca asaz claro, la doctrina no es pacífica al establecer su distinción.

Por ejemplo, Passi Lanza³ sostiene que la transacción se produce sólo por la espontánea iniciativa de las partes, de donde se infiere, al contrario, que la conciliación existirá cuando intervenga un mediador, sin importar qué figura procesal se adopte para solucionar el diferendo.

A su turno, Podetti⁴ afirma que la transacción no es conciliación pues, cuando versa sobre el litigio, no se refiere al derecho que ampara a la pretensión o a la resistencia, sino al aspecto de hecho de ambas posiciones. Y así, añade que «el que concilia no renuncia a sus derechos objetivos; acepta o reconoce que los hechos en los cuales funda la pretensión eran exagerados o equivocados, haciendo así posible un reajuste de lo pretendido».

No compartimos los criterios expuestos, insistiendo en la relación de género a especie que existe entre conciliación y transacción. Aceptamos, sí, una diferencia importante y de contenido esencial que deriva de la legislación positiva: la transacción cabe exclusivamente en materia de intereses pecuniarios, en tanto que la conciliación «in genere» puede comprender toda suerte de pretensiones.

4. Y es que como lo señala Couture⁵, al igual que en muchos otros pasajes de nuestra terminología jurídica, varias cosas diferentes son llamadas del mismo modo; en nuestro caso, la conciliación es tanto el acto de autocomposición pura como el de intentar ante o por el juez un acuerdo amigable (así, se habla de «audiencia de

² «Código Procesal Civil comentado», t. I, p. 139, Buenos Aires, 1955.

³ «La conciliación en el proceso moderno» en «TEMIS», diario núm. 116 del 15/9/68.

⁴ «Tratado de los actos procesales», p. 398, Buenos Aires, 1955.

⁵ «Estudios de derecho procesal civil», t. I, p. 299, Buenos Aires, 1948.

conciliación», de «citación o conciliación») como el avenimiento mismo que puede ser resultado de ese encuentro.

De ahí que nos parece importante continuar el desarrollo del tema desde una doble óptica: como actividad y como finalidad.

5. Respecto de la actividad conciliatoria en sede judicial, enseña Gallinal⁶ que se conocen cuatro sistemas diferentes en cuanto al tema:

- a) el que la establece como requisito *previo y obligatorio* realizado por funcionarios con especial competencia al efecto;
- b) el que la establece como *facultad de las partes*, quienes pueden intentarla o no ante los jueces o funcionarios con especial competencia al efecto;
- c) el que la establece como *diligencia necesaria de realizar una vez trabada la litis* judicial, ante el mismo juez que conoce de ella;
- d) el que la establece como *diligencia que puede o no realizarse* por el juez de la causa, en cualquier estado de ella.

Difícil resulta la elección de la pauta que puede orientar al legislador, pues ella depende de innumerables circunstancias extraprocesales, por completo ajenas a la esencia del instituto, al cual pueden hacer fracasar de no sopesarse debidamente en el momento oportuno. Decidir si el intento conciliatorio debe ser pre o intraprocesal y, en ambos supuestos, si con carácter obligatorio o facultativo, requiere conocer antes cuál es la experiencia habida al respecto en el tiempo y en el espacio, así como indagar en profundidad cuáles son las condiciones políticas, económicas y de autosuficiencia del Poder Judicial. Desconocer el juego interarmónico de tales factores importará, sin duda, un acto de creación legislativa que, cual tantos otros, entrará inicialmente en la vía muerta de la total inaplicabilidad.

6. Comencemos el estudio del tema analizando la experiencia histórica de otro país que, cual España, constituye la fuente mediata de nuestra legislación. Para ello, nada mejor que seguir el serio y erudito trabajo de Montero Aroca⁷, donde comienza afirmando que la conciliación carece de antecedentes legales en los grandes textos antiguos así como que su origen auténtico en España se halla en las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla del siglo XVI, las cuales la consagraron con carácter voluntario y preventivo para los casos del comercio (no podía ser de otra manera!) y que fue obligatoria en las ordenanzas de Bilbao de 1737 y en las de Burgos de 1776, cuyo texto pasó a la Novísima Recopilación (libro IX, título II, ley VIII), donde se disponía:

«Cuando cualquiera persona, compareciere en este tribunal a intentar alguna acción, *mando que no se le admita* ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante sí a las partes, y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y

⁶ «Estudios sobre el Código Procesal Civil», p. 164, Montevideo, 1915.

⁷ «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1855» en «Estudios de derecho procesal», p. 150 y ss., Barcelona, 1981.

diferencia que hubiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito».

Texto similar se reproduce en las normativas posteriores hasta el Real decreto de 1827 (dos años antes del Código de Comercio), cuyos arts. 38 y 39 dicen:

«Artículo 38. El demandante se presentará en la audiencia personalmente, o por medio de apoderado especial y con brevedad y sencillez expondrá de palabra su demanda y la parte contra quien la intentare».

«Artículo 39. Inmediatamente se hará comparecer al demandado y oídas verbalmente ambas partes con los testigos y documentos que trajeren, si éstas fueren de fácil inspección, se procurará *averirles proponiéndoles la transacción voluntaria o el compromiso de árbitros*. Si no pudiere conseguirse se expondrá la diligencia en juicio verbal y se procederá a votar».

De aquí en adelante comienza una suerte de evolución hacia la obligatoriedad de la conciliación que plasma, por fin, en la Constitución española de 1812, que la estableció como actividad previa y necesaria para todo tipo de procesos, en trascendente paso para evitar la multiplicación de pleitos sin causa suficiente. Así, veda toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación por los Alcaldes constitucionales de los pueblos, ante quienes debían comparecer los interesados en compañía de dos hombres buenos (uno por cada parte) a fin de que aquéllos, después de oír las razones de demandante y demandado y el dictamen de tales hombres buenos, dictaren.

«La providencia que les parezca más propia para el fin de terminar el litigio sin más progresos, como se terminará en el efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial» (art. 283).

Cabe recordar aquí que la Constitución de 1812 es obra de las Cortes de Cádiz, cuya producción jurídica fue declarada nula y sin efecto alguno luego del Tratado de Valencay de 1813, que permitió el regreso al trono de Fernando VII.

Señala Montero Aroca que con posterioridad «y durante la época absolutista que siguió a la intervención de la Santa Alianza, no volverá a plantearse el problema de la conciliación en el proceso civil pero que, con distinta terminología derivada de las antiguas ordenanzas, continuará su avance en el proceso mercantil» hasta que, después de la muerte de Fernando VII (1833), se vuelve al régimen de la conciliación obligatoria por Real decreto del 29 de setiembre de 1835.

Así, el art. 21 establecía que: «Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación —y que ésta no ha tenido efecto— no podrá entablarse en juicio ninguna demanda civil ni ejecutiva sobre negocio susceptible de ser completamente terminado por avenencia de las partes, ni tampoco querrela alguna sobre meras injurias ni de aquellos que, sin detrimento de la justicia, se repararen con la sola condenación del ofendido».

Seguidamente, la misma forma establecía numerosas excepciones al régimen de obligatoriedad del intento conciliatorio, para terminar con notable expresión de anhelos en el texto del art. 30:

«Los jueces de paz, penetrándose de la importancia de sus funciones y de lo mucho que interesa el que se eviten cuanto sea posible los pleitos y disensiones entre los ciudadanos, pondrán la mayor eficacia en controlar a los que se presenten ante ellos, teniendo entendido que mientras más litigios y querellas eviten, mayor será el servicio que hagan al Estado y mayor el mérito que contraigan a los ojos del gobierno».

Conforme lo expuesto, hasta el comienzo de la vigencia de la ley de enjuiciamiento civil de 1855, el intento conciliatorio previo era exigido en toda suerte de procesos —declarativos y ejecutivos— en tanto el litigio versa sobre asunto transigible.

Sistema similar rigió con la ley de enjuiciamiento civil de 1881, cuyo artículo 460 establece: «Antes de promover un juicio declarativo *deberá* intentarse la conciliación ante el juez municipal competente, salvo...».

El art. 462 dispone, a su turno: «El juez no admitirá demanda a que no se acompañe certificación del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto en los casos que por derecho corresponde».

Según el art. 470, por fin, el acto de conciliación se celebra de la siguiente manera:

«Comenzará el demandante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la opone. Contestará el demandado lo que crea conveniente y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones. Después de la contestación podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren. Si no hubiere avenencia, los hombres buenos (que deben acompañar a las partes) y el juez municipal procurarán averirlos. Si no pudieren conseguirlo, se dará el acto por terminado, extendiéndose acta y dándose certificado al interesado».

El sistema despertó muchas críticas, tanto en sentido positivo como negativo. Estas últimas se basan en las corruptelas en las que degeneró aquél, mediante las cuales se derivó de hecho a los alcaldes el deber de fallar dentro del juicio mismo de conciliación, llevado —obviamente— sin las más elementales garantías procesales, por lo que se trataba más de una temeridad que de un acto de justicia, máxime teniendo en cuenta el desconocimiento que tenían los Alcaldes respecto de las leyes.

Afinando la historia de las críticas negativas se llega al argumento de Guasp, en el sentido de que «poner la conciliación en función procesal como eliminadora de otro proceso, equivale a una auténtica 'contradictio in terminis', por cuanto se quiere evitar el proceso mediante otro especial y previo, con lo cual el mal no queda evitado sino simplemente sustituido». Por su parte, Aragonese defiende la actividad conciliatoria aduciendo que aún cuando fuere exacta la crítica de Guasp, «siempre es aconsejable el sufrir un mal pequeño para evitar otro mayor».

Montero Aroca, partidario de la institución, deja de lado todo lo anecdótico y subjetivo que el tema conlleva y se guía por la experiencia objetiva que surge de la mera compulsión de estadísticas judiciales: estudiada la actividad conciliatoria desde 1953 hasta 1967, descubre que existe un promedio de avenencia del 38,10 %,

en un total de 629.098 causas justiciables. Y concluye de ello la eficacia del sistema, como es obvio.

No obstante lo expuesto —coincidente con nuestro sentir acerca del tema— la relativamente reciente ley 34 del 6 de agosto de 1984, con la escueta referencia en su Exposición de Motivos de que «el acto de conciliación, como lo demuestra la experiencia, ha dado resultados pocos satisfactorios», le ha otorgado un carácter meramente facultativo, modificando y suprimiendo diversos artículos del título respectivo.

Así, el texto actual del art. 460 establece que: «Antes de promoverse un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Juzgado de Distrito o de Paz competente. No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten con relación a: a) los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza; b) los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes; c) los juicios de responsabilidad contra jueces y magistrados; d) en general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso».

A raíz de esta reforma sustancial del sistema, se han derogado los arts. 461, 462, 470 y 478 de la ley de 1881, en tanto que se ha dado nueva redacción al antiguo texto de los arts. 463, 464, 465, 466, 467, 468, 471, 476, 477, 479 y 480.

Por cierto, presentar detalladamente la nueva normativa procedimental excede el objeto que nos hemos propuesto al hacer referencia al sistema español. Sin perjuicio de adelantar que de algún modo haremos mención del tema cuando efectuemos propuesta de sistema a adoptar por nuestro país, valga ahora esta sola reflexión: ante la muda elocuencia de los índices ya suministrados en este trabajo acerca de la operatividad de la tarea conciliatoria desarrollada como función preprocesal, no nos parece feliz la reforma española que le ha quitado carácter obligatorio.

7.a) En Argentina, el Código de proced. Civil anterior, de la Capital Federal disponía en su art. 64:

«Los jueces *deberán procurar*, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus funciones, que los litigantes pongan término a sus diferencias por medio de avenimientos amigables, y a ese efecto tendrán la facultad de convocarlas a su presencia en cualquier estado del juicio, siempre que sea posible conseguir aquel objeto».

La ley nacional 14.237 (de reformas al Cód. de Proced. Civil de Capital Federal —ADLA, XIII-A, 168—) estableció en su art. 64 que:

«En los juicios de alimentos, litisexpensas y tenencia de hijos, se señalará una audiencia a fin de oír a las partes acerca de las cuestiones planteadas y procurar que lleguen a una solución directa».

Por su parte, el art. 26 del Cód. de Proced. Civil de la provincia de Buenos Aires (ley 2958 del 21 de diciembre de 1905 —ADLA, XX-B, 1723—) repetía el texto del art. 64 del Cod. de Proced. Civil de la Capital Federal.

Sobre este tema, decía Sentis Melendo⁸ que la conciliación así legislada era como una aspiración permanente del juez cuya apreciación «él mismo realizará», criticando largamente que la magistratura en general no hubiera interpretado que la actividad conciliatoria era un verdadero deber y no una mera facultad del juez, que podía o no realizar a su entera voluntad.

b) En la reforma operada en el Cód. de Proced. Civil de la Capital Federal mediante ley 17.454 (Cód. de Proced. Civil de la Nación —ADLA, XXVII-C, 2649—) creemos que se involuciona sobre el sistema anterior, tal vez porque éste había entrado en la vía muerta debido a la falta de aplicación por los jueces. Fue así que el art. 36 estableció que:

«Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales *podrán*... 3) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación... La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento».

No obstante la bondad intrínseca del último párrafo apuntado, hemos afirmado que se involucionó respecto del sistema anterior por cuanto la actividad conciliatoria pasó a ser una simple facultad discrecional del juez y no un claro deber, naturaleza ésta que surgía evidente del texto anterior.

Resta aclarar que el mismo cuerpo normativo establecía en su art. 34, 1), con-
guente con la ley civil, que:

«en los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, *se fijará* (nótese el imperativo verbal) una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del ministerio público, en su caso. En ella, el juez tratará de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de los hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal».

Ambos textos permanecieron vigentes después de la reforma operada por la ley 22.434 (ADLA, XLI-B, 2822).

c) En la provincia de Santa Fe — donde ejercemos la magistratura, razón por la cual nos resulta hartamente conocido el sistema y la experiencia habida de él — el antiguo cuerpo legal de 1880 establecía en su art. 120 que

«en cualquier momento y estado de la causa los jueces *podrán* decretar audiencias, sea para aclarar puntos dudosos, sea para procurar avenimiento o transacción».

Acerca de su aplicación decía el comentarista Parody⁹ que «esta disposición acuerda a los jueces una facultad que *muy pocas veces la utilizan*, a pesar de los grandes beneficios que reportaría su frecuente aplicación. Si los funcionarios judiciales, cumpliendo con su elevada y benéfica misión, tratarán por los medios a su alcance

⁸ «El proceso civil», p. 165 y ss., Buenos Aires, 1957.

⁹ «Comentarios al Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe», t. I, p. 130, Rosario, 1912.

de conseguir un avenimiento o transacción entre las partes, siempre que lo creyeren conducente, no sólo se dignificaría la Justicia y se repararían muchos males, sino que se proporcionarían grandes ventajas a los litigantes, con el amigable arreglo de sus divergencias y la consiguiente economía de gastos y de tiempo que se pierde en toda contienda judicial. Hay muchos asuntos que no se terminan por avenimiento o transacción por falta de mediador —diremos así— y en los cuales las partes escucharían cualquier indicación del juez de la causa para poner fin a su litigio. ¿Por qué no hacer uso frecuente de este deber, que constituye uno de los fines principales de los encargados de la noble misión de hacer justicia?»

Ignoramos si el contenido de esta crítica apunta hacia una desidiosa corruptela judicial (en rigor, no sería tal, por cuanto la norma transcrita legisla la actividad como facultad y no como deber del juzgador) o si el desinterés de la magistratura para intentar avenimientos fue consecuencia de innumerables fracasos.

Esta pareciera ser la real causa, habida cuenta del texto contenido en el art. 81 de la ley 2924 (1940) que vino a reformar el Cód. de Proced. Civil de 1880:

«Los jueces *pueden* disponer en cualquier momento la comparecencia *personal* de las partes, *con o sin la presencia de sus representantes o abogados*, para intentar una conciliación».

Explicando la razón de la reforma, Cabal y Atienza¹⁰ expresan que el Código derogado «facultaba a los jueces para señalar audiencias con el objeto de... intentar conciliación o avenimiento, pero no a hacer comparecer a las partes en persona, ni mucho menos sin la presencia de sus abogados o representantes. La nueva ley adoptó este sistema del art. 141 del Cód. Procesal Civil alemán, acordando a los jueces en forma expresa esa facultad que, de todos modos, podía sostenerse que la tenían implícita en calidad de 'mejor proveer'. El agregado responde al propósito de evitar que los profesionales —por convicción, amor propio, encono o interés— puedan dificultar soluciones amistosas, impidiendo arreglos, tal vez convenientes, y obligando a sus clientes a mantener una contienda no querida y a veces inútil». Y terminan con una expresión de deseos que constituye una verdadera *contradictio in terminis*: «Claro es que los jueces deberán usar esta facultad con *mucha parsimonia*, ya que, de lo contrario, podría convertirse en un abuso».

Como se ve, imperaba en la época el conocido prejuicio de Voltaire: «Si se presentan al acto de conciliación las partes con abogados y procuradores, se hace retirar a éstos, como se separa la leña del fuego que se quiere apagar».

Comentando similar problema español, el ya recordado Montero Aroca¹¹ afirma que en la alternativa de la presencia o ausencia de abogados en la audiencia conciliatoria, «debe buscarse la solución no tanto con base en criterios teóricos como con

¹⁰ «Anotaciones interpretativas al Código de Procedimientos Civiles de la provincia de Santa Fe», p. 120, Rosario, 1975.

¹¹ MONTERO AROCA, p. 207, op. citado.

miras a la eficacia; y es desde este punto de vista desde el que creemos conveniente la intervención de los letrados en el acto de conciliación preventivo. Las razones que así lo aconsejan, son múltiples: puso ya de manifiesto Boncenne —y la práctica lo ha confirmado— que sin la presencia de sus abogados las partes se limitan a un diálogo de sordos o, si se prefiere, a repetir de memoria los consejos de aquellos, sin apartarse de ellos por ningún concepto; el estado de apasionamiento propio de los directamente implicados en la controversia no es el más indicado para la conciliación y, por el contrario, el profesional puede apreciar las ventajas de una propuesta de arreglo amistoso y aceptarla; la práctica ha demostrado que en la conciliación sindical, por ejemplo, los abogados intervienen normalmente, siendo su presencia preferida por los miembros de la Junta de Conciliación; en materia de trabajo, la experiencia ratifica que se logran más avenencias con la intervención de los abogados que cuando las partes intervienen sin ellos; las posibilidades de que ocurra alguna de las causas que invalidan los contratos, con base en los que puede ejercitarse la acción de nulidad, son menos. Las consideraciones prácticas podrían multiplicarse, pero en todo caso, la oposición a la intervención proviene de una desconfianza secular que la ética actitud de los propios abogados debe desterrar».

Como si hubiera conocido este pensamiento (cronológicamente posterior) el codificador de 1962 (ley 5531, Cód. de Proced. Civil actualmente vigente en Santa Fe —XXII-B, 1933—) dispuso modificar el sistema hasta entonces imperante, redactando así el art. 19:

«Los jueces *pueden* disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación».

Explicando la reforma operada, Carlos y Rosas Lichtschein¹² dicen que «se ha suprimido la potestad de excluir a los cuarales de las audiencias en que las partes sean llamadas por los jueces a fin de conciliarlas o de pedirles explicaciones. No sólo importaba esa posibilidad una desconsideración para con los profesionales del derecho, sino que, además, dejaba a los litigantes, sin el patrocinio necesario respecto de declaraciones o transacciones que, a falta de un conocimiento adecuado de la legislación y de la situación del pleito, podrían llevarlos a consecuencias perniciosas y no queridas conscientemente. Esta modificación no significa que esté vedado a los jueces en algunas especies en que las circunstancias lo hagan absolutamente necesario, citar sólo a las partes, pues ellos conservan sus poderes respecto del proceso».

Pero refieren algo más que nos parece importante consignar aquí: «En lo que atañe a la conciliación, pese a la importancia que ella revista para solucionar la litis, no se introdujo por la Comisión Reformadora variante alguna al texto del Código derogado, no obstante la sugestión fundada de uno de sus miembros. Es interesante destacar que procesalistas de talla, entre los que cabe citar a Calamandrei, Couture,

¹² «Explicación de la reforma procesal», p. 45, Santa fe, 1962.

Lascano y Reimundín, se han pronunciado en el sentido de atribuirla a los profesionales del foro. En cambio, legislaciones instrumentadas de Francia, Alemania e Italia, la instituyen obligatoriamente ante funcionarios especiales y salvo excepciones que taxativamente consagran. No se juzgó oportuno establecer un precepto que impusiera a los profesionales del foro el deber de intentarla con anterioridad a la promoción del juicio, porque siempre resultaba necesaria la certificación de las diligencias realizadas para su cumplimiento expedidas por funcionarios judiciales, lo que suponía recargar sus tareas. Por otra parte, si dicha conciliación se encomendaba a órganos especiales, requeriría la creación de nuevos cargos, difíciles de obtener por razones de orden económico. De ahí que, aún considerando conveniente que esa importante función de conciliar a las partes, fuera realizada por curiales y sin desconocer que en la mayoría de los casos la efectúan extrajudicialmente, por las razones arriba apuntadas no se ha modificado la situación y se ha dejado como estaba: librada a la prudencia del juez, quien con la cautela necesaria para no anticipar opinión sobre la causa podrá continuar ejercitando este poder sin que afecte su imparcialidad».

8. Con el actual sistema santafesino hemos trabajado y visto trabajar con sensible éxito durante largos años. Descartamos por completo la actividad en procesos ejecutivos, en las cuales poco o nada hay que conciliar. Empero, el instituto da sus frutos en toda suerte de procesos declarativos y, muy especialmente, en los que versan sobre asunto de familia.

Claro está, tal resultado supone una actitud mental del juez proclive a la conciliación y una personalidad inteligente, creativa y dedicada con esfuerzo a su tarea, ya que el trato asiduo con las partes supone mayor tiempo de permanencia en el juzgado e indudable cúmulo de tareas por y sobre las que cumplen un magistrado del sistema escrito y que poco o nada toma contacto personal con los interesados.

En la actuación personal relatada y de la referencia legislativa recién apuntada, hemos aprendido que los principales problemas que genera la actividad conciliatoria, de cuya bondad teórica nadie niega, son:

- a) si debe legislarse con carácter obligatorio o facultativo;
- b) si debe ser anterior al proceso o durante su tramitación y, en su caso, en qué etapa del juicio. En el primer supuesto —preprocesal— si debe o no adjudicarse a funcionarios con especial competencia al efecto;
- c) si se puede exigir o no la personal comparecencia de las partes;
- d) si durante el acto conciliatorio, aquéllas pueden estar o no acompañadas por el letrado;
- e) si el juez debe o no intervenir activamente en la mediación y, en su caso, si sus dichos durante ella pueden o no constituir causa de recusación por prejuzgamiento.

Todos estos problemas muestran ejemplarmente la vigencia del principio de alternatividad que nos explicara brillantemente Briseño Sierra.

9. En cuanto a la primera opción, nos pronunciamos por la *obligatoriedad* de la

tarea conciliatoria respecto de toda pretensión declarativa, con lo cual descartamos la obligatoriedad casi irrestricta que, por ejemplo, contiene la Constitución uruguaya, cuyo art. 255 establece:

«No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley», las que son muy pocas a tenor de lo dispuesto en los arts. 276, 277 y 278 del Cód. Procesal Civil (advertimos al lector que por Acto Institucional n.º 8 del 1/7/77, el Poder Ejecutivo uruguayo suprimió el mencionado art. 255, con lo cual la obligatoriedad de la tarea conciliatoria pasó a tener origen legal y no constitucional. A su turno, la ley 15.464 del 19/9/83 derogó, por su art. 169, el cap. II del tít. IV del Cód. Procesal Civil donde se legislaba todo lo referente al tema de la conciliación. No obstante ello, convencidos de la bondad intrínseca del sistema, desarrollaremos seguidamente el tema haciendo referencia a la legislación oriental aunque haya perdido vigencia).

Sin embargo, admitimos importantes excepciones (tomadas de legislaciones extranjeras, vigentes o no) al principio de obligatoriedad, en función de la naturaleza de las pretensiones incoables:

a) los procesos que se promueven como incidentes o como consecuencia de otro proceso o de un acto de jurisdicción voluntaria. El fundamento es obvio, ya que el nuevo pleito supone la existencia de otro anterior donde la tarea conciliatoria fracasó;

b) los procesos que se promuevan contra persona desconocida o incierta o contra ausente que no tenga residencia conocida o que resida fuera del lugar asiento del tribunal, pues es de suponer que el intento de reunir a las partes será vano y representará inútil gasto de tiempo y dinero;

c) los procesos que se promuevan para reclamar la nulidad o el cumplimiento de lo convenido en el acto de conciliación, ya que ello supone un avenimiento operado;

d) los procesos de responsabilidad civil contra los jueces en general pues una elemental ética profesional lo impide;

e) los procesos incoados ante árbitros o amigables componedores pues ello supone una conciliación operada como medio para llegar a una heterocomposición como resultado;

f) los procesos universales, donde nada hay que pueda ser conciliado;

g) los procesos de ejecución en general, pues ellos presuponen la existencia de un título ejecutivo en el cual viene predeclarado el derecho del acreedor;

h) los procesos en los cuales se deduzca alguna tercería, dada la ejecutividad del principal, del cual resulta ser una consecuencia;

i) las medidas preparatorias de juicio declarativo, ya que la actividad conciliatoria será efectuada cuando se incoe el proceso principal.

Como se ve, comparando esta propuesta con las legislaciones que han sido tomadas como modelo (España, derogada y vigente y Uruguay, derogada) no enume-

ramos otras excepciones pues no nos parece que merezcan intrínsecamente ese tratamiento. Así, descartamos

a) los procesos en que sean demandante o demandado la Hacienda pública, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y, en general, las corporaciones civiles de carácter público, pues no hallamos razón alguna para conformar una excepción al respecto ni para que gocen de un trato procesal diferente del resto de los justiciables. Nada impide en nuestra legislación que el Estado (en general) pueda conciliar un pleito.

Por cierto, no empece esta afirmación el texto del art. 841 del Cód. Civil, en cuanto establece que:

«no pueden hacer transacciones los agentes del ministerio público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades, ni los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación, en todo lo que respecta a las rentas públicas».

Y ello porque, como lo señala Couture¹³, «cuando dentro de nuestro régimen se habla de la necesidad de la conciliación... no sólo se tiene en cuenta la posibilidad de transacción; deben entrar también en la cuenta del legislador el desistimiento y el allanamiento (nosotros añadimos el arbitraje). Son numerosos los casos de la vida forense en los cuales el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación y en los cuales el actor, enterado en la oportunidad de las defensas que le opondrá el demandado, prefiere abreviar el juicio a tener que seguirlo en condiciones desventajosas. Presentadas las cosas en esos términos, resulta ya bastante más claro que es posible la avenencia en las acciones en las cuales está prohibida la transacción».

b) los procesos en los cuales estén interesados los menores y los incapaces para la libre administración de los bienes. La explicación de la excepción a la regla conciliatoria que proponemos surge de la ley uruguaya:

«La conciliación puede efectuarse entre personas que tengan capacidad legal para obligarse con relación al objeto de la controversia y cuando no se trate de materia en que esté prohibida la transacción».

Para nosotros es factible desarrollar aquí la actividad conciliatoria. Volvemos a la cita de Couture¹⁴: «en el texto legal que está en tela de juicio, nuestro legislador se limitó a traducir literalmente el art. 2 del Cód. Procesal Civil italiano». Se apartó así de su fuente habitual, el Cód. de Proced. Civil de Santa Cruz y de los textos francés y español, que han resuelto este problema en forma distinta. Pero ocurre que de la adopción del texto italiano proviene toda la dificultad de la cuestión. Así lo dice expresamente el art. 1 cuando establece:

«Los conciliadores, cuando sean requeridos, deben hacer lo posible para solucionar controversias».

¹³ «Conciliación y transacción» en «Estudios...», p. 231, op. citado.

¹⁴ Op. loc. citado.

Por eso se explica que, a continuación, el art. 2 diga:

«La conciliación puede tener lugar cuando las partes tengan capacidad de disponer de los objetos sobre los cuales recae la controversia y no se trata de materias en las cuales está prohibida la transacción».

«La voluntariedad de la conciliación fue nota distintiva del Cód. Procesal Civil italiano anterior. Pero en nuestro Código (sigue hablando Couture) la conciliación no es voluntaria sino obligatoria por norma constitucional. Y no puede prescindirse de ella, salvo texto escrito que lo dispusiere». Un texto que diga, traduciendo del italiano, que «la conciliación puede efectuarse entre personas que tienen capacidad de obligarse constituye sin duda una incongruencia dentro del sistema. Las partes no 'pueden' sino que 'deben' tentar la conciliación».

En rigor, lo que el texto contiene es una prohibición de transigir, no de conciliar. La ley española es más clara que la uruguaya, ya que ella dispensa o exceptúa la conciliación considerada como género.

Pero insistimos: no debe descartarse la actividad de acercamiento de las partes que puede derivar, por ejemplo, a un desistimiento del pleito incoado contra el incapaz o a un allanamiento en el juicio en el cual éste es demandado. Y no vemos aquí que resulte vulnerado principio superior alguno.

10. En lo que toca a la siguiente opción —si la conciliación debe ser preprocesal o *intraprocesal*— elegimos la segunda.

No desconocemos la bondad del sistema que exige un intento conciliatorio previo al proceso. Pero lo vemos impracticable en nuestro medio; en primer lugar, carecemos de órganos adecuados para otorgarles una especial competencia al efecto y no creemos que las actuales condiciones económicas y presupuestarias de los respectivos gobiernos estatales puedan contemplar o resolver ello por mucho, mucho tiempo. En segundo término, las críticas que la institución recibió en España serían rápidamente repetidas aquí, dada nuestra particular idiosincracia. Por último, si bien es cierto que con la conciliación dentro del proceso no se evita su iniciación, también es cierto que se elimina su desarrollo integral, lo cual siempre supone un sensible alivio del desgaste jurisdiccional, uno de los objetivos buscados a la postre.

En este orden de ideas, preferimos —por experiencia habida al respecto— que el intento sea efectuado por el juez, con todos los ribetes de seriedad y solemnidad que ello entraña, después que se haya trabado la litis. De tal forma, tanto los interesados como el conciliador tienen completo conocimiento de lo pretendido y resistido: y como ello es inmodificable (salvo casos de autocomposición o de alegación de hechos nuevos) la respectiva audiencia puede servir no sólo para conciliar los intereses en juego, sino también —si ello no se logra— para facilitar, mejorar o despejar las condiciones del proceso.

A este respecto, veremos luego las facultades que concebimos para el juez actuante, cuando tratemos si sus propuestas pueden o no generar causa recusatoria por prejuzgamiento.

11. En cuanto a si cabe o no exigir la *comparecencia personal de las partes*, creemos

que la normativa santafesina constituye un verdadero acierto. Sólo ellas saben de verdad cuándo y cómo es conveniente conciliar, dado que nadie mejor que el propio litigante para cuidar su interés litigioso.

Por lo demás, hemos visto hasta el cansancio cómo ayuda a lograr una buena conciliación todo litigante de buena fe, emitiendo o recibiendo propuestas y contra-propuestas... Y mayor es el éxito cuando la parte actúa por vez primera ante los estrados judiciales...

Por lo contrario, la solitaria presencia del mandatario de la parte en la audiencia no lleva a resultado positivo alguno en la práctica, pues no hace otra cosa que mantenerse en la posición jurídica ya adoptada en el pleito. Sólo en raro y excepcional caso hemos visto lo contrario y, en tal supuesto, el mandatario contaba con instrucciones y poderes especiales al efecto.

12. La cuarta opción, referente a si *las partes pueden hacerse asistir de letrados* durante la audiencia de conciliación, no puede ser respondida sino afirmativamente en esta época.

En nuestro medio, al menos, el buen abogado sabe que resulta preferible un mal arreglo a un buen pleito que, por su extrema duración, puede causar la ruina de los interesados. Por lo demás, el propio foro es proclive a la autocomposición, cosa que se ve en los numerosos intentos que se efectúan casi sin excepciones antes de incoar un pleito.

Cómo no aceptar así, y de buen grado, la presencia de abogados en la audiencia...

13. Por fin, en lo que toca a la *presencia del juez en la audiencia*, no podemos responder otra cosa que la afirmativa. Un natural y acendrado respeto de los justiciables hacia su persona hace que escuchen con atención su consejo prudente, el que pocas veces cae en saco roto.

Por supuesto, el juez debe dirigir personalmente la audiencia, intentando primero un simple acercamiento de las partes y actuando luego como mediador entre ellas. Con respeto, inteligencia y esmerada dedicación debe comenzar y continuar el acto, que sólo terminará lograda la autocomposición o después de advertir que ella es imposible.

Aún fracasada la conciliación, nada se ha perdido y, por lo contrario, mucho se ha ganado: las partes han visto, han «sentido» en carne propia el funcionamiento de la justicia, la seriedad y honestidad de proceder que impera en el tribunal; y ello hace que —necesariamente— se mejore la idea y preconcepto que gran parte del pueblo tiene hacia la judicatura en general.

El juez, por su parte, ha conocido personalmente a los litigantes. El expediente deja de ser un mero número o nombre vacío para tomar en su recuerdo rostro, voz y emociones desplegadas durante el acto. Si el juez es atento e inteligente, rápidamente descubre quién dice la verdad y quién miente, cosa que podrá ayudarlo al momento de sentenciar si surgen dudas de la prueba acumulada o si el problema debatido es jurídicamente opinable.

Para esta actuación que concebimos, el juez debe contar con ciertas facultades expresamente otorgadas por la ley. No se trata, por cierto, de que intente la conciliación a cualquier precio, forzándola llegado el caso. Nada más lejos de nuestra aspiración y de lo que debe ser una correcta idea del funcionamiento del Poder Judicial.

Más simplemente, creemos que el juez debe poder brindar propuestas con toda libertad, haciendo ver inclusive, a las partes, los yerros ya cometidos y las consecuencias que ellos pueden tener al momento de setenciar. Propiciamos, en esencia, que durante la audiencia de conciliación se permita que el juez deje de ser «neutral» ni uno ni otro) para ser «alterutal» (uno y otro al mismo tiempo).

Para eso, es imprescindible, a nuestro juicio, que el juez no se halle en la posibilidad legal de ser imputado de prejuizamiento. De ahí el acierto normativo de la ley nacional que eso dispone.

En este orden de cosas, la actividad conciliatoria no ha de concretarse a obtener una autocomposición sino, como acabamos de decirlo, mejorar el debate o disipar problemar que dificultan un normal, rápido y eficaz desarrollo del proceso.

Así, adoptamos al efecto la propuesta que Couture hace en el art. 89 de su Anteproyecto de Código Procesal Civil:

«Aún cuando las partes hayan cumplido los procedimientos de la conciliación sin resultado, podrá el juez de la causa, siempre que lo juzgue conveniente, llamarlas a su despacho para proponerles una forma de conciliación (de aspectos procesales). Esta propuesta puede consistir en:

- a) simplificar las cuestiones litigiosas;
- b) rectificar errores materiales en que se hubiera incurrido;
- c) aumentar el número de hechos admitidos, reduciendo así la actividad procesal probatoria;
- d) limitar el número de peritos o de testigos;
- e) adoptar cualquier otra solución parcial que facilite la más pronta solución del juicio».

3. Conclusiones

Conforme lo que se ha expuesto en este trabajo, cabe efectuar las siguientes conclusiones:

1. La conciliación, tal como la hemos concebido, es un medio primario, idóneo, económico, rápido y eficaz para solucionar conflictos de intereses. La calificación de medio primario no descarta que sea alternativa válida para llegar a tal solución luego de planteado el litigio en sede judicial. Antes bien, las estadísticas llevadas al efecto demuestran acabadamente que elevado número de asuntos justiciables termina por autocomposición, usada como medio o como resultado.

2. Conforme ello, parece conveniente legislar la conciliación con carácter obligatorio e intraprocesal, debiendo ser intentada por el juez de la causa después de trabada la litis, en reunión con los propios litigantes asistidos por sus letrados, sin que pueda considerarse causa de prejuzgamiento la fórmula o propuesta conciliatoria efectuada por el juez en tal acto.

AUTO-DEFENSA

resultado: allanamiento se traduce siempre en:

supone siempre una

Desatado el CONFLICTO se soluciona con:

CONCILIACION AUTOCOM-POSICION

que puede operar como:

HETEROCOM-POSICION

que actúa como:

MEDIACION

HETEROCOM-POSICION (pública): proceso judicial

medio: que conduce a una:

conducen a una de las formas de

resultado:

ARBITRAJE:

que puede ser:

AUTOCOM-POSICION como resultado.

de HECHO de DERECHO