

## ESTRATEGIA JURÍDICA SUPERADORA DE CONFLICTOS EN EL DERECHO PROCESAL

Andrea MEROI (\*)

Desde el año 2002, y a instancias de las siempre motivadoras iniciativas del Profesor Ciuro Caldani, venimos inquiriendo acerca de la vinculación de la estrategia jurídica con el proceso y el Derecho procesal. En los trabajos publicados e intervenciones en Jornadas, hemos intentando aplicar las categorías del análisis estratégico al conflicto, a los modos de solucionarlo, al proceso en particular y a cada una de sus etapas (la demanda y la contestación de la demanda, o la acusación y la defensa, la prueba, los alegatos), y a sus alternativas más importantes (los recursos, los incidentes, las medidas cautelares). Sin perjuicio de la relevancia de esos tópicos y de la necesidad de profundizar a su respecto, queremos que esta oportunidad sea una propuesta, una invitación a sumarnos a algunas indagaciones, incluso en el marco de la Diplomatura que esperamos que muy pronto sea puesta en marcha en nuestra Facultad.

La verdad es que hemos encontrado varios disparadores a la hora de pensar en nuevos enfoques para este tema. Primero, y ciertamente, el título de esta Jornada: “estrategia jurídica, guerra y paz”. Evidentemente el proceso presenta múltiples y muy fáciles asociaciones con las tres palabras.

Con la estrategia jurídica, que quizá encuentre en el proceso uno de los ámbitos paradigmáticos para pensarla y desplegarla. Pensemos en la estrategia jurídica como ordenación de los medios para lograr el objetivo general de Derecho perseguido (Ciuro Caldani). O como una idea de hablar de estrategia y hablar entonces de medios y recursos destinados a obtener fines, de la forma en que se emplearán estos medios y recursos, hablar del poder y de la manera en que se emplea, hablar de dirimir conflictos y de

---

(\*) Doctora en Derecho. Magister en Derecho Procesal. Profesora titular ordinaria de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario. Investigadora. E-mail: andreameroi@gmail.com

que al hacerlo deberemos lidiar con incertidumbre y con la ambigüedad del contexto en que nos movemos (Di Tella).

La idea de guerra, cuando al proceso frecuentemente se lo asocia con las metáforas del combate, de la batalla. La misma palabra “litigio”, el presupuesto del proceso “el conflicto”, y esta característica fundamental del antagonismo entre las partes (un atacante y un resistente) que se replica en toda la serie procesal.

Pero también la paz, porque al menos para una parte importante del procesalismo la razón de ser del proceso es el mantenimiento de la paz social (la solución del conflicto para el logro de la paz). Y esto último nos resulta ciertamente muy relevante y también disparador porque hay otra parte también muy importante del procesalismo que pone el acento en la finalidad de obtención de una solución justa al conflicto, entendiendo por “solución justa” aquella que aplica el Derecho del caso a hechos demostrados como verdaderos. De alguna manera, esas finalidades u objetivos —que hay que tener claros en el planteo de estrategias— son diversos en ambas concepciones del proceso y del derecho procesal, y se valen de distintos medios (incluso, ampliando el horizonte del derecho procesal hacia la “solución de conflictos en general” y no limitándose al proceso judicial), de distintos recursos, de distintos protagonismos. Entonces resulta importante la pregunta por la concepción del proceso para el planteo de estrategias.

Es interesante advertir cómo al lado de la *justicia* y de la *paz* o, muchas veces, invocando la justicia, en realidad, estamos persiguiendo primordialmente el muy cotizado valor de la *utilidad* (en términos más procesales, la *eficacia*). “Se dice” que se quieren juicios, que se quieren sentencias y que se quieren sentencias justas, que apliquen el derecho a los hechos demostrados como verdaderos en el caso, pero en realidad toda la estrategia procesal está dirigida a evitar el proceso o a terminarlo cuanto antes, a veces “a como dé lugar”. Piénsese, por caso, en las leyes de mediación prejudicial obligatoria, vigentes en nuestro país paulatinamente desde 1995; piénsese en el movimiento reformista del proceso penal, hacia un proceso acusatorio, oral y público y, en la práctica, en cuántos casos se concreta; piénsese, finalmente, en el movimiento reformista del proceso civil hacia la oralidad, con media-

ción prejudicial obligatoria, con un proceso por audiencias, y las muchas instancias en las que se encomienda obligatoriamente al juez una conciliación, a intentarla “por todos los medios”... Quizá todas las estrategias sean válidas. Quizá, algunas apliquen mejor a determinados conflictos y otras a otros. En cualquier caso, el estudio, la discusión y la elección entre las varias opciones de política pública requieren del reconocimiento mismo de que estamos frente a una verdadera estrategia. Es menester no encandilarse con la fuerza retórica de algunas palabras para ver qué subyace realmente en el marco de las posibilidades de un sistema procesal. He aquí un vasto campo de investigación y análisis que proponemos para la diplomatura.

En segundo lugar, querría destacar unas reflexiones del profesor Ciuro que se vinculan también a una estrategia *superadora* de conflictos en el Derecho procesal. Matizando la importancia de los aportes de la estrategia militar, decía Ciuro que ella resulta en mucho una “estrategia de la imposición” mientras que él pensaba en la estrategia civil, del acuerdo, no porque no se puede vencer si no porque no se quiere vencer. ¿Quién sabe si alguien merece vencer? En parte por eso el artículo de Goldschmidt que recordamos: “*El filósofo y el profeta*”. También el profesor Ciuro nos decía que no se trata del poder si no de la fuerza para cambiar la realidad, que también se puede utilizar para el acuerdo y no para torcer voluntades. Por eso la Jornada se llama “guerra y paz”. Aquí “paz” no quiere decir “no violencia”, quiere decir autonomía, confluencia, amor. “*Soy mejor porque tú eres mejor*”.

Por mi parte, volviendo al contrapunto entre paz, justicia y entre medio la utilidad, diría que hay diversas estrategias procesales. Las que privilegian la autonomía y los posibles acuerdos parten de la premisa fundamental de la escucha, de la audiencia, de la posibilidad de atender las razones de los legítimos dueños del conflicto y eventualmente del proceso judicial: las partes. Cuando esta posibilidad se obtura (en pos de la eficacia o recurriendo al saber aristocrático del juez) la estrategia es ciertamente más de imposición. Desde otra perspectiva, la frase de Werner Goldschmidt “no hay soluciones, solo interrogantes eternamente viejas y rejuvenecidas”, de alguna manera choca con una noble aspiración del Derecho en general y del Derecho procesal en particular: la seguridad jurídica. Si el conflicto ha de cerrarse definitiva-

mente, con las cualidades de inmutabilidad de la cosa juzgada, con mayor razón entonces resulta relevante no clausurar la voz de sus protagonistas.

En tercer y último lugar, nos gustaría mostrar otras dos líneas investigación posible y de mucha actualidad. Una de ellas mira al Derecho procesal desde una *perspectiva macro*: a las políticas públicas o a la espontaneidad con que se vayan generando opciones para la solución de conflictos. Como desde hace años lo destaca el doctor Ciuro, estamos ante un cambio de era histórica: la biogenética, la revolución 4.0, la innovación tecnológica, la inteligencia artificial, la máquina de aprender. Podríamos llegar a la distopía, no deseada por muchos de nosotros, de la desaparición del *Homo Sapiens*. En lo que al Derecho procesal compete, estamos ante una crisis de acceso a la justicia y de falta de respuestas oportunas y de calidad para aquellos que sí acceden. “Nadie, ni los tribunales ni los medios alternativos, está preparado para lidiar con el volumen, la variedad y el carácter de las disputas que son el resultado de los niveles de actividad creativa y comercial que acontecen hoy online. La capacidad de los tribunales es inelástica, no solo por sus niveles presupuestarios, sino también por las cualidades físicas que los definen: la necesidad de encontrarse cara a cara, de abogados y jueces humanos que procesen los casos y los deciden” (Rabinovich-Einy y Katsh). El profundo deterioro de nuestro sistema de enjuiciamiento obedece a múltiples y variadas causas. Muchas de ellas vinculadas con aspectos organizacionales del servicio y con la falta de una visión de conjunto de los conflictos jurídicos y de sus soluciones que ubique a la adjudicación judicial en un marco adecuado y posibilista. Es menester pensar el servicio de justicia como sistema, apuntar a una taxonomía de los conflictos que permita evaluarlos y derivarlos al mejor método de solución, por consenso o por adjudicación. Aun respecto del proceso judicial, los cambios organizacionales y la incorporación inteligente de tecnología son cambios urgentes, virtualmente transformadores, acelerando y automatizando tareas rutinarias y formales que, por masivas, demandan ingentes recursos humanos, económicos, y del bien más preciado: el tiempo. De repente, y frente a casos repetitivos, podemos predecir respuestas y reservar la intervención humana para la supervisión y para las tareas creativas. Esto ya es realidad en ciertos ámbitos, está en etapa experimental en otros,

luce muy lejana en muchos. El rechazo irracional a estas transformaciones, por lo demás imparables, nos arriesga a su implementación guiada exclusivamente por la lógica del mercado y a cargo de quienes tienen privilegios de información. ¿Cuánto tiempo más van a tardar las nuevas generaciones de abogados, o de programadores, diseñadores integrales, economistas, azorados por la resistencia, en desarrollar sus propias *legal tech*? Hasta aquí una perspectiva de investigación macro.

La otra línea de investigación tiene una *perspectiva micro* del Derecho procesal, con el foco en las conductas de todos los sujetos del proceso (y no solo de las partes), los incentivos que se generan, la posibilidad de conocer, de conjeturar, de predecir, la posibilidad de plantear estrategias, en definitiva. Hasta no hace tanto, muchos acudíamos al auxilio de la teoría de la decisión racional, del llamado “análisis económico del Derecho”. Hoy resulta muy interesante también incursionar en la economía conductual, en la economía del comportamiento (Tversky, Kahneman), en los llamados sesgos de confirmación, optimista, del exceso de confianza, del costo hundido, del status quo, de la aversión al riesgo, etc. ¿Cómo inciden en nuestras conductas? Resulta importante estudiar el comportamiento bajo riesgo —tal el comportamiento ante el litigio— y los diferentes encuadres a los que puede someterse la situación litigiosa. Como muchos estudios vienen confirmando, una buena estrategia procesal no puede prescindir de la indagación de esos datos. Se trata de información necesaria para la toma de decisión de cualquiera de los actores involucrados en el proceso, algo así como una “psicología del litigio” que urge conocer y aplicar.

Para terminar, permítanme repetir algo que sostenemos desde hace mucho tiempo: el Derecho procesal se enriquece, adquiere su dimensión más interesante y plena, si reivindica para su objeto todo el espectro de la solución de conflictos y no meramente el proceso: esta es solo una de las posibles vías de solución. Como alguna vez escribió el doctor Ciuro: “*construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho procesal ha devenido una rama mutilante. Hay otros medios que no sean el proceso judicial, hay otras ramas con la cual vincularse y enriquecerse en una complejidad pura*”. Agregó yo hoy aquí: por ejemplo, la estrategia.