

“XXVIII° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

(San Salvador de Jujuy, Jujuy-Argentina)

10 al 12 de septiembre de 2015

(<http://www.procesal2015.org.ar/>.)

e mail: procesal2015@justiciajujuy.gov.ar

“COMISION 1: DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL”

“Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos”

Tema: “SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: PRE-TRIAL DISCOVERY, MINI TRIAL Y SUMMARY TRIAL. ANÁLISIS Y POSIBLES IDEAS EN BÚSQUEDA DE MODELOS DE JUSTICIA MÁS EFICACES”

PONENCIA DE CÁTEDRA

Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires (U.B.A.)

Cátedra de “DERECHO PROCESAL CIVIL” a cargo del Dr. Omar Luis Díaz Solimine.

Ponencia de alumno ayudante de Cátedra.

DIRECCION: Calle Lavalle 1210, Piso 10°, Buenos Aires, Argentina.

- **El presente trabajo se realiza además en el marco de la investigación del programa DeCyT 2014-2016 Facultad de Derecho UBA titulado “Procesos Urgentes y Tutela Judicial Efectiva” dirigido por Gabriel Tamborenea.**

“SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: PRE-TRIAL DISCOVERY, MINI TRIAL Y SUMMARY TRIAL. ANÁLISIS Y POSIBLES IDEAS EN BÚSQUEDA DE MODELOS DE JUSTICIA MÁS EFICACES”

En memoria del Doctor Gerardo Di Masi.

SUMARIO: I. Introducción. II. Crisis del modelo actual. Ampliación del concepto de acceso a la justicia y tutela efectiva de los derechos. III. La experiencia del derecho norteamericano: *pre-trial discovery*, *mini trial* y *summary trial*. IV. Posibles ideas para su desarrollo en la práctica jurídica argentina. V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como principal objetivo realizar un análisis de distintas figuras presentes en el derecho comparado de los Estados Unidos, a la luz de la ampliación del concepto de acceso a la justicia, entendido como comprensivo no solo de la entrada al sistema judicial sino también abarcativo de formas desjudicializadas de resolución de los conflictos, es decir, del campo de la “RAD” (Resolución Alternativa de Disputas –o “ADR”: *Alternative Dispute Resolution*-).

En este sentido, se describirán las notas esenciales de estos institutos del derecho anglosajón, con la única finalidad de aportar posibles puntos de partida para su eficaz implementación en nuestra práctica jurídica, en atención a los cada vez mayores obstáculos que se presentan para el logro de una administración de justicia eficaz, que permita dar una rápida y eficaz solución a los conflictos que se suscitan entre los destinatarios del sistema. Ello, sin embargo, no implica limitarse a copiar instituciones de derecho comparado sino que trae aparejado una importante responsabilidad de diseñar una correcta adaptación a nuestra realidad jurídica.

Cabe poner de relieve el lema elegido para este Congreso, en tanto nos convoca a analizar el estado de cosas actual y a diseñar reformas que permitan un mejoramiento de los modelos de justicia que como Estado de Derecho aspiramos a lograr. Sin perjuicio de ello, coincido con el Dr. Jorge Rojas, quien en su ponencia general para este Congreso¹ expresa, acertadamente, que implementar no significa cambiar todo lo actual por algo nuevo, sino que consiste en aplicar en concreto las medidas que ya se han adoptado, volver a revisar las formas para, en su caso, modificarlas, actualizarlas, mejorarlas. Así, el mejoramiento del sistema no estará dado por la completa innovación acerca de novedosas formas para solucionar los conflictos sino que, con intenciones mucho menos utópicas, podemos lograr grandes avances si propendemos a diseñar formas de manejar más adecuada, razonable y eficazmente las herramientas con las que ya contamos.

De esta manera, no resulta viable creer que con la sola modificación de la letra de la ley es posible lograr avances concretos y efectivos, sino que se requiere de un cambio gradual de nuestra cultura jurídica. Desde luego, los cambios no pueden agotarse en meramente normativos sino que es necesaria una modificación en la formación de los operadores jurídicos, siendo indispensable dotarlos de las herramientas apropiadas para aplicar estas nuevos sistemas de solución de los conflictos desde las distintas universidades de nuestro país y ya sea en el ámbito extra o intraprocesal. Esto cobra particular relevancia en tanto puede vislumbrarse que aún la formación académica continúa inculcando en los futuros letrados una fuerte mentalidad pleitista, lo que en nada favorece a aligerar el desborde de actuaciones judiciales que prácticamente imposibilitan el derecho de los ciudadanos a obtener una justicia rápida y efectiva. Ilustran esta situación las palabras esbozadas por el Dr. Manuel Álvarez Trongé: “(...) *las facultades de Derecho de la Argentina forman y entrenan boxeadores intelectuales que precisamente salen entusiasmados de las casas de estudios a vencer en los litigios, a knockear a sus adversarios, sin advertir que a quien hay que*

¹ Rojas, Jorge A. en Ponencia General para la Comisión Nro. 1 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 10 al 12 de septiembre de 2015, en San Salvador de Jujuy.

vencer es al conflicto y no a la contraparte. El lograr que se haga justicia se obtiene no solamente con la actuación de los tribunales, sino también administra justicia quien resuelve inteligentemente un conflicto mediante métodos alternativos, y esto también es hacer justicia” ². Por ello, un abogado moderno debe estar preparado para saber qué hacer concretamente para delimitar y depurar un conflicto, asumiendo un nuevo rol: el del abogado conciliador componedor, suponiendo la superación del tradicional estereotipo del abogado pleitista hacia renovadas modalidades del quehacer profesional³.

El contexto brindado por la inminente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación no podría ser más propicio para llevar a cabo una propuesta de acción modificadora de ciertos aspectos del modelo de justicia actual. La inclusión de normas de neto corte procesal en el articulado de este novedoso cuerpo normativo unificado importan la necesidad de aggiornar los códigos procesales a estos nuevos sistemas que pretenden otorgar un rol más activo a los magistrados y un mayor protagonismo a las formas alternativas de resolución de conflictos.

II. Crisis del modelo actual. Ampliación del concepto de acceso a la justicia y tutela efectiva de los derechos.

Que el proceso tal y como lo conocemos está en crisis y que los niveles de satisfacción para con la calidad de la administración de justicia en Argentina son altamente insatisfactorios, no resulta novedoso en lo más mínimo. Consecuencia de ello es la percepción de los individuos de que el sistema judicial cada vez es menos eficaz para dar solución a las controversias que se plantean ante los jueces. En muchos casos, el común de las personas es renuente a transitar un proceso judicial, en tanto se critica su lentitud para dar respuesta apropiada a las necesidades particulares. El excesivo tiempo que conlleva el proceso, producto de

² En “*Aprender a Abogar*”. Publicado en La Ley. 23/09/1998. Disponible en www.metodosalternativos-marc.blogspot.com

³ BERIZONCE, Roberto O. “El abogado negociador”, en *Jurisprudencia Argentina* 1993- III- 693 y sig.

juzgados colapsados por la cantidad de causas, carentes de la cantidad de recursos materiales, humanos y de la infraestructura necesaria, hacen imposible pensar en una solución a corto plazo a fin de obtener una decisión judicial en un plazo razonable y oportuno.

Este complejo fenómeno que se viene desarrollando hace ya unos años ha motivado el interés de los operadores. Ejemplo de ello lo constituyen los trabajos realizados en el marco del XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal desarrollado en Salvador de Bahía, Brasil, en el año 2007, en los cuales se concluyó que las nuevas tendencias deben poner énfasis en una mejor preparación del proceso, por un lado, y por el otro la posibilidad de un pronto acuerdo judicial.

Para llevar a cabo esos objetivos, se ha puesto el foco en los métodos alternativos de resolución de los conflictos, entendidos como toda forma de resolución de los conflictos que no pase por la necesidad de llegar a los estrados judiciales. De esta manera, se pone de manifiesto su finalidad mediata de mitigar la congestión de los tribunales, evitando la judicialización de los conflictos y reduciendo la demora de los ya iniciados por la consecuente liberación de tiempo para el juez y, por ende, un acortamiento de la duración del proceso, lo que conlleva necesariamente a una mejor calidad de prestación del servicio judicial.

A su vez, se ha destacado la eficacia de los métodos autocompositivos y no adversariales de solución de los conflictos como expresión de una sociedad democrática más justa. Llamativamente la experiencia ha demostrado que cuando los contendientes llegan a un acuerdo mutuamente aceptable y voluntario, cumplen lo autoimpuesto con mucha mayor frecuencia que en los casos en que la cuestión ha sido decidida por un tercero neutral como lo es el juez.

En concordancia con estas ideas, se ha ido observando un proceso tendiente a la desjudicialización del conflicto, en el cual se destaca un lento pero progresivo cambio de mentalidad por parte de los operadores jurídicos y una adecuación de los tradicionales medios alternativos de solución de conflictos. A la par de este proceso que ha ido creciendo, el derecho

consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales es ahora considerado como acceso a justicia, y no acceso a la justicia, con la intención de ampliar el concepto originario de administración de justicia entendido como la oferta de servicios de tutela que incluyan, además de la jurisdicción estatal, mecanismos alternativos de resolución de disputas⁴. El contenido de este derecho es la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y que sus conflictos sean solucionados adecuada, eficaz y oportunamente, sin necesidad de que ello sea mediante la actuación de un juez.

III. La experiencia del derecho norteamericano: *pre-trial discovery*, *mini trial* y *summary trial*.

a) Pre-trial Discovery

El proceso, en Estados Unidos, se divide en una primera etapa preparatoria del proceso (Búsqueda de información y pruebas), denominada “*pre-trial*” y en una segunda etapa, que es el juicio (o “*trial*”)⁵. El discovery se ubica en la primera etapa y puede ser definido como un conjunto de actos procesales que tienen por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial⁶.

El discovery es una figura paradigmática del Derecho procesal de los países del *common law* y, más en particular, del derecho procesal de los Estados Unidos. Aunque su actividad ha adquirido características propias del derecho anglosajón, los actos del discovery no se originan en el *common law* sino en el derecho romano-canónico, concretamente en la *interrogatio in iure* y en la *actio ad exhibendum*.

⁴ ALVAREZ, Gladys Stella, en “La Mediación y el acceso a justicia”. Ed. Rubinzal Culzoni. 1º Edición. Santa Fe. 2003. Pág. 31

⁵ SOSA, Toribio E. “La prueba anticipada con finalidad proactiva”, en “Aportes para una justicia más transparente”, BERIZONCE, Roberto (coordinador), Ed. Platense, La Plata, 2009, pág. 357 y sig.

⁶ EMANUEL, Steven L. “*Civil procedure*”, Ed. Emanuel Law Outlines Inc., Larchmont, N.Y., 18º Edición, 1996/1997.

Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en el juicio posterior. Sin embargo su principal función es la de perfilar la propia posición como la del contrario. En este sentido, las paulatinas averiguaciones que pueden irse realizando permiten testar la solidez de la postura del adversario (y la propia, claro está) y allanar el camino hacia un posible acuerdo transaccional o hacia una petición de *summary judgement* (un procedimiento por el cual el juez declara la cuestión como de puro derecho, presente en nuestro ordenamiento procesal).

La normativa que regula este instituto se encuentra contenida en las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) que son aplicables, en principio, cuando se litiga en el fuero federal de los Estados Unidos.

Desde esta misma perspectiva, la búsqueda y el intercambio de información que tiene lugar por y entre las partes permite que, si finalmente debe celebrarse un juicio, las cuestiones a debatir hayan quedado convenientemente delimitadas. Se entiende que esta función depuradora o clarificadora del proceso termina reportando un notable ahorro de costos al sistema judicial y contribuyendo a una descompresión de los tribunales.

En efecto, y en relación con el último aspecto, uno de los propósitos a los que más claramente sirve el discovery es el de intentar promover que la resolución de los procedimientos responda en la mayor medida posible a la realidad de los hechos y dependa, en cambio, lo menos posible de tácticas más o menos ingeniosas o sorpresivas de los abogados durante el juicio.

La configuración del discovery en las FRCP es notablemente liberal y asume que las partes van a intercambiarse información muy ampliamente ya que de lo que se trata es de obtener información que razonablemente conduzca a encontrar pruebas que serían admisibles en un eventual juicio.

Otro elemento básico e igualmente importante es el de la extrajudicialidad. La efectividad de este sistema radica en que las comunicaciones son directamente entre las partes y que serán ellas las que

resolverán sus diferencia por sí mismas. Obviamente se prevé la posibilidad de acudir al juez para el caso de que las partes no sean capaces de ponerse de acuerdo.

El mecanismo más importante y más útil para el discovery no son los intercambios de documentación, sino las denominadas *depositions*, las que no son sino interrogatorios de las partes o testigos tomadas bajo juramento y en una sesión privada y confidencial, en un ámbito privado (comúnmente en la oficina de los abogados), en la que los abogados hacen preguntas y repreguntas al interrogado, lo que queda debidamente registrada en soporte audiovisual.

Por otra parte, otro mecanismo del discovery son los intercambios de documentación o información entre las partes, lo que debe hacerse con carácter obligatorio.

Si surgieren disputas durante el discovery, de manera excepcional puede recurrirse a la intervención judicial mediante dos instrumentos procesales, es decir, dos peticiones que se pueden formular al Juez: Desde la perspectiva del solicitante, puede pedirse una "*motion to compel*" y a la inversa, desde la perspectiva del requerido, existe la denominada "*protective order*". En el primer caso se pide al juez se obligue al requerido a responder la petición de discovery. En la óptica inversa, el requerido le pide al juez que le solicite a la otra parte que cese en el hostigamiento con peticiones de discovery desproporcionadas o injustificadas. Ante su incumplimiento, el juez cuenta con un abanico de sanciones que van desde las multas hasta condenas de prisión.

En atención a la finalidad que persigue, el discovery constituye un ejemplo de desjudicialización del conflicto en atención a la finalidad que persigue. Más allá de las insoslayables diferencias orgánicas y metódicas que se pueden distinguir a lo largo de la historia entre el sistema jurídico continental y el *common law*, es necesario señalar que la práctica legal anglosajona en materia de disputas profesa una cultura decididamente orientada a la transacción interpartes. Solo el 5% de los casos presentados

ante los estrados judiciales norteamericanos concluye con una sentencia del tribunal, mientras que el 95% restante lo hace con un acuerdo inter-partes.

b) Mini trial⁷

El mini-trial, a pesar de su nombre, no implica ningún proceso ante un juez o tribunal. Antes de que el mini-trial comience, las partes deben configurarlo, esto es, acordar los diferentes elementos que lo conforman, adecuándolo al propio conflicto. Deben decidir cuestiones tan importantes como el tiempo que se va a emplear; las diferentes facultades de todos los participantes durante su desarrollo; la confidencialidad o los costes del procedimiento. Todo ello se recogerá en el denominado mini-trial *agreement*.

Este es un mecanismo estructurado, cuya primera fase consiste en la presentación del caso por cada una de las partes en un corto período de tiempo, para que así, éstas sólo puedan centrarse en alegar las cuestiones verdaderamente nucleares. Dicha exposición se realiza ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas y con total poder de decisión, así como por un tercero, denominado *neutral advisor*.

En esta primera etapa, éste se suele encargar de que los plazos se respeten, si bien, su intervención puede ser mayor, formulando preguntas o solicitando aclaraciones sobre cuestiones que estime cruciales. Sobre la base de lo aportado por éstas, y una vez que han sido escuchadas, se procede a iniciar la segunda fase del procedimiento donde los representantes de las partes se reúnen en privado para llegar a una solución. Generalmente, si la negociación entre ellos fracasa, el *neutral advisor* ayudará a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, y en su defecto, podrá emitir una decisión no vinculante, reflejo del eventual pronunciamiento del órgano jurisdiccional, si las partes acudieran a juicio, o del posible laudo, si realizaran un arbitraje.

c) Summary trial⁸

⁷ ALVAREZ, Gladys Stella, Op. Cit. Pág 162.

⁸ ALVAREZ, Gladys Stella, Op. Cit. Pág 164.

Este método de resolución de conflictos consiste en una somera exposición del caso por las partes ante un jurado imparcial. Se trata de un ensayo de juicio. Las partes, asistidas por sus abogados, llevarán a cabo una concisa presentación de sus alegaciones y práctica de la prueba, para que el jurado emita un veredicto. Aunque, éste no sea vinculante para las partes, servirá para que éstas logren comprobar la posible reacción de un verdadero jurado. Es un mecanismo totalmente confidencial, además, toda declaración, comunicación o resultado no podrá ser admitido en el eventual proceso judicial posterior.

Como ocurre con el mini-trial, su finalidad es que las partes comprueben, en un breve espacio de tiempo -su duración suele ser de un día- el posible resultado que pudiera tener el proceso ante los tribunales, de manera que intenten llegar, a un acuerdo. Además, incluso si no se llegara a un acuerdo, pueden extraerse beneficios de su realización, porque el trabajo de los abogados a la hora de preparar sus exposiciones, habrá ayudado a perfilar los diferentes intereses y cuestiones que componen el caso, en definitiva, favorecerá el posterior desarrollo del proceso judicial.

IV. Posibles ideas para su desarrollo en la práctica jurídica argentina.

Precisamente porque los institutos tratados anteriormente no son nuevos, cabría preguntarse la idoneidad del tema para el presente trabajo. Existen, sin embargo, razones por las cuales resulta plenamente oportuno dedicarle estas líneas y son las expresadas en la introducción de la presente ponencia, en donde se destacó que era la intención del suscripto dar el puntapié para posibles ideas que puedan ser desarrolladas en el futuro, como modo de actualizar y mejorar las reformas introducidas a los métodos tradicionales de solución de conflictos como ser, por ejemplo, la Ley Nº 26.589 de Mediación Prejudicial Obligatoria.

En este sentido, se propone como una posible idea la inclusión de elementos propios de los institutos aquí analizados en el marco de la citada Ley de Mediación, es decir, regular normativamente el intercambio de

documentación entre las partes así como la obtención de declaraciones de testigos o de las mismas, todo bajo la supervisión del mediador, a quien se lo debería dotar de facultades suficientes para la supervisión de estas diligencias a llevarse a cabo de manera previa a la iniciación del proceso y con carácter obligatorio.

V. Conclusiones.

Como se ha mencionado al comienzo del presente trabajo, la coyuntura que presenta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se presenta como un momento más que propicio para el pensar en ciertas actualizaciones que puede merecer nuestro ordenamiento procesal, que resultan necesarias a la luz de los preceptos incluidos en la novedosa legislación sustancial, que otorga preponderancia a los métodos alternativos para la solución de los conflictos. Sin embargo, ello por si solo no alcanzará si no es debidamente acompañado de un abordaje integral de la cuestión, entre lo que cabe mencionar la modificación de los planes de estudios de las facultades de Derecho de nuestro país, para la formación de abogados entrenados en estas nuevas y novedosas formas de resolución de los conflictos.