

XVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

SAN SALVADOR DE JUJUY

10 AL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2015

PONENCIA GENERAL

COMISION NRO. 1

Tema:

**IMPLEMENTACION DE NUEVOS SISTEMAS DE RESOLUCION DE
CONFLICTOS**

Autor: Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El leit motiv de este Congreso consiste en analizar los modelos de justicia que existen, su estado actual y las posibles reformas a implementar, circunstancias éstas que nos dan las pautas para formular una serie de interrogantes.

Cuando se alude a los modelos de justicia, cabe cuestionarse a cuál de ellos nos referimos. En verdad, en nuestro país existen tantos como Provincias hay, teniendo en cuenta las previsiones de la Constitución Nacional en punto a la organización judicial y los poderes delegados por las Provincias a la Nación.

Por ello, tomaremos para su análisis el modelo de la justicia nacional. Con lo cual se advierte que lo que estamos poniendo en tela de juicio en este evento, son los distintos modelos de justicia que se desarrollan en el país, para confrontar su estado actual y ver la posibilidad de trabajar en su reforma, todo ello a partir del análisis de uno –como el nacional- desde el cual cada uno podrá compararlo con su propia realidad.

Ello evidencia -por cierto- un desgaste, toda vez que seguimos utilizando sistemas de solución de conflictos, tanto a nivel nacional como a nivel provincial, ya que la mayoría de las provincias siguen como modelo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que encuentran un valladar imposible de superar como es la propia realidad en la cual se encuentran inmersos esos ordenamientos.

Coadyuva a pensar en un esquema de trabajo que apuntala esas reformas, la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigencia poco antes de la iniciación de este Congreso, toda vez que está impregnado de innumerable cantidad de normas de neto corte procesal, que se tejen como principios insoslayables para el legislador, a los fines precisamente del diseño de los nuevos sistemas que la realidad misma requiere.

Centraremos ese análisis en los insumos propios de todo sistema, a los fines de conocer la oportunidad y la eficacia de cualquier propuesta reformadora.

Dentro de esos insumos, uno que toca abordar –por la propia temática impuesta en este evento- es la formación del abogado, y para ello resulta imprescindible apreciar el rol que juegan a las universidades, para analizar luego lo que constituye la materia prima de la tarea de los abogados, que no es otra que el conflicto en sí mismo y la eventual propuesta de la conveniencia de implementar otros sistemas de solución de conflictos.

2.- EL ENFOQUE SISTEMICO

Un sistema, es una entidad cuya existencia y funciones se mantienen como un todo por la interacción de sus partes, y su comportamiento dependerá de cómo se conectan las partes, más que de cuáles sean esas partes¹.

Por ello, se lo puede conceptualizar como una entidad autónoma, dotada de una cierta permanencia, constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico².

A su vez, dentro de la teoría general de los sistemas, la cibernética se ocupa del estudio del mando, del control, de las regulaciones y del gobierno de los sistemas³.

¿Porqué motivos entendemos oportuno partir de esta premisa, para abordar el tema que nos ocupa?

La respuesta es sencilla, por obvia, porque el sistema universitario, es el que “produce” como resultado el tipo de abogado⁴ que hoy nos convoca, el cual a su vez es el que conviene revisar, para poder así diagnosticar, cuáles son sus fallas, de modo tal que se facilite su corrección, toda vez que el pensamiento sistémico es un método de identificar determinadas reglas, alguna serie de patrones y sucesos para prepararnos de cara al futuro e influir sobre él en alguna medida. Nos aporta cierto control.

¹ Joseph O’Connor y Ian Mc Dermott, Introducción al Pensamiento Sistémico, Ed. Urano, 1998, p. 27.

² Grün, Ernesto; Visión sistémica y cibernética del derecho, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 27.

³ Grün, ob. cit., p. 37, quien a su vez citando a Wiener, aclara que es el propósito de la cibernética el desarrollar un lenguaje y técnicas que nos permitirán atacar los problemas de control y comunicación en general.

⁴ La referencia al abogado implica tanto al que ejerce su profesión en forma liberal, como al que ejerce como magistrado o bien cumpliendo cualquier otro tipo de función vinculada al sistema de justicia.

Se hace imposible poder acceder al resultado esperado, si no conocemos de antemano los problemas que tenemos para resolver, y además sus posibles soluciones, habiendo preestablecido nuestras metas.

Ergo, conviene que analicemos como está estructurado este sistema universitario que nos preocupa. Así veremos, que como todo sistema, está compuesto por una serie de partes, o subsistemas, que interrelacionados entre sí hacen que obtengamos un determinado resultado.

Desde hace mucho tiempo se viene “merodeando”⁵ sobre la necesidad de mejorar la formación del abogado, pero parecería, una mera actitud voluntarista pretender su implementación a través de un solo mecanismo, pues, por sí mismo no puede producir el cambio esperado, salvo que esté acompañado, sistémicamente, con un desarrollo sobre los distintos flancos que resulten necesarios revisar.

Por eso, se hace imprescindible abandonar la referencia analítica, a estadios compartimentados, y apreciar dinámicamente la situación, para advertir todos los defectos que presenta el sistema, tal como hoy ha sido estructurado.

Así, los insumos de ese sistema importan la necesidad de reparar no solo en los alumnos, o en los profesores, sino además en los recursos económicos, materiales, técnicos, de infraestructura, con los que podemos contar, entre otros aspectos destacables.

Esos insumos, dan cuenta de una mirada distinta, que ahora no se dirige al producto, es decir al abogado egresado, sino por el contrario, al que ingresa al sistema, circunstancia que por sí sola amerita otro tipo de apreciación.

A su vez, estos insumos van a ser procesados dentro del sistema, por ejemplo, los alumnos cursan Derecho Procesal en un solo cuatrimestre, y bien sabido es que además, se reubicó la materia en la curricula de la U.B.A., al comienzo de la carrera, por lo tanto aquellos, con pocas materias aprobadas, en su corta vida universitaria, ni siquiera son concientes del lenguaje jurídico para comprender los textos que utilizamos.

⁵ El término lo utilizamos a los fines de llamar la atención sobre un aspecto central, que sería el siguiente: sabemos, y somos concientes que el producto obtenido de la universidad no es el esperado, y queremos mejorarlo, pero quizás, pese a coincidir con el diagnóstico, no sabemos cómo implementar las mejoras, las reformas, o las alternativas que resulten menester para superar esos inconvenientes. De tal forma aparecen teñidas las propuestas con condicionamientos filo-políticos, ideológicos, cuando no con compromisos de gobierno, que desandan toda buena intención.

Señalaba Colerio –ya desde 1991- no sólo cómo había perdido terreno el Derecho Procesal dentro de la curricula de la carrera, sino además, lo defectuoso de su enseñanza, que consistía en un plan -que por entonces era nuevo- en una sola materia cuatrimestral de aproximadamente 30 clases.

En ese plan, el derecho procesal penal se había convertido en un mero apéndice de otra materia como Derecho Penal, ya que dentro de ella se incluyen las dos últimas unidades, con lo cual carece de toda autonomía.

Predicaba la necesidad de que el Derecho Procesal recuperara su autonomía, y por cierto algo muy interesante, que era que el título de abogado solo tuviera carácter académico, supeditando la habilitación de los graduados a una práctica concreta por un determinado tiempo en un estudio jurídico, con un examen final en el Colegio Público de Abogados⁶.

Lo grave y preocupante de esta situación, es que no solo se mantiene, sino que no existen visos de superación alguna, pues se relega al Derecho Procesal, como una especie de *capitis diminutio* que lo destaca sobre otras disciplinas, sin advertir que es de su adecuado manejo como se puede propender al mejoramiento del sistema judicial.

De ese proceso, surge como resultado, el egresado, que no es otro más que el producto de nuestro sistema, es decir, hoy el objeto de nuestras preocupaciones, que cumplirá un determinado rol social, sea en la magistratura, en la profesión, o en la docencia, o en otra actividad, pero que bien sabemos que para cada uno de esos supuestos, su preparación no es siempre la adecuada.

Por lo tanto, si estamos trabajando, como se nos propone, en “la formación del abogado y el rol que le cabe a las universidades”, entre otros aspectos que hacen a la posible implementación de nuevos sistema de resolución de conflictos, creemos con absoluta certeza que resulta un punto de partida insoslayable a tener en cuenta, el estado actual de este aspecto del sistema de justicia que no es otro que el operador jurídico.

Por eso, parece más atinado, a los fines de la evaluación y a su vez la obtención de conclusiones, trabajar en los distintos frentes que se presentan,

⁶ Colerio, Juan P.; En los umbrales de la desaparición del Derecho Procesal; Publicada en el Libro de Ponencias del XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal sobre “Justicia y Proceso”, Buenos Aires, 1991, T. I, p. 60.

para abordarlos al mismo tiempo⁷, desarrollando una tarea planificada, que importe la consecución de objetivos operativos primero, para llegar a un objetivo final.

Con buen criterio se ha sostenido –por lo menos en lo que a nuestra Facultad de Derecho atañe- que es imperioso advertir que la necesidad de cambios en los planes de estudio, la inercia en la renovación de planteles docentes, lo que no implica solo el cambio de personas, sino su actualización, desarrollos en investigación, mantenimiento de actividades, sumada a una mayoría de auxiliares docentes ad-honorem, entre otros aspectos, posicionan a la U.B.A. –como también a otras universidades- ante el desafío de un cambio.

La necesidad de cambiar estructuras que no ayudan a las buenas prácticas de enseñanza e investigación golpea las puertas de la U.B.A. y desafía prácticas tradicionales, no innovadoras, en las que se sostiene gran parte del *statu quo* universitario⁸.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, la necesidad de reubicar en la curricula adecuadamente al Derecho Procesal, en la importancia de la enseñanza de la Teoría General del Proceso, y la distinción entre el ámbito del Derecho Procesal Penal y el Civil para su mejor aprendizaje, más allá de la unidad de nuestra materia, todo ello en la conveniencia de la aplicación practica de esos conocimientos, entre otras variantes, que nos tocan de cerca.

En la misma línea la preparación del abogado en áreas colindantes que resultan interdependientes, como la lógica, la matemática, la psicología, que brindarían a través de nociones elementales, una formación mucho más apta para el manejo de conflictos y a su vez para el transito por otros sistemas de solución de conflictos diversos al proceso judicial.

Como se puede apreciar, todas esas variantes son intrasistémicas, no requieren esperar la promoción de los abogados, hoy son ejemplos fácilmente perceptibles, y permiten su atención inmediata con visión de futuro.

⁷ El enfoque sistémico no se limita al estudio de las cosas sino que también se aplica a los intentos de cambiarlas, de tal forma existe un principio que reconoce que los problemas sociales no se dan de a uno, sino combinados, por lo cual solo pueden entenderse y resolverse como sistemas. La receta para abordarlos con éxito es: paso a paso pero todos juntos (Bunge, Mario; Sistemas Sociales y Filosofía, Ed. Sudamericana, 1995, p. 8 y ss.).

⁸ Mollis, Marcela; La Universidad Argentina en Transito, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 61.

3.- EL MARCO NORMATIVO

Es evidente que no se puede pasar por alto la normativa que hoy regula la situación que nos ocupa, por eso, cuando nos preguntamos ¿cómo implementar estas mejoras?, conviene tener en cuenta, que dentro del marco legal que debemos observar, podemos encontrar las pautas para el desarrollo de esa tarea.

Además de los preceptos constitucionales, establece el art. 1 de la ley 24.195, que “el derecho constitucional de enseñar y aprender queda regulado, para su ejercicio en todo el territorio argentino, por la presente ley que sobre la base de principios, establece los objetivos de la educación en tanto bien social y responsabilidad común, instituye las normas referentes a la organización y unidad del Sistema Nacional de Educación, y señala el inicio y la dirección de su paulatina reconversión para la continua adecuación a las necesidades nacionales dentro de los procesos de integración”.

A partir del título III de dicho cuerpo legal, se estructura el sistema educativo nacional, el cual estará integrado por: a) una educación inicial; b) una educación general básica; c) una educación polimodal; d) una educación superior; y e) una educación de posgrado.

Dentro de la tarea que se nos ha propuesto, resulta indispensable reposar nuestra mirada en la educación superior, que es aquella que esa ley define en su art. 10, como la educación profesional y académica de grado, luego de cumplida la educación polimodal. Su duración será determinada por las instituciones universitarias y no universitarias, según corresponda.

Luego de aquel cuerpo legal, en 1995 se dictó la ley 24.521⁹, denominada ley de educación superior universitaria y no universitaria, en cuyo art. 1 se establecía que en ella estaban comprendidas las instituciones de formación superior, sean universitarias o no universitarias, nacionales, provinciales o municipales, tanto estatales como privadas, todas las cuales forman parte del sistema educativo nacional regulado por la ley 24.195.

⁹ La que a su vez fue modificada por las leyes 25.573; 25.754; 26.002 y 26.206.

Existen coincidencias entre ambos cuerpos legales con respecto a los fines perseguidos, pero es dable destacar que en la ley 24.521 de educación superior, el inc. d) del art. 4 señala entre los objetivos de dicho nivel de educación, el de “garantizar crecientes niveles de calidad y excelencia en todas las opciones institucionales del sistema”.

El capítulo II de la ley, explica como está estructurado el sistema de educación superior.

El art. 28 de la ley, señala entre otras funciones básicas de las instituciones universitarias, las de formar y capacitar científicos, profesionales, docentes y técnicos, capaces de actuar con solidez profesional, responsabilidad, espíritu crítico y reflexivo, mentalidad creadora, sentido ético y sensibilidad social, atendiendo a las demandas individuales y a los requerimientos nacionales y regionales.

A partir de los arts. 40 y siguientes desarrolla el régimen de títulos que corresponde con carácter exclusivo otorgar a estas instituciones universitarias, agregando el art. 42 que los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias.

Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores, serán fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias, debiendo respetar los respectivos planes de estudio, la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades.

Agrega el art. 43 que cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, se deberán tener en cuenta además los siguientes requisitos:

- a) Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad en la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades.

- b) Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas.

El Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos.

Se puede advertir de la normativa citada, dos cuestiones que consideramos centrales, en primer lugar, que esas leyes aluden al sistema educativo en general, del cual hoy la porción universitaria que nos ocupa, no conviene analizarla aisladamente.

Y por otro lado, que esa línea que atiende a la curricula universitaria, goza de sistemas de control -que de estar adecuadamente implementados- deberían retroalimentar al sistema de modo de permitir su adecuación a los cambios que resulten necesarios, para su adaptabilidad a las exigencias y necesidades temporales que sean menester observar.

Por otra parte, surge con toda evidencia, que cualquier reforma contiene un ingrediente político insoslayable, con lo cual el debate tiene que tener una apertura que conviene apoyar estructuralmente en un plan desarrollado con la minuciosidad que las cuestiones abordadas requieren, de modo de evitar conflictos sociales o sectoriales, que evidentemente se van a producir, o por lo menos tratar de aventarlos con el respaldo suficiente que justifique una decisión de política universitaria.

Desde ese lugar –que no convendría perder de vista- se pueden analizar otros aspectos que se vinculan con la temática abordada en este congreso, como es la materia prima con la que debe trabajar el abogado, esto es, el conflicto.

4.- EL CONFLICTO Y SU ADMINISTRACION

En el año 2009 tuve la oportunidad de ser ponente general en la comisión que se ocupó de la etapa preliminar al proceso, y allí señalaba la importancia que tenía para el abogado laborar adecuadamente en la instrucción del proceso, pues a diferencia del ámbito penal, en el civil esa tarea es incumbencia exclusiva de los abogados a cargo de una causa.

Y desde esa óptica, lo que se advertía, eran los diferentes frentes que se le presentan al abogado al abordar un caso, pues en general la mayoría de los supuestos que requieren su intervención tienen como trasfondo la existencia de un conflicto, sea en ciernes, sea que ya se haya suscitado, o bien que se trate de contemplar una gestión que apunte a aventarlo.

Lo cierto es que en muchos casos, el común de las personas es renuente a transitar el proceso judicial, pues se reconoce su lentitud para dar respuesta apropiada a sus necesidades. El consumo de tiempo por el proceso resulta inevitable y lamentablemente es el propio proceso la cara visible de un atribulado sistema judicial.

Esto ha provocado que se haya iniciado un tránsito notorio, intenso y permanente por distintas vías que propenden, unas a evitar el proceso, aspecto que Biavati ha denominado la fuga del proceso¹⁰, y otras a encontrar paliativos, tanto intraprocesales, como asimismo previos al proceso o inclusive extraprocesales¹¹.

En el informe que se brindó en el Congreso Mundial de San Salvador de Bahía del año 2007, se concluyó que las nuevas tendencias ponen énfasis en un doble propósito, por un lado, una mejor preparación del proceso ante el juez; y por otro, la posibilidad de un pronto acuerdo extrajudicial.

5.- ¿ES POSIBLE LA IMPLEMENTACION DE NUEVOS SISTEMAS?

Como fuera señalado, la puesta en marcha del nuevo Código Civil unificado a partir del mes de agosto de 2015, abre una nueva expectativa, no solo por la necesidad de aggiornar el ordenamiento procesal para adaptarlo a las

¹⁰ Biavati, Paolo; Tendencias Recientes de la Justicia Civil en Europa, Revista de Derecho Procesal 2008-I-509, Ed. Rubinzal-Culzoni.

¹¹ En el Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Bahía –Brasil- en el año 2007, se daba cuenta de diversos sistemas de negociación previos al proceso, como por ejemplo los implementados en Finlandia, copiando al sistema noruego, en virtud del cual el juez de primera instancia puede, con el consentimiento de las partes, someter el caso a mediación, supuesto en el cual el curso del proceso se suspendería. El mediador sería otro juez, y si fracasara su gestión recién entonces el proceso continuaría. A su vez en los Países Bajos se llevó a cabo una experiencia similar, sometiendo a mediación a los procesos en trámite, del mismo modo ha sucedido en Suiza a través de un procedimiento similar al que existe en nuestro país a nivel nacional con la ley 26.589 de mediación obligatoria, más allá que el sistema suizo es de conciliación, y en ese caso el conciliador –a diferencia del mediador de nuestro país- puede proponer fórmulas conciliatorias a las partes.

nuevas pautas de la legislación sustancial, sino porque además es la línea de trabajo que persiguen los propios creadores de ese nuevo cuerpo legal. Ha sostenido Lorenzetti que el nuevo Código Civil y Comercial resaltarán ciertos valores, entre los que citó la cooperación, confianza y desarrollo sustentable. Además señaló que se pretende dar mayor impulso a otras formas de resolución de conflictos, lo que redundará en un ahorro de costos y tiempo en los agentes económicos¹².

Existen a nivel nacional diversos sistemas de solución de conflictos que son previos al proceso, o inclusive que pueden ser utilizados dentro del proceso, sirva como ejemplo de ello las previsiones del art. 360 del Código Procesal Nacional, que facilita esas alternativas.

Desde luego que siempre que se piensa en esos sistemas alternativos se alude a la mediación y a la conciliación. La primera actualmente ha sido regulada por vía de la ley 26.589, mientras que la segunda, también a nivel nacional ha sido contemplada dentro de la órbita del proceso laboral a través de la ley 24.635.

La particularidad de esta última ley, es que combina la posibilidad de un sistema de conciliación con un sistema arbitral, que prácticamente se puede sostener que cayó en desuetudo, por la sencilla razón que se desconoce su utilización.

Esto se debe precisamente a la falta de preparación del operador jurídico en el manejo del sistema, y desde luego la desconfianza que inspira a los fines de su aplicación en un caso concreto.

Ello lleva a reposar la mirada en un aspecto central de esta problemática, que es definir si continuamos transitando –legislativamente- sistemas alternativos, que puede haber muchos, o trabajamos en la preparación de los operadores para poder manejar apropiadamente esos sistemas?

Esta cuestión se genera pues por esta vía se puede advertir que legislativamente se ha pretendido la protección del consumidor por ejemplo a través de la ley 24.240 (modif. por la ley 26.361), que ha generado un sistema arbitral de consumo, actualmente en pleno funcionamiento, desde

¹² Diario La Nación del 24/5/15, sección economía, pag. 4

esa misma vía se han generado otros sistemas que llevan más que a la protección del consumidor a su confusión.

Ello se debe a que antes la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, había dictado la ley 757, en procura de crear un sistema de defensa del usuario y del consumidor, que luego fue modificada por las leyes 2762 y 2876, hasta que finalmente se sancionó la ley 2963 que crea otro sistema, que podría identificarse como de conciliación y arbitraje para pequeñas causas.

No obstante todo ese cúmulo de normas, hace poco tiempo se ha dictado la ley 26.993 que crea un nuevo sistema, también de protección al consumidor, a través de un mecanismo de conciliación previa a cualquier tipo de reclamo (COPREC), los cuales a su vez se deberán dirimir en un nuevo fuero creado al efecto -la justicia de consumo- que si bien aun no fue implementada, reitera la tendencia legislativa antes señalada.

Se presume que a partir de esa nueva justicia de consumo se ha gestado una especie de nueva justicia de menor cuantía, precisamente por el límite de los montos que fijan su competencia¹³.

Sin embargo ello automáticamente deja de lado la posibilidad de transitar por esa vía conflictos colectivos que puedan involucrar a los consumidores, con lo cual nuevamente el flanco del proceso colectivo en esta materia queda sin cubrirse, con las implicancias que ello tiene para este la protección que se pretende brindar.

Lo paradójico y grave de todo esto es que el nuevo Código Civil unificado, también regula el contrato de consumo, pero de un modo ciertamente dudoso –por inconveniente- ya que prohíbe el arbitraje en todas aquellas cuestiones vinculadas al consumidor (art. 1651 inc. c).

Como se advierte con la figura del arbitraje, las contradicciones en las que se incurre son llamativas, y en especial en materia de consumidores, ya que existe implementado a nivel nacional un sistema arbitral de consumo, en pleno funcionamiento en la actualidad, a partir de las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor, y si hay algo en lo que no existe duda alguna que siempre se trata de materia disponible para las partes, salvo que se

¹³ El límite alcanza casi los doscientos sesenta mil pesos (\$ 260.000.-) conforme art. 2 de la ley 26.993, más allá que la norma expresa ese monto sobre la base de cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.

pretenda interpretar a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional, que por contemplar ese precepto la protección de los usuarios y los consumidores, ahora ello –por sí mismo- haya transformado en indisponibles esos derechos, lo que en verdad suena sumamente dudoso por confuso, y ahora el nuevo código unificado prohíbe el sistema para dirimir ese tipo de conflictos.

En materia de arbitraje –que tal vez sea el sistema más mencionado de solución de conflictos- pero el más desconocido por la mayoría de los operadores jurídicos, existen infinidad de figuras que se han generado desde la base del arbitraje mismo, que no es más que conformar un tribunal privado para dirimir una controversia, del mismo modo que lo hace un juez.

El ejemplo de lo que ha sucedido a nivel nacional, que es algo actual y presente, considero que exime de mayores comentarios, con lo cual la cuestión que se genera desde esta realidad, es preguntarnos si conviene seguir transitando la vía legislativa, o poner las energías en una óptica de trabajo totalmente diversa.

Existen en esa línea en el derecho comparado, figuras como el dictamen de expertos, en donde se asemeja la figura del tercero que se convoca para dirimir el conflicto a la pericia arbitral que regula el art. 773 del Código Procesal Nacional, prácticamente desconocido en las practicas forenses por su no utilización por los operadores¹⁴.

Se puede citar también a modo de ejemplo, el juicio privado (private trial), concebido en el estado de California, Estados Unidos, por medio del cual las partes deciden la contratación de un juez privado, como si se tratara de uno estatal, privado de imperium como los árbitros, pero asimilando su decisión a la de un juez de primera instancia, pues es susceptible de ser recurrida ante la cámara de apelaciones respectiva.

O inclusive la figura del arbitraje béisbol, por medio de la cual, en la liga de béisbol americana, cuando entre dos entidades no se ponen de acuerdo en la transferencia de un jugador, se convoca a un tercero especializado en estos temas, para que fije el precio de la transferencia, sometiéndole ambas

¹⁴ Ver Anaya, Jaime L.; La olvidada pericia arbitral; E.D. 134-605

partes sus pretensiones de lo que quieren pagar o lo que estiman recibir, para luego ese tercero definir la controversia¹⁵.

Como se puede apreciar, desde el arbitraje, por la antigüedad que tiene, que es la de la humanidad misma, se han generado distintas figuras a partir de las cuales existen diversos modos de resolver conflictos.

Lo mismo sucede con otros mecanismos alternativos que permiten negociaciones directas entre las partes, o bien asistidas por un tercero. La pregunta que cabe formular es si corresponde implementar reformas en línea con lo que se lleva expuesto para que no se utilicen o a la luz de nuestra experiencia resultan poco fructíferas.

Siempre se necesitará para todo ello la preparación adecuada de los operadores de cada sistema, aunque haya varios, pues para estar abiertos a llevar a cabo -por ejemplo- una negociación -sea previa al proceso o inclusive intraprocesal- se requiere una predisposición especial en el de los participantes del sistema que en cada caso corresponda, sin la cual resultaría imposible utilizar esas distintas alternativas que pueden presentarse.

Esa formación, en la Facultad de Derecho, por lo menos de la Universidad de Buenos Aires, en materia de negociación no se adquiere como materia obligatoria, menos aún se enseñan pautas básicas de otras ramas del conocimiento -que con carácter interdisciplinario- puedan resultar útiles a esos fines.

Y si del proceso se trata, ya hemos señalado lo que ha sucedido con el derecho procesal y el destrato al que se lo somete, no permitiendo la formación adecuada de los operadores en un sistema que no es otro que el que surge del propio código que regula los diversos procesos y las demás instituciones que hacen al desarrollo de la justicia.

Ello desde luego en aras a contar con herramientas apropiadas, no solo para manejar una negociación, sino a su vez para administrar el conflicto que resulta objeto de esa negociación, que una de sus particularidades es que no se mantiene estático en el tiempo, sino por el contrario, su propio dinamismo hace que las propias partes involucradas puedan ir atravesando

¹⁵ Ver Alan Redfern y Martin Hunter; Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. Ed. La Ley, 4ta. Ed., Buenos Aires, 2007, p. 107.

matices en sus posturas que desvirtúan a veces las propias posiciones asumidas.

La contracara de esas alternativas está representada por “la fijación del caso” que pretende en la mayoría de los casos el abogado a través de la actuación judicial, pues su intento -aún inconsciente- consiste en plasmar una determinada posición en el papel escrito que es la demanda, a los fines de provocar esa misma definición por parte de la demandada, lo que en modo alguno no permite, ni aventar el conflicto, ni mucho menos propender a su adecuada administración.

Esta imprevisibilidad está en la esencia misma del conflicto, y requiere del operador jurídico un manejo apropiado para sortear las vallas que se presenten, las que no siempre se pueden lograr a través de una actuación judicial precisamente por el formalismo que ella impone.

Por eso la cuestión que genera esta realidad, es si conviene caer en la inflación legislativa que nos ha caracterizado, tratando de normar desde una realidad por supuesto compleja, aquellas soluciones que se estiman convenientes para que puedan transitarse salidas superadoras de esos escollos, o bien, sin perjuicio de paliativos que puedan resultar atendibles por razones de necesidad y urgencia, trabajar en la adecuada preparación de los operadores jurídicos, sea para fortalecer los aspectos que hacen a las posibles soluciones extraprocesales, como para propender a una sólida formación que mejore el funcionamiento del sistema judicial.

Es evidente que todo ello no puede provenir solo de la letra de una ley, sino que requiere de la implementación de mecanismos adecuados que mejoren la formación de los abogados, en ambas líneas, sea para habilitarlos a una adecuada administración de los conflictos desde el punto de vista de la negociación, a través de las distintas figuras que ella pueda concebir; o bien, para que ese manejo adecuado se lleve a cabo desde el punto de vista procesal.

6.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

Es interesante el desafío que nos presenta la cuestión que abordamos, que por cierto no es nueva, hace mucho tiempo que está siendo objeto de

estudio, desde distintos tipos de trabajos (libros, jornadas, congresos, entre otros), y también es de tener en cuenta que no se puede pretender una solución voluntariosa, ni menos aun a través de una simple ley.

Frente a ello puede ser razonable un punto de partida para abordar esta problemática, que no solo está enraizada en la adopción de nuevos sistemas de solución de conflictos, sino lo que es mucho más importante, su implementación, su enfoque sistémico como se ha propuesto.

Implementar significa precisamente eso, poner en marcha un nuevo método, aplicar en concreto las medidas que se hubieran adoptado, y esa es una de las cuestiones que ha propuesto este nuevo Congreso: las posibles reformas, es decir, volver sobre las formas; re-formar es volver a transitar las formas que adquirimos, para revisarlas y en su caso, modificarlas, actualizarlas, mejorarlas.

Por eso, las cuestiones que genera la realidad con las que hoy contamos, nos invita a preguntarnos si es necesario transitar solamente nuevas formas para solucionar los conflictos, que constituyen la materia prima de nuestra tarea, en especial en la órbita del derecho procesal, o bien si es necesario, que algunas de esas formas que ya tenemos implementadas propendamos a manejarlas más adecuadamente, o en forma más razonable.

Estas conclusiones que no pueden ser más que preliminares, pues existe un largo camino a transitar, sobre todo por la índole de las propuestas que se pueden realizar, invita a formular las siguientes cuestiones:

- ¿Respetando los principios que emergen de la Ley Fundamental y de los Tratados internacionales, conforme las leyes-marco de educación referidas como pueden llevarse a cabo reformas estructurales?
- ¿Sería conveniente la interrelación disciplinaria para el reconocimiento de las deficiencias del sistema?
- ¿Es conveniente concentrarse en la modificación de la currícula, teniendo en miras la formación del abogado o conviene trabajar con otros insumos del sistema?
- ¿Resultan suficientes las reformas legislativas a los fines de implementar nuevos sistemas de resolución de conflictos?

Todas estas cuestiones, son meros ejemplos de la tarea que se puede emprender con vistas a encontrar la superación de los inconvenientes que

reflejan los diversos -y por cierto, contradictorios- sistemas que poseemos en la actualidad. En el reciente Congreso Mundial de Derecho Procesal desarrollado a fines de mayo del corriente año de 2015 en Estambul, por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, países que –tal vez- se pueda suponer que están mucho más desarrollados que el nuestro en esta materia, han permitido comprobar a partir de los informes oficiales presentados por los distintos participantes de ese evento, que padecen síntomas y consecuencias similares a las que se reflejan en nuestro país.

Por ejemplo tanto en Grecia como en Turquía, la mediación no ha dado los resultados esperados, lo mismo sucedió en Suecia, que adoptó una ley de mediación en el año 2011, esto es, quince años después que la primera ley de mediación nacional, la 24.573.

Por lo que la cuestión a analizar es más profunda que lineal, pues no puede esperarse todo de la letra de la ley, y pretender la adaptación de las conductas a nuevas directivas que provienen del legislador.

Resultaría mucho más útil trabajar paralelamente en otras líneas, entre las cuales una de ellas no es otra más que la preparación de los futuros operadores en nuevos sistemas de solución de conflictos, que no se agoten en el proceso judicial, para lo que se requieren otro tipo de destrezas.

Si la Universidad estuviera interesada en contribuir a mejorar el nivel educativo general del país, debería investigar seriamente si quienes proponen incorporarse a ella para recibir una formación –que debe estar acorde a los tiempos que correspondan- además de contar con los planteles docentes preparados para ello, los educandos poseen una formación razonable que por lo menos les permita comprender lo que leen, expresarse adecuadamente o manejar formulaciones abstractas, entre otras aptitudes elementales.

Ello requiere fundamentalmente de buenos docentes, que no son otros más que aquellos comprometidos con su tarea, pues la labor que les cabe es una labor de “enseñaje”, que importa la enseñanza y a su vez el aprendizaje que nace de las propias necesidades del alumno para adaptarse a su realidad y conformar así un binomio que propenda a resultados beneficiosos para ambos.

Si luego de diagnosticar el grado de desarrollo alcanzado por los jóvenes interesados en seguir estudiando, la institución los ayudara a superar sus deficiencias, en lugar de engañarlos impulsándolos hacia el despeñadero del fracaso, tal vez realizaría un aporte importante no sólo a la cultura de los interesados, sino fundamentalmente al conjunto de la comunidad y a su sistema educativo. Nuestro destino como país depende, hoy más que nunca, de contar con más y mejores graduados universitarios¹⁶.

De algún modo con una fina ironía ha caracterizado Jaim Etcheverry esta situación, al señalar que “con su olfato entrenado para detectar la hipocresía, los jóvenes leen con gran agudeza las señales que envía el mundo en el que deberán vivir. Siguen con gran dedicación las enseñanzas de sus maestros en ese mundo, los verdaderos pedagogos nacionales: la televisión, la publicidad, el cine, el deporte, la música popular, la política y todo lo que entra en los espacios de celebridad que ellos definen”. Y agrega: “nuestra sociedad, que honra la ambición descontrolada, recompensa la codicia, celebra el materialismo, tolera la corrupción, cultiva la superficialidad, desprecia el intelecto y adora el poder adquisitivo, pretende luego dirigirse a los jóvenes para convencerlos, con la palabra, de la fuerza del conocimiento, de las bondades de la cultura y de la supremacía del espíritu...”¹⁷.

Quizás, la clave para encontrar el camino para abordar estas reformas, pueda ser el enfoque sistémico que proponemos, aunque no seamos depositarios de la verdad, es una alternativa que permite visualizar con mayor nitidez, la existencia de las remanidas confusiones que han hecho caer en saco roto tantos esfuerzos.

Tal vez ese camino, que presenta cientos de senderos menores, podamos recorrerlo a través de una mirada mucho más abarcadora, menos analítica o estratificada. El esfuerzo debe realizarse sin prisa, pero también debe hacerse sin pausa, lo importante es fijarnos las pautas para su desarrollo y encarar la tarea con políticas públicas de largo plazo dentro de las cuales no está excluida la que corresponde al sistema judicial. Para ello lo importante es dar el primer paso en esa dirección.

¹⁶ Jaim Etcheverry, Guillermo; “Un salto riesgoso”, publicado en la Revista La Nación del 28/10/01, p. 32.

¹⁷ Jaim Etcheverry, Guillermo; La tragedia educativa; Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 60.

El futuro de las naciones democráticas y productivas le pertenece a las “universidades del conocimiento” crítico, práctico, científico, profesional, humanista, poético y tecnológico, no a las fábricas de diplomas devaluados para individuos cuya imaginación de un mundo mejor esté censurada¹⁸.

¹⁸ Mollis, M.; ob. cit., p. 139.