

EL ABOGADO NEGOCIADOR

Por: Jorge A. Rojas

En la ponencia elaborada, perseguimos por un lado señalar que las formas que se han tenido en cuenta para destacar una labor esencial del abogado, no son ni novedosas, ni recientes, sino que nos vienen desde antiguo, solo que no han sido tenidas en cuenta como hubiera sido deseable, existiendo en la actualidad una especie de redescubrimiento.

Estamos confiados en que la labor del **abogado como negociador**, debe ser inmersa dentro de los carriles del Derecho Procesal, pues a partir de ellas puede ser lograda una mejor y más efectiva justicia, tal como nos lo propone el lema bajo el cual se realiza hoy este XVIII Congreso del Derecho Procesal.

No obstante ello, para poder implementar esta actividad a desplegar por el abogado proponemos dos aspectos centrales a tener en cuenta:

a) por un lado un *aggiornamento* del curriculum de las facultades de derecho, que contemplen el estudio de materias que brinden apoyo para estos fines tales como psicología, lógica, matemáticas, entre otras, que permitan brindar al alumno herramientas adecuadas para cumplir con su tarea, poniéndolas en práctica ya dentro de las universidades mismas con mecanismos no tradicionales de enseñanza como el “role playing”.

b) Involucrar estos aspectos en el seno de nuestra materia, atendiendo a una concepción sistémica del proceso, consagrando para ello las reformas legislativas necesarias, que permitan la contemplación de estos mecanismos componedores de conflictos en sede extrajudicial, o como paso previo al proceso judicial.

EL ABOGADO NEGOCIADOR

1 – INTRODUCCIÓN

Tuvimos oportunidad en el anterior Congreso de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Ciudad de Buenos Aires, de presentar una ponencia vinculada a las formas en el proceso.

Desde luego no renegamos del carácter esencialmente formal de aquél, no obstante lo cual propendíamos a la flexibilización de formalidades a veces innecesarias, y al destierro de formalismos provenientes más que de la letra de leyes vetustas, de prácticas inconvenientes.

Hoy tenemos la suerte que en este nuevo Congreso, podemos volver sobre el punto, a través del análisis de estas nuevas formas de composición de litigios.

Consideramos inconveniente introducirnos en el estudio de instituciones como la mediación, la conciliación o el arbitraje, pues al estar tan en boga en nuestro país en estos últimos tiempos, dichos institutos se han constituido prácticamente en “estrellas” en nuestra materia.

La cuestión sobre la que considero importante que nos detengamos es el verdadero título de este punto que se propone su tratamiento en reunión plenaria, denominado: **“el abogado negociador”**, y a continuación se dan esas formas que mencionamos como alternativas de esta tarea que cabe al abogado.

Con ello quiere decir que hoy podemos analizar otra de las aristas que plantea el problema de las formas, al que aludíamos, esto es **sus operadores**.

2 – IDENTIFICACIÓN:

2.1. – La Mediación

Con carácter previo, no está demás que señalemos en qué consisten estas formas a las que alude este aspecto del plenario, es decir la mediación, la conciliación y el arbitraje.

No se nos puede pasar por alto, y no consideramos que esté demás señalarlo, que en ningún caso constituyen métodos alternativos novedosos, para la solución de controversias.

Por el contrario, datan de tiempos inmemoriales. Sirva como ejemplo de ello, el excelente trabajo de las Dras. Alvarez y Highton¹, en donde señalan concretamente al referirse a la mediación que “...nació con la vida del hombre en sociedad”, y a continuación agregan: “lo que sucede es que hace algunas décadas apareció una nueva idea sobre la mediación que implica principios técnicos, conocimientos y habilidades del mediador, y normas éticas para su ejercicio”.

Estas mismas autoras, para corroborar sus dichos, señalan ejemplos elocuentes, como el Tribunal de la Aguas de Valencia, España, que desde 1239 media entre los campesinos para regular el tipo de conflicto más importante y constante en aquella región, que es el uso del agua.

No queremos apartarnos del análisis que hacen estas autoras con relación a los mecanismos que importa este instituto, pues en base a estas características apuntalaremos nuestra posición en el tema.

Ellas señalan que sin perjuicio de que pueda plasmarse como un convenio entre partes, y así tener fuerza vinculante, en la mediación, el mediador no actúa como juez, ni tampoco tiene fuerza o autoridad para imponer una decisión.

Su tarea debe consistir en enfrentar a las partes y utilizar técnicas que le permitan escucharlas, cuestionar sus posturas, crear

¹ Revista Libro de la Fundación Mitre - Año 1, n°1, p.9

opiniones, negociar tratando de permitir que las partes se sientan ayudadas para alcanzar la propia composición de sus derechos.

No se utilizan en este supuesto, procedimientos formales como los que existen en el proceso judicial, como por ejemplo el procedimiento probatorio, por el contrario, señalan las mismas que en el ánimo del mediador debe existir el estímulo a las partes para ayudarlas a resolver su conflicto, sintiendo que ambas ganan de ese modo.

Y elegimos para concluir la contundencia de la identificación que hace Mariscal² del mecanismo en cuestión, cuando señala que “el mediador opera como un facilitador de luz en el campo tenso y brumoso de las posiciones enfrentadas, irreductibles, temerosas de perder.

2.2 - La Conciliación

Enseña Falcón³ que la conciliación es un avenimiento amigable entre las partes, que arreglando sus diferencias ante un magistrado, a instancia de éste extinguen las pretensiones antagónicas, produciendo – la resolución que se dicte- el efecto de cosa juzgada en caso de homologación.

Bien marca este autor que la misma ya está contemplada en nuestra variada legislación procesal, sirviendo como ejemplo no sólo la audiencia que prevé el art. 68 de la ley de procedimiento laboral 18.345 de la Capital Federal, sino además la audiencia del juicio de alimentos que consagra el art. 639 del C.P.C.C.N., en donde se pretende un arreglo directo entre las partes, que el juez homologará en el mismo acto.

También sirven como ejemplo de lo expuesto, el art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el cual como señala

² Enrique Mariscal, op. Cit. En nota 1, p.6.

³ Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado y Comentado, T.II, p.494.

Falcón⁴, no es más que una conciliación la labor atribuida al juez cuando lo faculta a “invitar a las partes a reajustar sus pretensiones”.

También sirva como ejemplo la tarea atribuida al juez de la causa por el art. 34 inc. 1ro. Del C.P.C.C.N., cuando señala que en los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio tratará además de reconciliar a las partes, intentar avenirlas sobre temas conexos con el proceso que afrontan, como tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.

Finalmente como colofón de la conceptualización de este instituto no queremos dejar de señalar que el art. 36 inc.. 2do., ap. a) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, brinda en forma expresa ahora, la facultad al juez para convocar a las partes ante tribunal a fin de lograr una conciliación.

Aclara al final dicha norma, que la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento, con lo cual más allá de dejar a buen resguardo la actuación del juez de la causa, también invitan a éste a una reflexión sobre el modo y alcance de su actuación de tal manera de no afectar su actuación futura.

2.3 – El arbitraje

Siguiendo a Colombo⁵ (T.II, p.421), podemos conceptualizar este instituto como un sustitutivo de la jurisdicción, en cuya virtud, los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de formas, que culmina en un laudo, pero sin poderes directos de compulsión durante el trámite ni los que son propios de la ejecución procesal forzada.

⁴ Ob. Cit., T.II, p. 495

⁵ Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado, T.II, p.421.

Siguiendo a este autor podemos señalar que el árbitro resulta un tercero al que las partes le confieren el poder de decisión de la controversia.

Con la voz árbitro si bien se designa por igual tanto a los jurisdicciones de derecho, como a los amigables compondores, la aceptación correcta sería la primaria.

Más allá de los demás caracteres distintivos entre el arbitraje de jurisdicciones o de derecho, y el juicio de amigables compondores, en donde prima la regla de la equidad, no queremos detenernos en el análisis de estos institutos en forma particular, pues insistimos creemos que la tarea que nos convoca, hoy pasa por los operadores de las formas apuntadas.

3 – ASPECTOS COMUNES

Aquello que si entendemos que resulta relevante destacar en miras a nuestro objetivo, consiste en las cuestiones o aspectos que tienen relevancia, pues se presentan con similares características dentro de los distintos mecanismos que analizamos, a los fines de la tarea que pueda alcanzar el abogado como negociador.

Si bien –en principio- puede suscitarse alguna controversia frente a la identificación de cada uno de los institutos, por el alcance de su denominación, pues por ejemplo, Alvarado Velloso⁶ cuando alude al origen etimológico del término conciliación señala que proviene del latín, conciliatio, del verbo conciliare: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz.

Y agrega a continuación que es un tercero ajeno a los intereses en juego quien hace propuestas de solución.

⁶ Alvarado Velloso, Adolfo: La Conciliación, L.L. 1985 – Sec. Doctrina, p.1161.

Como podemos apreciar que todas estas formas surgen como una variante frente a la jurisdicción, es decir, que por un lado existe una controversia de derechos e intereses, y por otro lado existe una decisión de sobrellevar y componer la misma, pero al margen de la jurisdicción.

Este aspecto es el fundamental que podemos destacar pues nos detendremos en las formas alternativas para solucionar el conflicto, sino como vemos frente a su existencia se exige la figura de un tercero que intenta componerlo.

Es entonces cuando el sustituto más idóneo –en principio- para reemplazar a la jurisdicción aparece en la figura del abogado, y lo planteamos en estos términos pues en la mediación, o en el juicio de amigables compondores, no es de la esencia de dichos mecanismos que la tarea de tercero compondor, quede en manos de un abogado.

Sin embargo, aquí radica uno de los aspectos que consideramos esenciales para encarrilar esta tarea. Este tercero que aparece sustituyendo a la jurisdicción, ¿puede ser el abogado o no?.

Si la respuesta aparece como negativa, tendríamos que cuestionarnos, el porqué del estudio que merecería entonces esta cuestión, no solo dentro del mundo del derecho, sino además dentro de la esfera del Derecho Procesal.

Evidentemente, ante esta situación, cabe que analicemos la respuesta afirmativa a esa cuestión, o sea, la conveniencia que el abogado aparezca como negociador en el rol del tercero que puede componer la contienda suscitada.

Desde luego si así fuera, nos surgen dos cuestiones a saber: a) por un lado la posibilidad de que resulte apto para entender en estas cuestiones; y b) la posibilidad en su caso de que sea nuestra materia la que comprenda el análisis y estudio de las cuestiones, emergentes de este aspecto de nuestro tema.

Con relación a la idoneidad del abogado para entender en este tipo de controversias, consideramos que no sólo resulta el profesional más apto para entender en este tipo de controversias, pues no podemos olvidar la sustitución de la jurisdicción que convencionalmente existe, sino que entendemos que es el más apto de los profesionales para ponerle un contorno o límite a la conflictiva suscitada, señalando su alcance en razón del respaldo legal en que se sustenta.

Esto implica sus posibilidades de manejo, como asimismo el resguardo sobre consecuencias indeseables, o bien no previstas.

A partir de ello, ahora nos preguntamos ¿porqué debemos ocuparnos dentro del Derecho Procesal de estas cuestiones?

La respuesta nos aparece así como delicada o complicada e importante para la suerte futura de nuestra materia.

Evidentemente, las formas en cuestión podrían constituir una especie de híbrido dentro del Derecho Procesal. Específicamente hemos visto que la mediación, si bien existe desde tiempos inmemoriales, hoy por hoy no tiene consagración específica alguna dentro de nuestra legislación procesal.

Pero no es menos cierto, que si la tienen no sólo la conciliación, como modo “anormal” de concluir un proceso, sino además el arbitraje, o el juicio de amigables componedores.

Y todo ello parte a nuestro entender de buscar una especie de sustituto de la jurisdicción, -si bien con distintos alcances- que pueda aventar los riesgos a los que se ven inmersas ambas partes litigantes dentro de un proceso judicial.

Por eso tal vez esta especie de híbrido deba ser regulada conforme lo ha propuesto alguna parte de la doctrina, creándose una especie de escalón previo para un verdadero afianzamiento de la justicia⁷.

4 - CONCLUSIONES

A nuestro criterio existen dos tipos de conclusiones que es necesario extraer de lo expuesto hasta aquí.

a) Por un lado aquéllas que hacen al abogado en sí mismo como negociador.

En este sentido, no sólo la currícula de nuestras universidades, sino además la realidad cotidiana, nos vienen indicando una especie de estructuración mental, en la cual se hace muy complicado acceder a veces a formas de composición de litigios como las expuestas.

Es evidente que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, que es la que conocemos por desarrollar en ella nuestra tarea como docente, si bien no surge con claridad el objetivo a que apunta con la formación del abogado, en principio podemos inferir que prepara a los jóvenes sólo para litigar y actuar sobre conflictos ya suscitados.

No se elaboran hipótesis de prevención, ni menos aún métodos alternativos como los que propone el tema que tratamos.

Tal vez de ahí la no utilización de figuras como el arbitraje, que parecería quedar sujeto solo a una especie de elite o estrato especial que pueda tener acceso por vía de empresas de trascendente potencial económico.

⁷ Véase en tal sentido el artículo del Dr. Luis M. Gaibrois, quien intenta sistematizar la mediación en nuestro país con apoyo de la informática, en revista libro, Año 1, n°1, p.53.

Con ello podríamos caer en una especie de “privatización de la justicia” que entendemos no ha sido un fin requerido por ninguna ley procesar que haya consagrado el instituto.

Mientras que por otro lado el encierro de los abogados, a veces de los jueces e inclusive de otras auxiliares de la justicia hace que no puedan ser encarrilados conflictos que merecen una gestión conciliadora para su reparación, provocándose también así otro fin contrario al pretendido, como es el dispendio jurisdiccional, laboral y económico que solo provoca una menor efectividad de la justicia.

Por ello consideramos conveniente, sino imprescindible, que para el correcto andamiaje de estas variantes, tenemos que modificar en primer lugar nuestros planes de estudio incluyendo materias aptas, como para formas mucho más eficazmente al abogado para desempeñar su rol como negociador.

Materias tales, como psicología, teoría del conflicto y la estrategia, lógica o matemáticas, consideramos que deben ser proporcionadas en las dosis convenientes a los estudiantes de nuestras facultades de derecho, a fin de que puedan contar con formación idónea y suficiente para encarar este tipo de actividades.

Es la realidad la que nos indica precisamente, que no son transitados estos caminos, unas veces por desconfianza, otras por desconocimiento, otras por inexperiencia, por lo cual nos preguntamos si no resultaría conveniente, que no sólo se complementan los planes de estudio en el sentido que indicamos, sino que además se implementen planes de experiencia previa a través de técnicas adecuadas para poner en funcionamiento esos conocimientos ya desde la universidad misma, como por ejemplo los métodos del “role playing”.

- b) Por otro lado trataremos las conclusiones que apuntan a nuestra materia en sí misma.

En este sentido nos cuestionamos si es el Derecho Procesal el ámbito adecuado para el estudio de estas cuestiones.

Desde luego que quedamos relevados de todo comentario, con relación al juicio de amigables componedores, o el juicio arbitral, o bien a la conciliación, como métodos de superar los conflictos, no sólo por ser regulados por nuestra ley procesal, sino además por haber formado desde siempre parte de nuestra materia.

La pregunta se hace más amplia, pues el abogado utiliza ahora un método que no es nuevo, y lo estaríamos conquistando como patrimonio del Derecho Procesal, que sería la negociación, es decir, como se aprecia claramente en la mediación, en donde el tercero que hace las veces de mediador no puede comprometer su posible solución al diferendo, sino que trata por todos los medios de ayudar a cada una de las partes del conflicto, a encontrar fórmulas, por sí mismas, que permitan superar a aquél.

Evidentemente, nos encontramos dentro de una esfera que está muy próxima al Derecho Procesal, pero que evidentemente es extraprocesal, pues no existe contienda judicial alguna⁸.

Es decir, tanto puede el civilista, como el laboralista, como cualquier otro especialista del derecho cumplir ese rol, y de hecho informalmente en la realidad puede darse.

Esta es a nuestro modo de ver una de las formas de superar un conflicto y hacer también derecho preventivo, pues más allá del alcance en sí mismo del conflicto, éste puede ser despejado o evitado por carriles como el propuesto.

⁸ Supuesto que no se dan en la conciliación, la cual siempre es judicial, diferenciándola así de la transacción, que puede ser extrajudicial, como tampoco se da respecto al arbitraje que si bien es extrajudicial, usualmente está regulado convirtiéndose en un típico proceso, tal como surge del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, creemos que si bien la esfera de la actuación que analizamos en el abogado, es claramente extraprocesal, la contratara de esta situación, hace que pueda desembocarse –merced al fracaso de la negociación- ante el proceso judicial.

Por este motivo, y sin que exista el prurito que guardan algunas veces los jueces que resultan reacios a la conciliación, de arriesgar fórmulas que importen algún prejuizgamiento, aquí la tarea del abogado negociador, puede traer luz sobre los aspectos acerca de los cuales se desarrolla su labor en razón que –como lo señalamos anteriormente- puede ponérsele un contorno o límite a las pretensiones que esgrimen cada una de las partes, delimitando así el objeto de controversia, tomando como pautas la contratara a la que se exponen los contendientes, que no es otra que el proceso judicial, que evidentemente han querido evitar al someterse a otra forma de composición del conflicto.

Consideramos que esto no importa ampliar el marco del Derecho Procesal, sino por el contrario, seleccionar distintos aspectos de una misma problemática, ya que existiría para el proceso judicial, una faceta extrajudicial, no por el organismo que interviene, pues bien podría ser llevado a cabo por órganos dependientes del Poder Judicial, si estuvieran preparados para ello y otra judicial propiamente dicha.

Obsérvese que de fracasar la negociación, seguramente se caerá dentro del ámbito del proceso judicial, y evidentemente, no será la misma la actuación de las partes en conflicto, luego de conocer ambas sus posturas y haber fracasado en una negociación, al tener que someterse a un proceso judicial, que hacerlo de llano sin esta gestión previa.

Evidentemente la labor a desarrollar por la jurisdicción en el segundo caso va a ser mucho más ardua que en el primero, en donde las posturas de los litigantes, sin pensar en que pueda sustanciarse como de puro derecho, puede verse limitada sensiblemente a los puntos

excluyentes que pueden constituir motivo específico de controversia, sea por el alcance dado por las partes a esos hechos de carácter jurígeno, sea por la aplicación del derecho en juego, o bien por las consecuencias que pueda tener la solución encontrada a ese diferendo.

Con ello, entendemos que propendemos a una mejor y más efectiva justicia, como lo plantea hoy este Congreso, de donde, las formas extraprocesales van a constituir ni más ni menos que un simple correlato previo al proceso judicial.

Por eso sosteníamos que es necesario, a fin de no caer en la paradigmática situación que describía en el último Congreso celebrado en Buenos Aires al Dr. Juan Pedro Colerio, en su ponencia⁹, señalando la inexplicable situación de la reducción de nuestra materia dentro de la currícula de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a límites increíbles, llevándola a su virtual desaparición, en donde la formación de estudiantes en este sentido es prácticamente nula, en ampliar los límites de nuestra materia, con aspectos como los que aquí tratamos, imponiendo la necesidad de tener abiertas nuevas formas de composición de litigios, para lograr así una mejor actuación de la justicia.

⁹ En los Umbrales de la Desaparición del Derecho Procesal.