

Universidad de CAGLIARI.

Caminos Mediterráneos de Mediación por la Paz

Conferencia Internacional 24-4-2020

Protecciones Extrajudicial de Derechos Durante Covid-19: Soluciones de Emergencia o Reformas Estructurales?

Disertación/Ponencia: Impacto del Covid-19 en el Derecho. Sistema de autocomposición y prueba. Prof. Dra. María Cristina Di Pietro*¹

Sumario. Globalización-Complejidad-Incertidumbre. Protección extrajudicial de los derechos y efectivización autónoma de los derechos disponibles en tiempos de autocomposición. La mediación jurídica-judicial como operativa de derechos y de pruebas ágiles. Nuevas (renovadas) formas jurídicas con procesos ágiles. Rol y perfil del Abogado.

1.- Introducción

Entre la incertidumbre y la complejidad que nos plantea un virus que ha mostrado la envergadura y velocidad de la mundialidad; que puede elegirnos sin que hayamos decidido participar en el juego de repartos, dos parecen haber sido las ciencias elegidas para probar la vulnerabilidad humana: la medicina expuesta al máximo rigor para salvar vidas y el derecho relegado al estupor.

Derechos sin tutelar; suspensión de tutelas efectivas; pálidas soluciones de emergencia y difusas... una praxis jurídica temerosa de actuar ante el rigor de la exigencia de la seguridad y la certidumbre inamovibles hasta ayer en la base del entrecruce de defensas de derecho

Es necesario redimensionar y redefinir qué alcance tiene la tutela extrajudicial de los derechos. Qué alcance le otorgan las partes y los abogados que pretendemos tutelar esos derechos, porque las reformas estructurales seguramente vendrán.

Entender también la magnitud y la oportunidad del cambio en el escenario jurídico. Considerar si volveremos sobre nuestros pasos después de esta experiencia de vulnerabilidad, desde todo aspecto: salud, libertad, derechos, ya que no es imaginable retornar a lo que teníamos pre Covid-19 como praxis jurídica; luego de tanto tiempo de suspensión de protección y tutela de derechos; de aplicación difusa, con imposibilidad

¹ *Prof. María Cristina Di Pietro, Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS- Facultad de Derecho. UNC y UCC. Mail: mediario@hotmail.com

de ejercer derechos, el sistema de justicia manifiesta necesidad de adecuarse más allá de las soluciones de emergencia.

Para que haya una nueva visión del Derecho debe haber una nueva visión del Abogado. Un nuevo perfil. Para posibilitar que sea artífice de la efectivización autónoma de los derechos en tiempos de autocomposición, es decir de creación de la norma particular, desde los propios involucrados, dentro de los derechos disponibles y con el límite que la ley le impone, y para que no vuelvan a repetirse situaciones de sorpresa y desprotección jurídicas.

El derecho será el artífice de soluciones integrales. Entendido desde la complejidad de Morin: la incertidumbre como elemento desestabilizante. De duda e inseguridad y sin disyunción entre los contrapuestos para observar, aunque sea observar cómo se compone el todo desde esos opuestos. No simplemente una parte, una porción de una realidad.

La tendencia doctrinaria para la construcción de modelos y sistemas de justicia, considera que el ámbito dirimente en la administración judicial sólo debe estar al servicio de conflictos que, bajo ningún concepto, pudieron componerse en una instancia conciliatoria anterior. Debiéndose insistir en el logro de consensos mínimos aún durante el juicio e incluso luego de la decisión judicial.

Esta concepción central y opuesta a la regente en el siglo XX, es la que refleja que en los programas de administración de justicia de estados modernos: el ciudadano como formador de decisión, con nuevas obligaciones instrumentales y procesales; teniendo a su cargo la solución primaria, la propuesta de solución del problema que plantea; sin perjuicio de la ulterior posibilidad de intervención del juez natural, al que no accederá sin el previo esfuerzo del intento de decidir por sí.

“El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas creen que es. Esta aseveración puede parecer tan provocativa como el paradigma que vivimos.

La pandemia nos coloca en situaciones de urgencias socio-jurídicas impostergables. Luego del riesgo de vida y como próxima, se sitúa la urgencia en la atención de los derechos de la salud, familiares, del trabajo, contractuales civiles y de consumo. De responsabilidad interindividual tanto como del Estado, sus organismos en atención a las imprevisiones, acción o inacción de sus funcionarios; indebidas restricciones a la libertad; excarcelaciones cuestionables. En suma, la acción del Derecho se encuentra ahora –en general-, en stand by; pero visible en el escenario conflictivo a la espera de la re-apertura de los tribunales y de la superación de restricciones impuestas a los abogados, en muchos casos sin fundamento.

Sin embargo, el planteo exclusivamente jurídico interpersonal o intergrupar resultaría un análisis parcial; apenas un recorte de la realidad surgente que no parece ya tener sentido. Porque, entre otros privilegios, somos partícipes de la aparición drástica de otro paradigma: del que emerge claro que, en cada caso particular la comunidad pasó de ser involucrada genérica, a actor principal. Y que detrás de este paradigma emergente ya hay otro que no alcanzamos a ver, pero existe².

2.- Las Nuevas Formas Jurídicas

² Como bien lo anticipara Ilya Prigogine, detrás de todo desorden existe un orden al acecho

O su novedoso abordaje, requieren de un requisito sustancial con antecedente secular: el cambio de mentalidad o como bien lo define Entelman, los cambios y adaptaciones...más que un problema de leyes son un problema de hombres.³

El legislador no se contenta con fórmulas compositivas que sólo aborden los intereses de las partes, sino que la ley alienta soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez, en la antesala del proceso judicial.

En ese entorno, no se trata “de presentar a los medios autocompositivos como una competencia del proceso, sino como dos medios interdependientes que cumplen un papel relevante en la protección de los derechos, donde el éxito de uno depende de la eficacia del otro... En la autocomposición estando las dos partes, titulares de los derechos frente a frente, lo pueden todo...” Aunque proceso judicial y mediación (también la negociación y la conciliación) suelen ponerse como dos mecanismos contrapuestos o “en competencia”⁴,... existe entre ellos una relación de dependencia mutua... La mejor forma de generar un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto es promoviéndolo a través del diseño de un proceso que sea un medio efectivo y real de realización de dichos acuerdos”... De modo tal que la legislación que recoge aquella orientación doctrinaria, va imponiendo el cambio de perfiles en el abogado de parte y en los terceros neutrales.

En los procesos autocompositivos hay litigio pero no rol de litigantes. Abogados y terceros neutrales intercambian posiciones, motivaciones, preferencias y conveniencias de los conflictuantes. A simple vista puede creerse que en los modos y métodos para resolver conflictos se pergeñan probables soluciones. En realidad se trazan estrategias de impacto exitoso; probables cursos de acción según decisiones encadenadas hacia distintos objetivos, los que, si se reúnen o convergen culminan en acuerdo como norma especial para las partes; sino, continúan hacia otra vía de superación, generalmente heterocompositiva.

En el corazón del mapa de conflicto a efectos de elegir el método de superación, se encuentra el análisis y la medición de poder; su cálculo: cantidad de recursos que cada actor tiene o *cree* tener, para lograr su meta: para llegar concatenados a sus objetivos iniciales, medios y finales. Estos recursos son en el caso de defender derechos e intereses, las pruebas y su alcance para obtener la cosa o derecho reclamados.

3.- Mediación Jurídica

Entendemos por mediación jurídica al proceso de negociación desarrollado con la asistencia y orientación de un tercero experto en leyes carente de *iusdictio*, estando las partes asistidas por sus abogados, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y

³ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflicto*,. Ed. Gedisa, 1º Ed., 2002. Los conflictos llamados accidentales terminan por solución mientras que los ínsitos por *resolución*. Sin perjuicio de la aclaración técnica, a partir de aquí nos referiremos indistintamente con uno u otro término

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos. En XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas. Págs. 80/81. San Juan. Argentina 2019.

subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti.

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial, dependiendo de la judicialización previa del conflicto y del ámbito en donde se desarrolle. Es convocada cuando las partes enmarcan a su conflicto dentro del Derecho, eligiendo a la par del proceso de solución – mediación, conciliación o al mixto med-conc-, al neutral abogado conforme el tipo de solución acordada que requieren para ellas.

La mediación jurídica extrajudicial puede realizarse en dependencias públicas o privadas, a veces fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él. La mediación jurídica judicial es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación.

En Argentina la diferencia entre mediación y conciliación tiene relación con el rol y el ámbito de actuación del sujeto neutral en cada proceso. Máxime si el conciliador ocupará luego la función de juzgador; reduciendo ello ostensiblemente el nivel y calidad comunicacional con las partes. Teniendo en este caso poder jurisdiccional en inversa proporción a su poder de comunicación conciliadora. En el mediador la fórmula se invierte ya que, por la tipicidad de su función logra alto nivel de comunicación –y por ende de confianza- en contextos de confidencialidad, asumiendo mayor autoridad autocomponedora.

No obstante ambas figuras co-existen en la llamada Etapa previa o preliminar prevista en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales argentinos.

El mediador judicial, -previsto en las leyes de mediación conectadas a los tribunales- es un tercero neutral con intereses precisos, lo que llamamos multipartialidad. No es ajeno al juego litigioso ni al probatorio. Conduce el proceso de mediación con parámetros de Derecho y por los senderos de ley. Su tarea y rol es dirigir el modo distinto de ver el conflicto con el abordaje jurídico de solución; propender a su re-significación sin perjuicio de su contextualización y encuadre adecuado a la experiencia general, a los usos de cada persona y a las costumbres y reglas de su grupo de pertenencia.

4. Abogados en el sistema de autocomposición

Los hechos se traducen en narrativa diferente o divergente según quien los relata; adquiriendo máxima diferencia en boca de los abogados. Entonces en cómo se los plantea y cómo se busca el método de solución insistimos, redundará en la mentalidad del letrado, ya que más que un problema de leyes la cuestión de cómo solucionarlo, es un problema de hombres y su elección de formas jurídicas.

Foco desde el interés y el foco desde el derecho componen el cálculo costo-beneficio de estrategia ganadora. Porque lo que subyace al derecho es el interés y en éste subyace el costo-beneficio que inclina a la parte a decidir y también a su abogado.

Claramente existe una marcada diferencia entre la misión del abogado litigante, la del abogado negociador y la del abogado mediador.

El abogado litigante, letrado de parte, perfila su rol como luchador a ultranza porque su escenario es el litigio. El abogado negociador, es también letrado parcial, pero su función es obtener a través del intercambio negociador el mayor beneficio para su cliente a través de modelos de estrategias de negociación toma al derecho y a las consecuencia del juicio como parámetro. El negociador más duro, jamás se comporta como litigante en el campo de la negociación, y la mediación es para él un escenario de negociación, es decir, de intercambio productivo. Siendo el conflicto una oportunidad de negociación.

Las trampas para el abogado serán: creer que se negociará de la misma manera en mediación que como se negocia en el ámbito de tribunales; o considerar que mediar es atravesar un proceso menos legal, con un tercero neutral que aunque abogado, no debe invocar ni respaldarse en la ley; perdiendo así, la oportunidad de evidenciar el conflicto desde otra perspectiva; perdiendo la posibilidad de resolverlo jurídicamente con técnicas menos invasivas que las obligadamente aplicables en los procesos judiciales.

El rol del abogado, su experticia en negociación y estrategia probatoria definen la suerte de la causa. En consecuencia el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, quien diagrama la estrategia como negociador en el ámbito autocompositivo y litigante después, trazando sin embargo caminos de ida y vuelta.

Es esta la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. Habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia, conformando ello la base de la negociación operativa, sin abandonar –aunque morigerando- las preferencias subjetivas.

5.- Nuevas perspectivas probatorias: El éxito de la prueba en el proceso de mediación. El rol del abogado y el rol del mediador

Entonces estos procesos autónomos, más aún la mediación, son juegos de reparto distintos en el que las partes no tienen como foco primario la verdad o la razón; fincándose en las narraciones, armando y desarmando posibilidades que permitan coincidir; más que en una prueba puntual, en el todo que arroje conveniencia de acordar. La prueba hace a la confianza, no a la verdad. Al abandonar ese costado de la disputa la prueba puede enfocarse con alcance diferente. Tiene importancia fundante pero otra significación. Otro valor estratégico: cuánto vale para parte y contraparte; es o no un recurso de poder; cómo impacta en los intereses y derechos de cada uno y del conjunto (desde los principios de buena fe y colaboración); cuánto hace variar el escenario de decisión, etc. Porque en estos escenarios la prueba abre diferentes probabilidades.

Eligiendo las partes entre ellas la que más se acerque a su máxima satisfacción o preferencia. Es que la preferencia en definitiva proveerá a la decisión biparte.

Nos referimos a:

- 1.- Prueba ágil; no a aquella que demora las instancias. Entre otras cuestiones porque no hay apego a la formalidad de proposición probatoria y su aceptación. En mediación se mira con otra óptica y se transita el proceso con otra dinámica.
- 2.- Prueba-decisión. Es decir a la relación de la prueba con la facilitación de la elección individual o con miras a la decisión conjunta.

Y atento ello es apreciada también como:

- 3.- Prueba-parámetro, que es aquella en que se basa la pretensión-posición. El recurso de poder por el que se estima concretar el objetivo. La prueba en el proceso de mediación, tiende a relacionar el conflicto desde la innovación. Para avanzar hacia lo que persiguen los involucrados, conocer lo que subyace -qué provocó el encuadre jurídico elegido y si el mismo es adecuado a lo que realmente la parte persigue obtener o se imaginó obtener; o la elección fue forzada o equívoca-.

Son parámetros que facilitan la toma de decisiones unilaterales tanto como consensuadas. Permiten que los intereses abandonen la subyacencia expresándose claramente en el escenario litigioso (que lo es, pese al proceso de autocomposición) o cuando menos, se dejen advertir.

Las pruebas en estos procesos constituyen entonces, recursos de poder que las partes tienen o creen tener para lograr sus objetivos –su ganancia o menor pérdida-. Persiguen conocer lo que subyace a la pretensión -qué provocó el encuadre jurídico elegido; si el mismo es adecuado a lo que realmente la parte intenta obtener o se imaginó obtener; o si la elección fue forzada por las circunstancias, o equívoca-.

En la mediación jurídica-judicial resulta poco probable ignorar los antecedentes jurídicos y judiciales cuando voluntariamente las partes enmarcan el caso en derecho o judicializan el conflicto. Ingresar al terreno jurídico-judicial implica demostrar no solo lo que se dice sino la pertinencia de lo que se pide (buena fe) y ello se mide a través de la prueba.

Los cálculos costo-beneficio se realizan con distintas variables; combinando las diversas probabilidades basadas en parámetros indubitados –fuentes jurídicas y pruebas científicas-; tomando también otros dudosos e incluso, supuestos o azarosos. (El sujeto que realiza el cálculo, lo hace desde su perfil psíquico, emocional, con sus creencias. Durante el juego de intercambios puede además, ser persuadido, influenciado). Ello conduce al decisor a elegir o no coadyuvar con el adversario, en el contexto local, en ese momento (aquí la voluntariedad).

En consecuencia, la estrategia probatoria en la autocomposición se produce para convicción de las propias partes, que juzgan distinto. Prueban para alcanzar sus intereses. Analizan, ponderan sus recursos y probabilidades para ganancia consensuada o en juicio; sopesan la conveniencia –aun pudiendo resultar vencedores- de atravesar el

costo de tal proceso controvertido según lo que se esté o no dispuesto a invertir-; la prioridad de sus preferencias, conveniencia e intereses. Convicción que se produce con la evidencia probatoria, la evaluación y comparación que cada uno realiza del alcance probatorio en relación a las mejores chances de ganancia en el juicio o de utilidades en la negociación, mediación, conciliación y su impacto en la vida de relación. En suma, para sopesar atajos; el momento de autocomponer o la conveniencia de continuar el juicio; para medir sus elecciones que lleven a una decisión adecuada para las partes; para acercarse primero al consenso hasta el posible acuerdo o generar impasse.

La autocomposición no refiere a partes fuertes o débiles; no significa abandonar la visión jurídica o el impacto posterior en el juicio; el fin perseguido implica comenzar estos procesos de intento de solución analizando las reales posibilidades de ganancia y utilidad de cada uno desde las reglas de los involucrados en el conflicto. Y de allí observar reglas jurídicas como parámetro de viabilidad

Para el abogado negociador, las pruebas son también, advertencias que le permiten administrar el caso y su solución sin necesidad de pérdidas imprevistas. Para el mediador y conciliador, son parámetros que clarifican las posiciones de las partes; son fuente de hipótesis y de aval de una tercera vía que permita acceder a una solución viable.

Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta.

Operando la prueba como criterio de autocomposición, genera una suerte de filtro para la aceptabilidad de las opciones, base de la decisión negociada de las partes. Su valor consiste en aportar herramientas, elementos de comparación con antecedentes; diagnosticar y pronosticar, a efectos de una mejor elección individual y mancomunada. Tomándose como referentes los estándares probatorios que ley y jurisprudencia establecen para validar hechos. Porque toda prueba en cualquier escenario, necesita de una valoración... que consiste en el examen de si el medio de prueba convence o no con grado de certeza acerca de lo pretendido. Es reconocida como prueba extraprocesal; como aquella que se realiza fuera del proceso (judicial).

La relevancia del aporte de la prueba radica entonces, en actuar para que los agentes decisores lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. Volviendo entonces al componente subjetivo integrador del quantum: La decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre.

5.- Mecanismos tecnológicos: mediación en línea y presencia virtual

El impacto del COVID-19 en el Derecho, aceleró la probabilidad de realizar los procesos autocompositivos a través de medios online, y a través de presencia virtual.

Para que los mismos transiten un camino de seguridad fáctica y jurídica, en Argentina en general, se establecen pautas y protocolos que permiten la efectiva identificación de los participantes y letrados; perfilan reglas de actuación y praxis;

establecen requisitos de inscripción del acuerdo al que se arribe; firmas digitales; estableciéndose además, normas de actuación e intervención para el mediador/a.

Toda esta virtualidad es posible y hasta es posible hacerla un hábito, un mecanismo habitual... Y eso es lo preocupante. La deshumanización del Derecho. La mutación hacia la realidad plana de la virtualidad. Casi el terror cósmico que bien caracteriza Zygmunt Bauman; el miedo cósmico de Mijail Bajtin: la vulnerabilidad del cuerpo humano inminentemente mortal que se revela ante intensiones desconocidas, acciones incomprendidas, imposibles de resistir por los seres humanos...

Que la transformación en la reforma estructural que proponemos nos permita además, volver enriquecidos a una humanidad más sabia