

Negocios procesales – Enfoque sistémico: La formación del operador

Por Jorge A. Rojas y Romina Soledad Moreno

1.- Introducción

El tema que propone este número de la Revista de Derecho Procesal se centra en los contratos y los negocios procesales que, por cierto, son escasamente utilizados en los usos forenses salvo contadas excepciones, vinculadas a las formas anormales de terminación del proceso

Aunque no nos detengamos en ello con habitualidad, lo cierto es que existen ejemplos usuales de este tipo de contratos procesales, como se puede advertir en el ámbito del arbitraje. La sola conveniencia de las partes en someter su eventual diferendo al juicio de árbitros, esto es, de jueces privados, automáticamente nos involucra en la esfera de un negocio de neto corte procesal, toda vez que lo pactado apunta a resolver esos eventuales conflictos que se susciten entre los contratantes por vía de un procedimiento ágil que las propias partes pueden convenir, o bien someterse a las previsiones ya concebidas de antemano en una determinada institución que brinde ese tipo de servicios¹.

Por lo tanto, una premisa fundamental a tener en cuenta consistiría en determinar cuándo estamos frente a un negocio procesal, o bien a un contrato de neto corte procesal.

Y ello es relevante pues apunta a la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, que se persiguen mediante una contratación, aunque en este caso la

¹ Sirva como ejemplo la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París que es el Tribunal más antiguo –data de 1921- y fue creado precisamente para colaborar en la solución de conflictos a nivel del comercio internacional. En nuestro país el Tribunal más antiguo es el de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que fue creado en 1962, pero existen otras instituciones que poseen tribunales de esa índole, como el Colegio de Abogados de San Isidro, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, entre otros.

nota caracterizante de esos negocios se reflejará en el proceso, más allá del corte iuspublicista de nuestra materia.

Del mismo modo que un acto jurídico es procesal cuando apunta a la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, el negocio o contrato procesal tendrá esa índole cuando se refiera a la constitución del proceso, a las particularidades que se prevean para su desenvolvimiento o bien apunten a la extinción del proceso.

Si bien los trabajos de la Revista apuntan, desde distintas ópticas, a estos aspectos, no es menos cierto que todos los operadores jurídicos (tanto jueces como abogados, involucrando dentro de ambas denominaciones a todos quienes coadyuvan con sus tareas), requieren una preparación acorde a la posibilidad de desarrollar convenios procesales.

La falta de un desarrollo técnico y una capacitación en ese sentido, como suele verse en los usos forenses, se percibe mediante la ausencia absoluta de convenios que apunten a la constitución y desenvolvimiento del proceso, ya que lo único que usualmente se advertirte son aquellos actos que tienen que ver con su conclusión, sea por vía de transacción directa entre las partes, o sea por vía de conciliación con la intervención de juez.

Por ello, por el gran campo de trabajo (que carecemos), y los beneficios que de él provienen, nos parece apropiado hacer hincapié en las razones por las cuales no son utilizadas las herramientas que se encuentran a disposición tanto de los abogados, como de la jurisdicción, para el desarrollo de los convenios procesales que aquí nos ocupan.

Lo cierto es que dicha tarea nos conduce al análisis concreto de la formación que tienen los abogados y, por ende, las posibilidades que se encuentran abiertas para llevar a cabo un trabajo como el descrito. De eso tratan estas reflexiones.

2.- La formación del abogado frente al avance de la reforma procesal

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se concentraron distintos eventos para su estudio, como seminarios, jornadas y congresos referidos al análisis sobre la nueva normativa, circunstancia que llevó inexorablemente, en el ámbito del derecho procesal, a innumerables reflexiones para plantear una reforma procesal a partir de este nuevo sistema normativo vigente para el derecho privado.

Sin embargo, pensamos una reforma insertos en una realidad, que pretendemos cambiar a través del diseño de un nuevo Código Procesal, pasando por alto que ese sistema será manejado por los mismos operadores jurídicos, aquellos que culminan su estudio de grado en nuestras universidades y reciben la misma formación académica que hace muchísimos años atrás –no menos de cincuenta- y que está comprobado que resulta deficiente para el ejercicio de la profesión.

Por lo tanto en línea con la tarea a desarrollar, las cuestiones que se suscitan serían las siguientes: ¿Las universidades forman abogados capaces de ejercer el rol de negociadores? ¿Forman futuros magistrados o funcionarios judiciales capacitados para gestionar conflictos?

El modo en el que nuestra sociedad resuelve sus conflictos, la realidad de nuestros tribunales y del ejercicio de la profesión, nos recuerda cotidianamente la deficiente formación académica de los operadores jurídicos en materia de gestión de

conflictos, aunque resulte una triste paradoja porque la materia prima de nuestra tarea es el conflicto.

Por eso, consideramos que pensar una reforma sin analizar este aspecto, proponiendo algún tipo de cambio desde las universidades, resultará probablemente, un nuevo fracaso. Con esto no es nuestra intención parecer pesimistas, por el contrario, creemos que para un verdadero cambio hacen falta decisiones implementadas a través de políticas públicas que generen una reforma educativa universitaria en la carrera de abogacía.

El fracaso es pensar que podemos reformar el Código Procesal planteando como nuevos paradigmas la oralidad y la intermediación ¿son realmente nuevos paradigmas?

Claro que esos tienen que ser los nuevos pilares para el rol del juez en la actualidad, sin embargo, esto no es más que reiterar lo que se viene proponiendo desde comienzos del siglo XX.

Lo cierto es que pensamos un cambio insertos en una realidad que nos resulta dificultoso transformar, inclusive desde nuestro pensamiento, lo que abarca el ejercicio de nuestra profesión y el funcionamiento de nuestros tribunales, afectados por todo aquello que creemos que hacemos todos los días repitiendo “un modo de hacer las cosas”, a lo mejor convencidos que es el mejor, porque justamente “así se hizo siempre” y “así lo hacen todos”. La comodidad de quienes manejamos una zona de confort, en la cual sabemos quejarnos, culpar al otro, pero no reinventarnos es la moneda corriente.

Es posible construir una nueva oficina judicial con empleados judiciales y abogados que ejercen la profesión con una formación distinta a la actual, ello

necesariamente llevará a una nueva modalidad de trabajo. Un día hay que empezar a confiar en que el verdadero cambio va a llegar desde la educación, y si las Universidades fallan, entonces que el Poder Judicial apueste a la Escuela Judicial, y los abogados asumamos nuestra deficiente formación para buscar una mejor capacitación.

Aplicar un nuevo sistema, con nuevos paradigmas, a través de operadores jurídicos con una deficiente formación profesional y a través de viejas costumbres muy arraigadas en la práctica forense, las que han generado acciones automatizadas tanto en el ejercicio libre de la profesión como en aquellos que se desempeñan dentro del poder judicial, nos conducirá irremediablemente a conseguir los mismos resultados que obtuvimos hasta ahora.

Los operadores jurídicos trabajamos sobre los conflictos todos los días, sin embargo, no estudiamos la teoría del conflicto. Negociamos pero ignoramos las técnicas. Intentamos resolver conflictos pero no estudiamos los distintos métodos para hacerlo. Del mismo modo, no estudiamos lenguaje, argumentación, oratoria, redacción jurídica, teoría de la comunicación, etc.

Cotidianamente encontramos abogados que para resolver un conflicto únicamente conocen una posibilidad, creen que existe un único resultado posible dentro de una negociación, su pensamiento es binario: existe un vencedor y un vencido, aplicado, además, a cualquier tipo de conflicto.

También podemos encontrarnos con abogados que aplican una única técnica de negociación "el regateo", muchos de ellos sin siquiera conocer que se trata de una técnica. Por ende, simplemente la aplican como les parece. Sin embargo, no solo no resulta útil para cualquier tipo de conflicto sino que, además, la utilizan sin conocer que existen elementos que determinan la aplicabilidad de un modelo de

negociación y de regateo, la noción de “mejor acuerdo”, el análisis de la geometría del regateo distributivo, el precio reservado, precio de aspiraciones y zona de posibles acuerdos, esa sería la clave de quién pretende intervenir en un conflicto utilizando esta técnica, todo lo cual por cierto no se puede explicitar aquí.

De este modo, en la mayoría de los casos, se obtienen fracasos o al menos se pierde la posibilidad de construir mesas de negociación conformadas por profesionales que operan conflictos sin improvisar², para brindarles a sus clientes la posibilidad de un acuerdo y, dada ese contexto, el mejor acuerdo.

En la Facultad de Derecho de la U.B.A. se fijó, a partir de 2004 (Resolución CS 3798/04), la cantidad, también mínima, de 6 meses obligatorios en materias relacionadas con el Derecho Procesal, debiendo por lo menos dos meses (28hs.) corresponder a un curso de “Métodos alternativos de resolución de conflictos” y otros dos al estudio de “Procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia”.

Esto indica que no existe ninguna materia obligatoria para aquél alumno que quiera obtener el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, más que dos meses (28hs.) de la materia “Métodos alternativos de resolución de disputas”.

Proponer reformas procesales sin contemplar que los operadores jurídicos, que finalmente son quienes van a manejar el sistema, el que fuere, el vigente o el que se

² La posibilidad perdida consiste en que los abogados y los clientes tienen la oportunidad de crear valor en la resolución de conflictos legales. Las oportunidades existen pero hay que saber encontrarlas. Mnookin, Peppet y Tulumello sostienen que existen dos problemas del statu quo. El primero es que cuando ambas partes contratan a perros de ataque, las dos acaban en una confusión sangrienta. El pleito es caro y todo un despilfarro, y no es probable una resolución rápida, barata o de manera que se mantenga una relación que funcione. El segundo, es que el planteamiento tradicional de las disputas legales no ofrece la posibilidad de llegar a acuerdos que sean beneficiosos para las dos partes. No todos los conflictos legales tienen un potencial inmenso de creación de valor, pero muchos sí. Y si los abogados se estancan en un estilo de negociación dura, no cabe esperar que encuentren el valor, aunque esté al alcance (Mnookin, Robert; Peppet Scott R. y Tulumello, Andrew S. “Resolver conflictos y alcanzar acuerdos” Ed. Gedisa, 2003, Barcelona, 162/3).

reforme, y asumir que no se encuentran adecuadamente capacitados para la función, descoloca cualquier intento.

Facultar a los magistrados a intentar conciliaciones, convocando a audiencias, a las que se llega desconociendo el conflicto, sus elementos, su dinámica, qué fue lo que sucedió a lo largo del proceso, cuáles fueron las posturas que cambiaron, o se flexibilizaron, etc. importa una cita sin destino.

La pérdida de muchas cosas, tiempo, oportunidades, credibilidad y la posibilidad, tal vez inmejorable, de contar con un juez adecuadamente capacitado para gestionar el conflicto, o bien, con una oficina judicial, que conforme un equipo de trabajo ocupado en la gestión tanto del proceso como del conflicto.

En muchos casos no se encuentra la solución porque, sencillamente, no hay gestión del proceso. Otras veces, se resuelve el caso a través de una sentencia que no importa la erradicación definitiva del conflicto. Nuevas aristas de este se reconvierten y habitan la sede jurisdiccional en secuencias interminables.

La uniforme realidad no nos impide reconocer que, algunas veces, existen magistrados que conmueven por su compromiso, e intentan gestionar, avanzar y resolver cada expediente de modo creativo. Son ejemplos dignos de celebración. Aunque el éxito del sistema no puede descansar en la idea de que sus operadores sean hombres virtuosos.

Lo mismo ocurre con la mediación, establecerla como previa y obligatoria a los procesos judiciales, cuando ni los mediadores, ni los abogados conocen la teoría del conflicto, la importancia del manejo de la información³, de las percepciones de

³ El acopio de datos, que es la información, y su categorización y ordenamiento, que es el proceso inteligente de su procesamiento, constituyen los pasos previos ineludibles para su integración y el empleo de aquellos, que es la estrategia. En toda mediación está presente la incertidumbre y el objeto principal del procesamiento inteligente de la información es reducir la incertidumbre. Calcaterra, Rubén A. "Mediación Estratégica", Gedisa, p. 65 y 66

las partes, de la teoría de la comunicación⁴ y las técnicas adecuadas para una mediación estratégica, significa una vez más un espacio destinado al fracaso.

La comunicación es un aspecto central para la gestión de los conflictos, gran número de conflictos se originan en una comunicación errónea entre las partes, ya sea porque falta alguno de los elementos de la comunicación, ya porque las partes están hablando de cosas distintas, o no han identificado sus intereses. En el primer caso, debemos tener en cuenta que los elementos fundamentales de la comunicación son el emisor, el receptor, el canal, el código y el mensaje y la ausencia de cualquiera de ellos impide la comunicación. Pero también están en consideración los codificadores y decodificadores, los fenómenos de redundancia, con su ventaja y desventaja, la vaguedad y ambigüedad del lenguaje, entre otros problemas⁵.

Una adecuada propuesta de reforma tiene que elaborarse tomando como puntal inicial el sistema educativo. Resulta necesario reformar los planes de estudio de las universidades destinadas a formar verdaderos profesionales, que puedan ejercer un rol de negociadores y se encuentren capacitados para gestionar conflictos.

De este modo, las currículas deberían contener materias obligatorias que aborden todas aquellas cuestiones que perfilen abogados capaces de reconocer las situaciones negociables⁶, intervenir en su diseño, incrementar el poder de

⁴ El lenguaje no es solo descriptivo sino que construye el mundo. En este sentido, el trabajo del mediador es el análisis de las narrativas pre-existentes y de la construcción de nuevas narrativas a través del espacio que posibilita la mediación.

⁵ Falcón, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 971, Santa Fe, 2006.

⁶ En este punto es importante distinguir los roles que podrían desempeñar los abogados como especialistas del conflicto: Los roles del aliado: asisten a una parte en concreto para que se comprometa efectivamente. Suelen ser roles no neutrales (defensores, estrategias, etc.). Los roles del tercero neutral: asisten a todas las partes en conflicto para que se comprometan más efectivamente. Suelen ser roles neutrales (facilitadores, mediadores, árbitros). Los roles del sistema: intentan causar un impacto en el sistema y en la cultura dentro de la cual se produce el conflicto. Pueden ser, roles neutrales o no neutrales (diseñador de procesos, gestor de casos, investigador y consejero de sistemas). Cada rol requiere de habilidades comunes y otras específicas. Mayer, Bernard S. "Más allá de la neutralidad. Como superar la crisis de la resolución de conflictos", Gedisa,

negociación propio a partir de la identificación de los elementos y técnicas que predeterminan el comportamiento de los actores y el curso de la negociación; neutralizar engaños, manipulaciones, presiones y todas las tácticas abusivas de los llamados negociadores duros, dominar las técnicas y estrategias de los diversos métodos, tanto en lo que concierne a obtener ventaja individual, como en crear valor negocial global, encontrando alternativas para ganar conjuntamente; desplegar un procedimiento integrador, eficaz y seguro que incentive la cooperación y tienda a alcanzar acuerdos inteligentes y estables.

Los abogados somos educados en un largo proceso de transmisión de conocimientos, sin tomar conciencia de que la vida profesional podría no transitar en la operación de un solo método de resolución de conflictos y, además, sin la posibilidad de descubrir la existencia de otros, salvo que algún alumno quiera hacerlo por decisión propia y pretenda que el conflicto sea su real objeto de estudio.

La enseñanza del derecho basada en la memorística de materias codificadas, sin un entrenamiento para pensar, sin aprender metodología, nos lleva a concluir que la enseñanza es igual hoy que en el siglo XIX. Por eso, nuestra esperanza es que el aporte provenga desde las Universidades, para poder intervenir en la realidad para modificarla sustancialmente. De este modo, como correlato de lo anterior, necesitamos profesores capacitados para estimular a los jóvenes a encarar, con el esfuerzo necesario, el desarrollo de sus capacidades intelectuales.

Jaim Etcheverry sostiene que tratamos de engañarlos (y engañarnos), simulando que aprender es lo mismo que ir al cine o sentarse frente a la pantalla del televisor.

Ello consiste, en suma, en comportarse como cómodos espectadores en lugar de ser esforzados protagonistas de la aventura del descubrimiento⁷.

Einstein se sometió a una prueba conocida como el “test de Edison”. Thomas A. Edison había ideado un test que hacía a quienes solicitaban un empleo, y que, en función del puesto al que se aspirara, podía llegar a incluir hasta ciento cincuenta preguntas objetivas; por ejemplo: ¿cómo se curte la piel?, ¿Qué país es el que consume más té?, etc. Cuando un periodista del *Times* le formuló a Einstein una de las preguntas del test: ¿Cuál es la velocidad del sonido?; Einstein admitió que ya no guardaba “esa información en mi mente desde que está fácilmente disponible en los libros” y agregó: “El valor de una educación universitaria no es el aprendizaje de muchos datos, sino el entrenamiento de la mente para pensar”⁸.

No existe posibilidad de gestionar técnicamente un conflicto sin un exhaustivo mapeo de cada una de sus características, a fin de que luego de esa tarea nos encontremos en condiciones de seleccionar las diversas técnicas y herramientas para intentar alcanzar su solución. Por ello, la ausencia de la Universidad en la capacitación sobre estos temas, es la que nos hace concluir que además de elaborar la mejor normativa que esté a nuestro alcance llevar a cabo, con los reconocidos expertos en derecho procesal que tiene nuestro país, a partir del acompañamiento de políticas públicas que apalanquen y respalden estos desarrollos, deberíamos ocuparnos en una propuesta reformadora desde la educación que permita el adecuado manejo de los conflictos.

La gestión de los conflictos a través de técnicas de negociación o mediación, exige su inclusión como una metodología de trabajo inserta en ámbitos de formación de

⁷ Jaim Etcheverry, G: “La tragedia educativa”, Fondo de Cultura Económica, p. 99.

⁸ Isaacson, Walter “Einstein. Su vida y su universo”. Ed. Debate, Trad. por Francisco J. Ramos, España, 2008, p. 333 y 334.

los profesionales y su desarrollo en un contexto más omnicomprendivo que haga de la mediación y/o negociación una de las posibles herramientas para la intervención del Estado en el modo en que la sociedad resuelve sus conflictos.

Mientras la formación en métodos alternativos (al proceso) de resolución de conflictos sea un desarrollo exclusivo de la formación de postgrado, o alguna materia optativa en la carrera de grado, no calará con la suficiente profundidad entre las actividades profesionales y, como campo de trabajo, no será un ámbito requerido acorde a sus posibilidades y beneficios. El objetivo debe ser que los estudiantes aprehendan, como una actividad más de su ámbito profesional, la diversidad de metodologías, entre ellas las técnicas de negociación, teorías del conflicto, de la comunicación, etc., que pueden ser puestas en funcionamiento en su trabajo cotidiano, aun para el adecuado manejo del proceso judicial que no queda exento de esas premisas.

3.- La identificación del conflicto

Si bien la definición de conflicto no resultó una tarea pacífica, a los fines de este trabajo, lo entenderemos como una relación de interdependencia entre dos o más actores, cada uno de los cuales percibe que sus objetivos son incompatibles con los de los otros actores (conflicto percibido) o, no percibiéndolo, los hechos de la realidad generan dicha incompatibilidad (conflicto real)⁹.

El proceso judicial como un método de prevención y resolución de conflictos que se sostiene en la amenaza de la coerción o, en su defecto, en el uso de la violencia, preserva una mirada que goza de un marcado arcaísmo en su contenido.

⁹ Resulta indispensable el estudio del conflicto y su teoría, aunque ello excede el acotado marco de este trabajo. Ver Entelman, Remo F. "Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma". Ed. Gedisa, 2005, Barcelona, allí se intentó una noción universal de conflicto basada en la idea de la relación social.

Cuando pensamos en el tipo de sociedad que queremos construir y, en la evolución de la que supimos conseguir, necesariamente tenemos que reflexionar, para no reeditar rituales rupestres, sobre el modo en el que sus integrantes resuelven sus conflictos. En esa línea, hace falta revisar el rol que desempeñan los abogados y diseñar el que podrían desempeñar, a fin de crear espacios y métodos que resulten pacíficos, o bien, hacer funcionar los existentes, interviniendo como verdaderos operadores de conflictos. La finalidad, impostergable, es reducir el uso del proceso judicial a su medida indispensable.

Puede sostenerse que el objetivo del proceso judicial es resolver conflictos de conformidad con el derecho vigente, pero no podemos dejar de reconocer que los vínculos de quienes sometieron sus controversias a un proceso judicial se deterioran. Ninguna relación de parentesco, amistad o asociación resulta ilesa, cuando un juez determina que existe un vencedor y un vencido, señalando la victoria de uno sobre el otro, so pena del uso de la coerción.

Los tribunales no son espacios a los que se acude para cooperar con el adversario, por el contrario, es una arena de competencia en la cual, la única percepción posible de resolución de ese conflicto es ganar o perder.

Esto no quiere decir que esa situación no deba ser revisada, ni menos aún que no pueda colaborarse entre las partes y la jurisdicción para superar el conflicto, transformando un método claramente adversarial en uno colaborativo. Por el contrario, creemos que la paz social no podría existir sin jueces o sin un poder que administre el uso de la violencia legítima del Estado. Tan solo creemos que debemos repensar el rol de los operadores jurídicos en los conflictos, en caso de que sea nuestro deseo contribuir a la conformación de una sociedad más pacífica.

Si tomamos como modelo para un simple análisis un conflicto particular y por demás común como resulta el conflicto familiar, hoy advertimos que exige al legislador procesal crear un sistema que refleje cada uno de los cambios de paradigmas que trajo el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que aborda las relaciones familiares desde una perspectiva respetuosa de la autonomía de la voluntad, de la elección de la familia y su plan de vida y de la capacidad de las personas de autogestionar sus conflictos.

Los conflictos familiares no pueden asimilarse a las cuestiones civiles de naturaleza patrimonial¹⁰, son problemáticas complejas, generadas en el fuero íntimo de las personas, en las que anidan sentimientos, deseos, emociones y miedos entremezclados con necesidades y carencias que se depositan en el otro litigante, involucrando muchas veces a vulnerables (niños, niñas, adolescentes, etc.). Además las partes se encuentran vinculadas por lazos que les imponen obligaciones y responsabilidades más allá de una sentencia judicial.

Para que las partes cooperen es necesario que el proceso, ya sea de negociación, mediación, o judicial, sea dirigido, facilitado o mediado por un verdadero operador de conflictos que les señale el camino, las posibilidades, o los acompañe en la búsqueda de consensos. Para lograrlo, antes debió haber mapeado el conflicto familiar concreto¹¹, desde la estática y la dinámica de cada supuesto particular¹², de lo contrario será muy dificultoso cualquier tipo de composición.

¹⁰ Afirmación que resulta obvia, pero necesaria a la luz de la realidad de la gestión de los conflictos familiares en nuestros Tribunales.

¹¹ El mapeo de conflictos, es una técnica que permite, por un lado, diagnosticar cómo está construido el conflicto y, por otro lado, establecer los posibles escenarios futuros en los que puede derivar la relación conflictual. La necesidad de procesos de exploración como un paso previo al diseño de estrategias de intervención. Ver Calvo Soler, Raúl "Mapeo de Conflictos", Ed. Gedisa, Barcelona, 2014.

¹² Siguiendo la teoría del conflicto de Entelman.

Dicha tarea se estudia, requiere técnicas, especificidad, tiempo, inmediación y oralidad, y eso es lo que prevé el CCCN cuando contempla la especialización de esta “jurisdicción familiar” que no se agota en la simple aplicación del derecho.

En este tipo de conflicto la norma solo puede ser un elemento concomitante, motivo por el cual debemos salir de la estructura de pensamiento cotidiana e intentar elevar a un plano de conciencia las carencias de nuestra formación académica en lo que respecta a la gestión de conflictos. Carencia paradójica porque cada día, por nuestra profesión, intervenimos y/o tomamos decisiones sobre conflictos ajenos.

El CCCN permite que el juez intervenga en el caso utilizando diversas directrices interpretativas. Lo que genera la posibilidad de su transformación creando valor con sus decisiones.

Los conflictos familiares requieren de una capacitación especializada, que abarca a abogados, jueces, defensores, funcionarios y auxiliares que participen en la gestión de ese conflicto.

Las respuestas urgentes en clave de infancia no admiten dilaciones. Las demoras pueden generar consecuencias irremediables, especialmente en personas vulnerables.

Escudar incumplimientos en la imposibilidad material derivada de la sobrecarga de tareas de los tribunales carece de sentido¹³. En algún momento las cosas deben comenzar a hacerse en la dirección correcta.

¹³ Sostiene Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, ob. cit. p. 59 y 60, “El análisis de los problemas de la justicia conduce al de las actitudes de las personas que la administran. Aunque las agendas sean abultadas el argumento es falaz porque con frecuencia la inmediación incrementa la posibilidad de desarticular el conflicto y alcanzar soluciones tempranas”.

El art. 706 del CCCN en el inc. a) indica la resolución pacífica de los conflictos. La lectura adecuada de la norma impone que entendamos que se refiere a la autocomposición, toda vez que la paz es la finalidad del derecho.

No hay juez de familia en la actualidad que pueda desarrollar correctamente su función sin intermediación. Esta supone, para aproximarse a la solución más adecuada para ese conflicto familiar, el contacto directo con las partes y los actos de adquisición de la prueba. La intermediación implica la oralidad¹⁴ y el sistema por audiencias (sean conciliatorias y/o probatorias).

Inmediación y conciliación, además, se relacionan con el principio de tutela judicial efectiva y cobran vida en el trámite oral¹⁵. El juez debe oír personalmente a las partes en clave de técnica de negociación, escuchándolas activamente¹⁶.

Resultaría apropiado optimizar los tiempos y trabajar con equipos de empleados que estudien el caso, puedan analizar el conflicto, sus aristas, su estática y el estudio de su dinámica, la evolución de esa relación conflictual, las escaladas y desescaladas y mantengan entrevistas con las partes para recopilar información. El juez debe concentrar los actos y ponerse al frente de la gestión del conflicto, trabajar los avances en las audiencias y administrar los momentos de contacto

¹⁴ La oralidad, también resulta indispensable para el rol del juez de familia, el CCCN regula las audiencias que debe celebrar con los menores y las personas con falta de salud mental a fin de autorizarlos a contraer matrimonio (art. 404 y 405). Respecto a la nulidad del matrimonio, también él debe oír a los cónyuges, entre otros ejemplos.

¹⁵ En las 100 Reglas de Brasilia, como forma de facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, propugnan la oralidad de las actuaciones judiciales con la expresa finalidad de mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y favorecer una mayor celeridad en la tramitación del proceso.

¹⁶ Alcanzar un acuerdo, depende en gran medida de la receptividad y las habilidades que demos a la hora de obtener información. El proceso de escucha activa implica distintos elementos: lenguaje corporal (comunicación no verbal), así como dejar que nuestro interlocutor se exprese sin interrupciones fuera de contexto. La observación es un elemento crucial que nos ayudará a demostrar consideración hacia el otro, estableciendo un canal de comunicación apoyado también por la función enfática y retroalimentativa. Utilizar preguntas y resumen de lo que se va hablando para lograr la retroalimentación. Preguntar con interés. Actitud positiva con ese espacio. Generar empatía, supera barreras y permite una escucha activa que habilita la cooperación.

directo con las partes¹⁷, y no quedar en retaguardia para limitarse al dictado de una sentencia que no sabemos si puede resolver por sí el conflicto. Y ello no se agota en la simpleza de sancionar un código para el ámbito de los conflictos de familia y menos aún que replique los procedimientos que contempla el código procesal sin advertir que la problemática es de una índole diversa a la que contemplaba un código casi de mediados del siglo pasado.

En los conflictos de índole familiar en los Estados Unidos se ha desarrollado un sistema conocido bajo la denominación de “collaborative law” que sería un “derecho colaborativo”, que propone un cambio de paradigma en el manejo de las disputas familiares, persiguiendo como principal objetivo promover la colaboración en la negociación para lograr la resolución de asuntos de familia evitando el litigio¹⁸.

Debemos ser conscientes que la familia es producto del modelo político, económico y sociocultural, vigente en una sociedad determinada en un momento concreto. A ello es necesario sumarle la influencia de la Iglesia no solo por haber definido una mirada del mundo, sino además porque las normas que rigen nuestras conductas también resultaron producto de esa influencia, todo lo cual se extiende hasta nuestros días¹⁹.

¹⁷ El conflicto es uno, aunque en Tribunales podamos contabilizarlo en -por ejemplo- tres expedientes y seis incidentes, por eso en las audiencias se debe poder gestionar ese conflicto familiar en toda su expresión. Debemos abandonar las cortapisas de abordaje fundadas en la mera burocracia.

¹⁸ Ver Wagmaister, Adriana “Un novedoso abordaje de los conflictos familiares en los Estados Unidos de Norteamérica: Collaborative Law”, Revista de Derecho de Familia nro. 30, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, marzo-abril de 2005 y también analiza el desarrollo de este sistema de resolución de conflictos familiares Rojas, Jorge A. en “Etapa preliminar al proceso civil”, ponencia general, publicada en “XXV, Congreso Nacional de Derecho Procesal (11 al 13 de noviembre de 2009, Ciudad de Buenos Aires)” Ed. Rubinzal Culzoni, noviembre de 2009, Santa Fe, p. 358 y 359.

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa reconocen que debido a sus sucesivos “retoques”, el texto final del art. 431 del CCyCN presenta cierta inconsistencia, pues, en general, los deberes morales no tienen por qué estar mencionados en los textos legales. En el caso, es bien sabido que la mención al deber moral de fidelidad fue una transacción con la Iglesia Católica. Ver “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”. La Ley, 2 de julio de 2015.

La flexibilidad del rol del juez de familia, le exige despojarse de los prejuicios, de los viejos cimientos, porque nos encontramos en tiempos en los cuales resulta necesario resignificar el sistema de representaciones simbólicas que sostenían nuestras creencias, ello con una connotación absolutamente positiva que importa la evolución del ser humano en clave de libertad y de autonomía de la voluntad²⁰, de la privacidad e intimidad de la persona en las cuales el Estado, los magistrados y todos aquellos operadores jurídicos destinados a gestionar un conflicto no pueden ni deben inmiscuirse.

Para no entrar en definiciones que nos resultan todas igual de válidas como subjetivas, lo cierto es que “la familia” ha experimentado una transformación profunda a través de la historia y, tal como lo sostiene Famá, “el control de las familias mediante el discurso ha sido en todas las sociedades conocidas un eje central de la organización social. Como de esta institución depende la reproducción biológica, la preservación y la perpetración del orden social, cultural y económico, así como la gestión de la reproducción de la fuerza de trabajo, muchos y poderosos mecanismos sociales y políticos se han puesto en marcha en cada situación concreta para asegurar dicho control. Gracias a esta influencia, el antiguo mito de la familia patriarcal nuclear, en la que cada uno desempeñaba armoniosamente el rol esperado, se apoderó de forma eficaz del imaginario social”²¹.

Cuando gestionamos un conflicto de familia, además de todas las cuestiones que señalamos anteriormente, resulta necesario que el operador se encuentre liberado de todas aquellas influencias, toda vez que deberá ser empático, entendiendo la

²⁰ Ver el desarrollo de Kemelmajer de Carlucci, Aída en “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”; Infojus 7/2014, “Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, 2014, p. 3 y ss.

²¹ Famá, María Victoria “¿La familia en desorden? Identidad y género en las relaciones de familia tras la crisis”, publicado en DJ2004-2-1028.

empatía como la capacidad cognitiva de percibir, en un contexto común, lo que otro individuo puede sentir, para lograrlo antes debe haber aprehendido que la realidad de las cosas no son de un único modo o del modo que él cree que son, tampoco hay una sola respuesta, por ello la infinidad de posibilidades debe ser su guía.

Nos detenemos en el supuesto de los conflictos familiares, porque resulta apropiado para evidenciar las razones por las cuales el proceso puede resultar un mecanismo insuficiente para resolver un conflicto si no se lo gestiona más allá de la elaboración de una resolución jurisdiccional y porqué, a su vez, el conflicto puede mantenerse en el tiempo sin encontrar solución reconvirtiéndose una y otra vez dentro de los tribunales, de ahí la importancia de que el operador jurídico pueda advertirlo de modo tal de hacer una tarea interdisciplinaria para encontrar las soluciones que resulten más apropiadas.

Y además en razón que este tipo de conflictiva es terreno apto para el desarrollo de lo que no conocemos con la habitualidad que merecería que son los negocios o convenios procesales, utilizando la misma denominación a los fines de identificar una negociación entre las partes –y en su caso con intervención de la jurisdicción– para abordar adecuadamente un conflicto, encontrando soluciones parciales, soluciones procesales para su agilización, o bien soluciones que reporten los menores sacrificios a las partes, aunque ello no provenga de la letra de una sentencia definitiva.

4.- A modo de conclusiones: la reforma procesal.

Hacia 1919 Chiovenda preparó una propuesta de reforma del procedimiento civil, encomendada por la Comisión de Post-Guerra en Italia. La propuesta se centraba en el proceso de cognición y, fundamentalmente, se basaba en la oralidad,

la concentración, la simplicidad de las formas, el inmediato contacto entre las partes y el juez y poderes expresos concedidos a estos para aclarar de oficio la verdad de los hechos²². Dicha iniciativa, si bien no llegó a buen puerto, fue uno de los antecedentes del *Codice di Procedura Civile* de 1940, con vigencia a partir de 1942, aunque se discuta en que medida este cuerpo de normas hubiera receptado los principios chiovendianos²³.

Hacia 1926, en el Seminario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Jofré presentó un proyecto de reformas elaborado con una fuerte impronta hacia la oralidad en el proceso civil, derivada de las ideas que su impulsor había recogido de la obra de Chiovenda. Ya en ese entonces señalaba, “Nuestra justicia requiere imperiosamente una reforma fundamental. Tenemos que apartarnos de los modelos corrientes, no por antiguos, sino por fracasados; pues se ha palpado que ellos no se amoldan a las exigencias de nuestro estado social y político. El Congreso está en deuda con el país y con los progresos científicos de la hora actual. Hay que introducir la oralidad del juicio, que debe completarse con la flexibilidad de los trámites, las concordancias entre las leyes de forma y de fondo, el sincronismo en los procedimientos, la limitación de los recursos, la disminución de los gastos y la aproximación del juez al litigante”²⁴.

De lo expuesto precedentemente puede advertirse con claridad que, tanto en nuestro país como en Italia, fuente principal de nuestro derecho procesal, se viene trabajando desde siempre en la agilización del proceso y para ello se requiere no

²² Liebman, Enrico Tullio, El Maestro nuestro y de todos, Revista de Derecho Procesal, Dir. Hugo Alsina, Ediar (Argentina), Año V, primera parte, p. 507, reeditada en Fundamentos de Derecho Procesal, T° III, al cuidado de Carlos A. Vallefín, Ediar, Buenos Aires, 2016, p. 473/479.

²³ Mientras Calamandrei sostiene que fue su inspiración central, Taruffo lo cuestiona abiertamente. Ver. Calamandrei, Piero, Giuseppe Chiovenda, en Fundamentos del Derecho Procesal, T° III, selección de trabajos a cargo de Carlos Vallefín, Ediar, Buenos Aires, 2016, p. 448 y Taruffo, Michele, Páginas sobre justicia civil, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 162

²⁴ Jofré, Tomás, Manual de procedimiento (civil y penal), T° I, La Ley, 1941, p. 41.

solo de la letra de la ley, como intentamos señalarlo, sino de la adecuada formación de los operadores jurídicos.

Ello resulta imprescindible toda vez que –casi hasta por defecto- siempre se reposa la mirada en la letra de la ley y, por caso, si tenemos en cuenta lo que señalaba Clemente Díaz en sus Instituciones hacia 1968 cuando entró en vigencia la ley 17.454, que era un error pensar que la sola sanción de un nuevo código iba a permitir superar los problemas que presentaba el Poder Judicial, toda vez que si era manejado en forma inapropiada por personas que no estuvieran preparadas para ello, estaría condenado irremisiblemente al fracaso, y agregaba –por oposición- que un código mediocre manejado por personas adecuadamente preparadas podía dar mejores resultados.

Es evidente, entonces, que pensar en un negocio procesal o un contrato procesal facilitando a las partes las herramientas para llevarlo a cabo no puede brindar las soluciones esperadas de frente a una futura reforma, si no se prepara adecuadamente al operador jurídico.

Para ello se requiere del enfoque sistémico en una futura reforma que contemple como uno de los insumos fundamentales al operador jurídico, entonces ya sea por vía de las universidades, como de instituciones intermedias (vgr. los colegios de abogados), o en su caso, por vía de la Escuela Judicial prevista para los funcionarios judiciales, diagramar un proyecto que concentre los esfuerzos en la formación que realmente se requiere, de modo, de estar a la altura de las circunstancias, y de este modo, poder generarse expectativas de cambio reales. Si únicamente reformamos los códigos, pasarán otros cien años, como sucede con los proyectos de reforma citados que están cercanos a su centenario y, por nuestras propias falencias para encarar con seriedad los desafíos, continuaremos

reflexionando sobre los mismos problemas: la intermediación y la oralidad, sin poder hacerla operativa en los casos concretos.