

# UN DESAFIO (Y UNA NECESIDAD) PARA LOS ABOGADOS: LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Roque J. Caivano  
Abogado (Argentina)

A Augusto Mario Morello y Julio César Cueto Rúa \*

*La crisis en el sistema de administración de justicia parece ser un tema recurrente no sólo en nuestro país sino también a nivel latinoamericano y mundial. En el presente artículo, el destacado profesor argentino Roque Caivano establece la relación que existe entre la conducta de los abogados y el deterioro de la credibilidad en el sistema de administración de justicia. Ante esto, propone el cambio de "la cultura del litigio", como el único método de solución de conflictos, por la mayor utilización de los sistemas alternativos para su reducción.*

*El tema es sin duda relevante, en momentos en que es necesario fomentar el ejercicio moral de la profesión como paso imprescindible para la obtención de un ordenamiento que brinde adecuada protección a los particulares, en un marco de seguridad jurídica. Es también importante en la medida que la descongestión del Poder Judicial y la puesta en práctica de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación, constituye una forma en que los particulares -y entre ellos, principalmente los vinculados a la empresa- pueden resolver sus disputas de una manera técnica, rápida y eficiente.*

*"Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser -in fees, expenses and waste of time".*

*Abraham Lincoln \*\**

## I. UN PUNTO DE PARTIDA RECURRENTE: LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL

La crisis por la que atraviesa el sistema estatal de administración de justicia y la consiguiente crisis que ella proyecta hacia los abogados, son datos objetivos de la realidad, de los que no conviene apartarse -aun siendo de una obviedad manifiesta y habiendo sido tratados hasta el cansancio- si se pretende enfocar la problemática con seriedad y sentido de perdurabilidad.

Los tiempos para eufemismos se han agotado; es necesario encarar el tema en toda su crudeza. La situación es patética; para la sociedad en general que carece de un servicio esencial para garantizar la pacífica convivencia, y para la abogacía en particular, la que -por estar inmersa en un sistema ineficiente, aunque también por culpas propias- ha perdido gran parte del prestigio que tenía<sup>1</sup>.

\* For el permanente estímulo y aliento que me brindan, y por el legado intelectual que significan sus contribuciones al estudio del tema.

\*\* Párrafo encabezando el libro de Robert Coulson (activo Presidente de la American Arbitration Association) *How to stay out of Court*, publicado por esa asociación, 2ª ed., 1984.

<sup>1</sup> "Si existe una profesión que ha sido -y sigue siendo- blanco de algunos pocos endiosamientos y de muchos vituperios es la del abogado. Esto viene de siglos, a punto tal que no fueron pocas las veces que se trató de prohibirla. Entre nosotros, un acta del Cabildo de Buenos Aires del siglo XVII prohibió la entrada a la ciudad de tres abogados: se los consideraba causantes de discordias, pleitos y disputa. Frente a ese desdichado episodio... en la Roma de la República fue donde la abogacía alcanzó la más alta jerarquía, no igualada por profesión alguna". Luqui, Juan Carlos, "Abogacía, democracia y libertad", JA 1980-III-741.

La calidad de abogados de los lectores hace innecesario describir el estado de situación de los tribunales. Ocioso sería que utilizáramos estas líneas para contar lo que está a la vista de quienes hacen de la abogacía su profesión habitual. Los abogados no sólo conocen -seguramente mucho mejor que nosotros- los innumerables hechos puntuales a través de los cuales se manifiesta esa crisis, sino que padecen cotidianamente sus efectos. Por ello nos limitaremos a formular apenas algunas reflexiones, con el ánimo de brindar nuestro punto de vista y con la aspiración -juzgará el lector la medida en que esa aspiración se ha cumplido- de ayudar a comprender la realidad que nos toca vivir y a buscar el modo de hacerla más promisoría.

El sistema que el Estado provee para dirimir los conflictos está en un estado de virtual paralización, producto de la morosidad en la resolución de las causas<sup>2</sup>. Pero quizás eso no sea lo peor, ya que por añadidura, se está verificando una alarmante degradación en la calidad de las sentencias<sup>3</sup>. Son crecientes los casos de arbitrariedades y de resoluciones que carecen de una mínima fundamentación lógica, convirtiendo al servicio de justicia en una verdadera legalización de la injusticia<sup>4</sup>.

Las sentencias -en el mejor de los casos- suelen estar revestidas de una cierta coherencia jurídica al citarse unas cuantas normas a las que pretende correlacionarse en una construcción teóricamente

impecable; pero en muchas ocasiones esa misma sentencia no logra sortear un análisis de pura lógica. Las decisiones son así recubiertas con una juridicidad que es sólo aparente, en la medida en que lo ilógico y absurdo del resultado al que arriban no puede ser ocultado bajo una teórica estructura pseudo-jurídica inexplicable a los ojos de la sociedad. No es desmenuzando el sentido literal o etimológico de las palabras utilizadas en la ley, ni buscando artificiosos tecnicismos jurídicos cada vez más alejados de la realidad, como se hace justicia<sup>5</sup>. Para que se satisfaga la exigencia de un adecuado servicio de justicia, es preciso que los jueces no se rindan a las aparentes envolturas formales, y que lleguen al fondo de las cuestiones, pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad misma de la actividad jurisdiccional<sup>6</sup>.

Un ejemplo clásico -tan clásico como inadmisiblemente irresponsabilidad está dado por las cuestiones de incompetencia, que suelen generar verdaderos torneos (¿será por eso que se denominan cuestiones de «competencia»?) donde se somete al expediente a un inacabable «peloteo» entre jueces que declinan su jurisdicción. Por la frecuencia con que ocurre, a nadie sorprende que un juicio pase varios años sin hallar un tribunal que quiera avocarse a su conocimiento, con olvido de una realidad que -por obvia- no debería olvidarse: ese «tiempo muerto del proceso» es tiempo en la vida de una persona que les está reclamando administración de justicia<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Algunas de las razones que se han dado para explicar esta situación pueden verse en Dromi, José R., "La mora judicial", JA 1983-II-755. Sobre los efectos de la dilación, se señalaba que "... cuando el orden jurídico se altera, es preciso restablecerlo inmediatamente. La demora excesiva hace ilusoria la protección jurisdiccional; también la hace más onerosa"; Bielsa, Rafael, "La abogacía", Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed. 1960, p. 388. Un caso que suele mencionarse como clásico ejemplo de morosidad judicial es el de Camilo Mozzatti, quien estuvo sometido a proceso penal durante 25 años; el fallo de la Corte Suprema, con comentario de Germán J. Bidart Campos, puede verse en ED 80-703. Acerca de las causas "exógenas" de la crisis, ver Morello, Augusto M., "Poder judicial y función de juzgar (una lectura de la crisis de la administración de justicia)", LL 1987-E-830; y del mismo autor, "Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de justicia", JA 1983-II-769.

<sup>3</sup> Tanto más grave que la morosidad judicial es la injusticia en los fallos, a la que inevitablemente conduce el cúmulo de expedientes a sentenciar. "La situación de la justicia", comentario editorial del diario La Prensa, 6/1/82.

<sup>4</sup> Una de las mejores pruebas de ello es la creciente cantidad de casos en los cuales la Corte Suprema ha debido abrir el recurso extraordinario para dejar sin efecto sentencias arbitrarias, y la copiosa jurisprudencia del alto tribunal que fustiga el "exceso ritual manifiesto". Recientemente se señalaba que la chatarra de la calidad de los pronunciamientos y el elevado número de sentencias descalificadas por autocontradicción u otras causales de arbitrariedad extrema debería preocupar seriamente a la judicatura argentina; Morello, Augusto M., "Así se debe fallar", JA 1993-I-412.

<sup>5</sup> Los jueces "en vez de preocuparse por 'vestir' decorosamente a sentencias intrínsecamente injustas con precedentes y citas legales, debieran preferir verlas 'harapientas' y huérfanas de oropeles dogmáticos, pero resplandecientes por haber servido fielmente a Diké"; Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O. "La función de juzgar, según se mire", JA 1985-II-812. De esta manera el sistema no funciona para el hombre común, a quien no le resuelve satisfactoriamente los conflictos, quedándose en un "garantismo formal"; Morello, Augusto M., "El proceso como realidad social", LL 1992-E-1095.

<sup>6</sup> Caivano, Roque J., "La actualización del depósito en garantía (La resolución por equidad en las sentencias judiciales)", JA 1992-II-542, con cita de Morello, Augusto M., "Realismo dinámico y normatividad estática", JA 1990-III-447.

<sup>7</sup> Morello, Augusto M. y Bidart Campos, Germán J., "La Corte Suprema y el tiempo muerto del proceso", JA 1992-II-137.

Esta situación genera en la población un sentimiento -ya inculcable y cada vez con manifestaciones externas más ostensibles- de profundo descreimiento hacia las instituciones que la República provee para administrar justicia. El sistema no sólo es lento; ha dejado de ser confiable. Se descrea de él, y hasta los mismos abogados se encuentran impotentes para explicar a sus clientes por qué en la justicia el razonamiento se basa en una lógica diferente que la del resto de la gente.

El estado actual de la crisis parece ser terminal. Si bien el deterioro de la justicia comenzó en forma paulatina, hoy ya amenaza con aumentar vertiginosamente la velocidad de su caída. A pesar de que, en el fondo, no deja de ser mera anécdota, existe un claro ejemplo de ello, referido a la infraestructura en que se presta el servicio: hace unos años la queja de los abogados era que los ascensores de tribunales no funcionaban; hoy los ascensores siguen sin funcionar, pero además han debido clausurarse varios edificios por peligro serio de derrumbe. No sería de extrañar -ni tampoco de desear, obviamente- que la próxima manifestación exterior se produzca porque la amenaza de ruina no haya podido ser detectada a tiempo.

## II. "MEA CULPA" NECESARIO

Pero un tratamiento serio del tema exige también una sincera autocrítica. Los abogados tenemos grandes porciones de culpa y de responsabilidad en este desquicio; sería de necios pretender disimularlas con argumentos retóricos. El sistema judicial no hubiese podido jamás llegar a este nivel de deterioro si no hubiese contado con la pasividad y la falta de imaginación -cuando no la directa colaboración- de los abogados.

Por cierto que cuanto se diga en este sentido en los párrafos subsiguientes podrá no ser válido respecto de muchos abogados que actúan de manera diferente, quienes en consecuencia lo sen-

tirán como un reproche injustificado. A ellos desde ya dejo expresadas mis disculpas por anticipado. De todas maneras, quien tenga una mínima experiencia tribunalicia advertirá que si en algo estas observaciones son inexactas no es precisamente por exagerar. Un solitario examen de conciencia, más allá de lo que suele decirse públicamente, seguramente nos obligaría a admitir cuántas veces nos excedemos en nuestro cometido, utilizando en la defensa de los intereses que se nos han confiado, herramientas que -por violentar elementales principios de buena fe- desnaturalizan la función letrada y perjudican la administración de justicia<sup>8</sup>.

Los abogados somos muchas veces los verdaderos gestores de chicanas, planteos insustanciales, argucias procesales, apego a defensas meramente formales y toda clase de artimañas para entorpecer la de por sí lenta e ineficiente labor del tribunal<sup>9</sup>. Amparados en que nuestra función es abogar por los intereses de nuestros clientes, no trepidamos en recurrir a toda clase de subterfugios. Es más, existe entre nosotros la convicción de que no hacerlo sería incurrir en una falta a nuestros deberes o a la ética profesional. Cuando nos colocamos en el rol de abogados de parte, nos circunscribimos al interés por la posición asumida en el caso, desentendiéndonos de las consecuencias que nuestra conducta pueda proyectar hacia el sistema de administración de justicia<sup>10</sup>.

Obviamente, no estamos aquí propiciando que el abogado subvierta su rol -natural y necesariamente parcial<sup>11</sup>- y se transforme en un defensor del sistema por encima de los intereses de su cliente. Lo que decimos es que en el cumplimiento de esa misión, los abogados solemos excedernos y son precisamente esos excesos los que configuran la actitud que criticamos, por cuanto constituyen una desviación de los fines mismos de la abogacía.

<sup>8</sup> Gozáini, Osvaldo A., "La buena fe en el proceso", LL 1986-D-877.

<sup>9</sup> Ello sin mencionar los casos en que los abogados "torpedean con exigencias de honorarios desaforados el deseado acuerdo o solución que, al cabo, se malogra por esa causa" (Morello, Augusto M., "Los abogados y la corrupción", JA 1992-III-735) o cuando recurren al empleo de tácticas para "hacer honorarios" (Cueto Rúa, Julio C. "Los abogados y la congestión de los tribunales", LL 1992-E-1020).

<sup>10</sup> "En la realización del derecho -para lo cual la presencia del abogado es esencial- no puede ni debe verse únicamente el derecho que está en juego en el pleito, ni tampoco el derecho a trabajar del abogado. No. La realización del derecho es algo más trascendente". Luqui, Juan Carlos, op. cit. en nota 1).

<sup>11</sup> Ya enseñaba Calamandrei que "el abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste, porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrada de una parcialidad en sentido inverso, favorecería -creyendo ayudar a la justicia- el triunfo de la injusticia contraria". Calamandrei, Piero, "Elogio de los jueces escrito por un abogado", ed. Ejea, 1969.

El deber profesional que le impone consagrarse enteramente a los intereses de su cliente y poner en la defensa de éste todo su celo, saber y habilidad, ha de compatibilizarse necesariamente con el interés general comunitario comprometido en la rápida y eficaz realización de la justicia, como vía de mantener o restablecer la paz social alterada. Sin declinar su rol de auxiliar de parte, el abogado tiene adquirido un compromiso esencial hacia el servicio mismo de la justicia<sup>12</sup>.

Respecto de lo que dejamos dicho, nuestra responsabilidad es directa e insoslayable. No es aceptable -ni sincero- que nos amparemos en la excusa tradicionalmente esgrimida de que «el sistema» nos exige actuar de ese modo ya que de otra manera dejaríamos de ser eficaces en nuestra función primordial de abogar por nuestros clientes. El sistema, es cierto, nos permite actuar de ese modo, tolerando ostensibles chicanas en nombre del derecho de defensa de juicio<sup>13</sup>; pero en modo alguno nos obliga.

Por cierto que no toda la responsabilidad es de los abogados. Existen otros sectores de la comunidad -principalmente quienes tienen a su cargo directas responsabilidades en el diseño del modelo de justicia- cuya culpa, por acción u omisión, es mucho más grave<sup>14</sup>. En última instancia, los abogados aprovechamos -lo cual es obviamente criticable, pero hasta cierto punto entendible en una sociedad cuya falta de ética es alarmante- las fallencias de un sistema que no creamos.

En este último punto, sin embargo, debemos reconocer nuestra culpa por omisión, ya que en términos generales los abogados no hemos hecho nada -y si lo hicimos, salta a la vista que no fue eficaz- para propiciar un cambio que pudiera evitar la inexorable caída del nivel de credibilidad del sistema tribunalicio<sup>15</sup>. Este sistema está hoy en un estado calamitoso; pero no se llegó a este estado de la noche a la mañana. Cuando la crisis comenzó a manifestarse y no era aún tan aguda, debimos haber previsto que el deterioro iría en aumento hasta llegar a niveles intolerables<sup>16</sup>. Por falta de conciencia o de interés, escasez de imaginación, indiferencia o conveniencia (la mala imagen que la población tiene del Poder Judicial puede ser una buena excusa para ocultar deficiencias profesionales), lo cierto es que poco se hizo cuando todavía la crisis era incipiente y posible de corregir.

Los abogados tenemos internalizada la cultura del litigio judicial como el remedio natural -el primero, cuando no el único, que se nos ocurre- para solucionar una controversia. Nuestra culpa en ello es no habernos preparado -y quienes tenemos responsabilidad docente, no haber preparado a las futuras generaciones de abogados- para cambiar esa cultura. No hemos advertido la necesidad de modificar los hábitos, no lo hemos propuesto como una de las posibles salidas alternativas, ni hemos creado las condiciones para que ese cambio se produzca. Los abogados deberíamos haber liderado este proceso de transformación, antes

<sup>12</sup> Morello, Augusto M. y Berizonce, Roberto O., "El abogado como colaborador efectivo del servicio de la justicia", JA 1982-II-813.

<sup>13</sup> Frente a los abusos que se observan en la práctica profesional, son escasos en los repertorios de jurisprudencia los casos donde se hubiese aplicado el artículo 45 del Código Procesal que instituye sanciones a las conductas temerarias o maliciosas. Sobre el tema puede verse, Eisner, Isidoro, "Sanciones por inconducta procesal y defensa en juicio", LL 1991-A-433; Morello, Augusto M., "La litis temeraria y la conducta maliciosa en el nuevo CPR.", JA 1967-VI-901; Reimundín, Ricardo, "La conducta procesal maliciosa", JA 1983-II-743; Colombo, Carlos J., "Código Procesal anotado y comentado", ed. Abeledo-Perrot, 196, tomo I, ps. 291 y ss.; Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad de los abogados por el ejercicio abusivo del derecho de abogar", JS 1991-III-675.

<sup>14</sup> "Son todos -absolutamente todos- los jueces y los responsables de la política judicial quienes deben hacerse cargo del desafío. Porque de lo contrario, se seguirá profundizando la desconfianza en el Derecho y se difundirá más todavía la creencia común de la inutilidad del aparato de justicia, inservible a la vista de muchos para la protección efectiva de los derechos proclamados por la ley". Berizonce, Roberto O., "Necesidad de una ley nacional de bases sobre garantía del efectivo acceso a la justicia", JA 1989-IV-770.

<sup>15</sup> Sobre lo que podrían -y deberían- haber hecho en ese sentido los Colegios de Abogados, puede verse, Morello, Augusto M. y Berizonce, Roberto O., "Las entidades profesionales y los desafíos del presente", JA 1984-II-665. En otro sentido, hemos señalado la posibilidad -y la conveniencia- de que los Colegios de Abogados organicen tribunales arbitrales (algunos Colegios ya los han puesto en funcionamiento); ver Caivano, Roque J., "El arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia (Posible inserción en los Colegios de Abogados)", LL 1989-C-1125.

<sup>16</sup> En esto nos pasó lo mismo que con la inflación: mientras los índices rondaban el 10% mensual creíamos que era "manejable", y hasta pensamos que un poco de inflación no era tan malo; las explosiones hiperinflacionarias nos pusieron ante los ojos de qué manera los procesos de deterioro comienzan por ser lentos, hasta que en algún momento la degradación se acelera haciéndose incontrolable.

que ser pasivos testigos a la espera de que alguien -siempre otro, no nosotros- lo impulsara. Pero, y quizá esto sea más criticable aún, ni siquiera nos hemos preparado nosotros mismos para actuar en ese campo, si eventualmente llegaran a ponerse en práctica sistemas diferentes.

### III. LA UTILIZACION DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS COMO PARTE DEL CAMBIO QUE SE NECESITA

El problema de la administración de justicia revisa una complejidad mucho mayor que la simplificación que aparentan nuestros precedentes comentarios, ya que nos hemos ocupado solamente de algunos aspectos puntuales, sin pretender que ello sea un exhaustivo estudio de las causas del problema.

Esa complejidad impide concebir una solución unilateral o basada exclusivamente en un aspecto parcial. Para tener mayores probabilidades de éxito en el emprendimiento, nos parece necesario que se aborden simultáneamente dos cursos de acción: a) modernizar y mejorar el aparato jurisdiccional estatal, dotándolo de una infraestructura

-edilicia, tecnológica, normativa y funcional<sup>17</sup>- acorde con su importancia, pero también procurando un cambio de las prácticas procesales<sup>18</sup> y de mentalidad en la «función de juzgar»<sup>19</sup>; y b) paralelamente, generar modelos alternativos que permitan descomprimir la justicia<sup>20</sup>. Obviamente nuestro análisis está circunscripto a esta segunda línea de acción.

La mayor utilización de fórmulas autocompositivas, tales como la negociación cooperatiava<sup>21</sup> o la mediación<sup>22</sup>; o heterocompositivas, como el arbitraje<sup>23</sup>, como medios alternativos de solución de controversias, pueden contribuir a descongestionar los tribunales de justicia aliviando la sobrecarga que hoy padecen. En la medida en que con ello pueda lograrse una sensible disminución de causas tramitadas en sede judicial, la directa y personal atención del juez evitará la gran delegación de funciones<sup>24</sup> haciendo realidad el principio de la inmediatez, ganándose en rapidez y en calidad.

Del mismo modo parece haberlo entendido el gobierno nacional. Al propiciar la redacción de un proyecto de Ley de Arbitraje ha puesto de manifiesto que «tradicionalmente para resolver la so-

<sup>17</sup> Puede verse, en tal sentido, Di Lorio, Alfredo J., "Bases para la reforma de la estructura judicial nacional", LL 1987-C-878; Bielsa, Rafael, "La informática en un modelo alternativo de administración de justicia", LL 1991pE-1344; Cueto Rúa, Julio C., "El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso administrativa y laboral (una institución innecesaria)" LL 1993-B-706; Morello, Augusto M., "Justicia y eficiencia" el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, JA 1988-I-878.

<sup>18</sup> Cueto Rúa, Julio C., "Sobre la reforma de las prácticas procesales en la justicia nacional", LL 1987-D-1038.

<sup>19</sup> Morello, Augusto M., "Un nuevo modelo de justicia", LL 1986-C-800. Ver, también, Fucito, Felipe, "Reforma judicial: un impostergable cambio cultural", LL 1993-D-868; Caivano, Roque J., "El acceso a la justicia La búsqueda constante del mejoramiento del servicio", LL 1989-B-797.

<sup>20</sup> Caivano, Roque J., "Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos", ed. Ad-Hoc, 1993, ps. 31/33.

<sup>21</sup> Ver, Padilla Roberto E., "Negociación y solución de conflictos", La Nación, 14/7/93; y la abundante bibliografía generada por el Proyecto de Negociación de la Harvard Law School; Fisher, Roger y Ury, William, "Getting to yes"; Fisher, Roger y Brown, Scott, "Getting together", Ury, William, "Getting past no"; Raiffa, Howard, "The arts and science of negotiation", Ury, William, Brett, Jeanne y Goldberg, Stephen, "Getting disputes resolved"; "Negotiation, strategies for mutual gain", un compendio de los seminarios básicos del "Program on Negotiation at Harvard Law School" entre muchos otros. Aun dentro del proceso judicial es conveniente estimular la celebración de acuerdos conciliatorios; Gozaini, Osvaldo A., "La conciliación", LL 1992-E-928.

<sup>22</sup> Ver, Wilde, Zulema y Gaibrois, Luis M. "La mediación nuevo instrumento para la paz social", Revista del Notariado, n. 829, abril/junio 1992, ps. 237/241; Gaibrois, Luis M y Alvarez, Gladys S., "Mediación con apoyo informático" LL 1991-D-961; Kolb, Deborah, "The mediators" MIT Press, Cambridge, Ma., 1983; Coulson, Robert, "Business mediation, what you need to know", American Arbitration Association, 1987.

<sup>23</sup> Ver Caivano, Roque J., op. cit. en nota 20 y toda la bibliografía allí citada. También Santana, Jorge L., "Arbitraje y justicia", LL 1992-A-534; O'Farrell, Jorge E., "Arbitraje internacional, solución de futuro", LL 1992-C-803.

<sup>24</sup> Al respecto puede verse Cueto Rúa, Julio C., "Modernización del juzgado de primera instancia: modificación del comportamiento del juez y supresión del secretario letrado", LL 1987-E-1045. En un trabajo previo, el autor desmenuzaba los distintos tipos de relaciones que se generan entre el juez y el secretario: "El juez de primera instancia y el secretario del juzgado", LL 1987-E-615. Sobre el tema, y del mismo autor, más recientemente, "¿Para qué los secretarios?", LL 1993-B-1132.

brecarga que pesa sobre el sistema (estatal) se ha recurrido a la creación de nuevos juzgados y secretarías, al desdoblamiento de la competencia en distintos fueros o a la modificación de los procedimientos judiciales, buscando la celeridad y eficacia de los mismos», no obstante lo cual «no se han podido paliar las deficiencias señaladas, sino que éstas persisten o se agudizan con el transcurso del tiempo, circunstancias que ponen de manifiesto que es necesario abordar el problema» desde otros ángulos posibles y ofrecer soluciones de fondo (considerandos del Decreto N° 958/91-LA 1991-B-1674). En otra norma se señalaba como necesario encarar reformas en la legislación procesal tendientes a lograr la participación más cercana e inmediata de los jueces, a la concentración de los actos procesales, a la supresión de recursos no fundados en garantías constitucionales, a la amplitud de poderes y deberes de los jueces y a la oralidad como medio de comunicación; y además, a la incorporación de otros procedimientos para la solución de conflictos, tales como la mediación, conciliación y arbitraje (considerandos del Decreto N° 820/92-LA 1992-B-1860). Finalmente, dentro de ese contexto, también se ha mencionado que la magnitud del atraso y el grado de congestión de los tribunales judiciales «conveniente acerca de la insuficiencia de cualquier solución de tipo convencional», por lo que resulta conveniente alentar y desarrollar la utilización de medios alternativos (considerandos del Decreto N° 1480/92-LA 1992-B-1992).

Para que ese mayor desarrollo fuese posible -y exitoso- es necesario generar un profundo cambio de mentalidad y de cultura en los operadores jurídicos, en especial en los abogados. Debemos tomar conciencia de que el pleito judicial es el último recurso -no el primero y casi único que hoy se conoce- reservándose la instancia judicial para resolver el conflicto en aquellos casos que revisten trascendencia social, o en los que no fuese posible arribar a una conciliación (sea directa, o asistida a través de la mediación), ni siquiera acuerdos mínimos que hagan viable el arbitraje. Los medios autocompositivos deberían actuar como filtros que retengan todas aquellas situaciones litigiosas en las que pueda lograrse una solución a

partir de la voluntad de las partes. El arbitraje podrá a su vez retener aquellos casos en que, no siendo posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a juicio de árbitros. La justicia ordinaria quedará así como el reducto final, reservado para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialmente consensuadas.

Si ese cambio cultural se ve complementado con modificaciones estructurales al procedimiento judicial, con una concientización del rol de los jueces en el proceso, y con soluciones definitivas a los crónicos problemas de infraestructura y recursos del Poder Judicial, el servicio podría mejorar sensiblemente.

#### IV. LOS ABOGADOS Y LOS METODOS ALTERNATIVOS

Pese a las innegables ventajas que los medios alternativos reportan para todos los interesados, lo cierto es que en la actualidad hoy no son mayormente utilizados<sup>25</sup>. Los abogados -salvo honrosas excepciones- no aconsejamos la utilización de otros mecanismos de resolución de conflictos, y por tanto los llevamos a dirimir a tribunales, siguiendo con la rutina aprendida.

Distinguidos autores han tratado de hallar las explicaciones para este fenómeno, con especial referencia al arbitraje.

Así se ha mencionado<sup>26</sup> que una de las razones está dada por la inercia de los abogados, que al haber ganado familiaridad y dominio de los ritos procesales, no tienen deseo ni interés en modificarlos, ya que ello les significaría reiniciar el aprendizaje. También parece influir el temor a lo desconocido, desde que pocos conocen en profundidad el significado de los medios alternativos. En particular en el arbitraje, este desconocimiento genera la creencia de que una sentencia judicial tiene más valor que un laudo arbitral, al que muchos ven como un título provisorio que requiere validación judicial posterior<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Recientemente hemos señalado que en materia de arbitraje está comenzando a notarse un incipiente crecimiento en la cantidad de negocios jurídicos que incluyen cláusulas sometiendo los eventuales conflictos a juicio de árbitros. Caivano, Roque J. "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", L.L. 25/2/94.

<sup>26</sup> Cueto Rúa, Julio C. "El arbitraje y los abogados", JA 1991-I-945.

<sup>27</sup> Una modesta contribución tendiente a clarificar esa errónea creencia puede verse en Caivano, Roque J. "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad", JA semanario del 23/2, n. 5869, p. 6.

Por otro lado, también se ha insinuado que el rechazo del abogado «se hace fuerte, casi intuitivamente a raíz de que el discurso sobre el arbitraje trasunta una mentalidad de una clase media alta, académica e ideológica, por su énfasis en los valores individuales, soberanía del mercado, el interés gravitante en lo económico, y una suerte de distanciamiento con la realidad social y los verdaderos problemas cotidianos de la gente. En pocas palabras, como elitista y al servicio de cierta pudencia que no es en la que se mueve la generalidad». Además, los abogados temen que el arbitraje no llegue a superar en seguridad jurídica, imparcialidad y confianza a lo que transmite la justicia ordinaria; también temen que con ello los clientes puedan fugarse del consejo y asistencia que ellos les están brindando, y ser captados por los árbitros; y dudan asimismo del genuino costo del arbitraje, al que ven como más oneroso que el litigio judicial<sup>28</sup>.

Conscientes de que muchos de los temores explicitados pueden ser justificados, no propiciamos el descarte de la vía judicial y la adopción sin reparos de alguno de los sistemas alternativos. Es obvio que ninguno de todos estos sistemas es perfecto, ni válido para cualquier caso. Nuestra pretensión es más realista: que ante un conflicto, se analice cuál de todas las vías posibles resulta más conveniente; que si la decisión final es someterlo a los jueces ordinarios, haya sido tomada por la convicción de que es el mejor camino, luego de examinar otras posibles alternativas y no basada en la inercia o la ignorancia.

Por los deberes que los abogados tenemos en tanto auxiliares del servicio de justicia<sup>29</sup>, por el deber

primario de aconsejar a nuestros clientes la mejor forma de satisfacer legítimamente sus intereses (sobre esto volveremos en el párrafo siguiente, al comentar la experiencia norteamericana) y hasta por conveniencia propia<sup>30</sup>, es necesario que los abogados modifiquemos nuestros hábitos pleitistas. Así como los médicos deben analizar y considerar las posibles acciones terapéuticas antes de aconsejar al paciente la intervención quirúrgica, es preciso que los abogados contemplemos la existencia de otros medios de solución del conflicto que se nos presente, y eventualmente aconsejemos al cliente -si lo consideramos más eficaz- la utilización de alguno de ellos en lugar de recurrir directamente a demandar en los tribunales ordinarios<sup>31</sup>.

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN EEUU.

El embrionario estado que tiene en nuestro país el tema planteado en el párrafo precedente se contrapone con el avance registrado en EEUU., donde ya no se discute la conveniencia o inconveniencia de utilizar medios alternativos de resolución de disputas<sup>32</sup>, ni la obligación del abogado de hacer una previa evaluación sobre esa posibilidad en cada caso. Ambas cuestiones se dan por sobrentendidas. Hoy el tema que está en el centro del debate es el alcance de la responsabilidad que asume el abogado que los desecha por considerarlos ineficientes, omitiendo dar participación a su cliente en la decisión final.

La problemática se plantea desde dos ángulos diferentes: la posibilidad de que esa omisión sea

<sup>28</sup> Morello, Augusto M., "Los abogados y el arbitraje", JA 1992-IV-707.

<sup>29</sup> Morello, Augusto y Berzonce, op. cit., en nota 12.

<sup>30</sup> Estamos convencidos de que los sistemas alternativos redundan en un trabajo más creativo y profesionalmente menos frustrante que litigar en tribunales en las condiciones actuales, a la vez que mejor remunerado. Hemos señalado (Caivano, Roque J., "Un ponderable criterio sobre honorarios en el arbitraje", JA 1993-IV-380) que el abogado realiza hoy una gran cantidad de tareas rutinarias que apuntan al cumplimiento de recaudos formales insustanciales. El ejercicio tradicional de la abogacía se ha convertido en una gestoría jurídica, ya que la mayor parte de su labor consiste en confeccionar y transportar hacia el tribunal escritos solicitando "se provea", "reitera petición", "acompaña copia", "se notifique nuevamente", "da cuenta del diligenciamiento", "se eleven", y otros tantos de similar entidad. Las formas alternativas proveen ciertamente un trabajo más edificante.

<sup>31</sup> Sobre la conveniencia de este cambio, en especial en el ámbito del Derecho de Familia, puede verse Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana M., "Del abogado de pleito al abogado mediador", LL 1992-A-740.

<sup>32</sup> En realidad, frente a la considerable expansión que han tenido los medios alternativos voluntarios y la gran oferta de sistemas privados, lo que se está debatiendo es la conveniencia de mantener sistemas alternativos semipúblicos, conexos a los tribunales estatales. En ese sentido puede verse, Bernstein, Lisa, "Understanding the limits of court-connected ADR: a critique of Federal court-annexed arbitration programs", University of Pennsylvania Law Review, vol. 141, junio 1993, ps. 2169/2259. La sigla "ADR", significativa de "Alternative Dispute Resolution", ha ganado ya identidad propia, siendo innecesario en ese país aclarar su significado.

considerada como una falta de ética pasible de acarrearle sanciones disciplinarias, o que sea una causa que le genere responsabilidad por mala praxis.

En el primer caso, la base estaría dada por las reglas de conducta profesional. El Código Modelo de la American Bar Association (adoptado en aproximadamente 40 estados) pone a cargo del abogado la obligación de explicar a su cliente el problema, hasta donde sea razonablemente necesario para que éste pueda tomar una decisión. Si bien esta regla no está específicamente referida a los medios alternativos, ha sido interpretada como susceptible de ser considerada causal para someter al abogado a procedimientos disciplinarios<sup>33</sup>. En el Estado de Colorado se adoptó una regla más explícita: en asuntos litigiosos o que pudieran generar un litigio, el abogado debe advertir al cliente sobre la existencia de formas alternativas de solucionarlo<sup>34</sup>. Esta última regla, no obstante, ha sido interpretada en un sentido que mitiga sus efectos, al considerarse que el lenguaje utilizado (*should* en lugar de *shall*) trasunta más una recomendación que una obligación.

Estas reglas lucen, a nuestros ojos, como un avance sorprendente, y hasta el más entusiasta defensor de los medios alternativos dudaría de proponerlas para nuestro país. En contraste con esta apreciación, los autores norteamericanos se muestran disconformes; le asignan una gran debilidad, por cuanto parecen dar al cliente «sólo» el derecho a ser informado sobre los sistemas alternativos, pero no el derecho a decidir si adoptar o no alguno de ellos, por aplicación de las normas que rigen la relación entre el cliente y el abogado. Sobre el alcance de esta última cuestión existen, no obstante, interpretaciones disímiles.

En opinión de Cochran Jr.<sup>35</sup>, si bien existe el riesgo de violar normas disciplinarias, mayor es el riesgo de encuadrar en causal de mala praxis en el ejercicio de la profesión.

Respecto del riesgo de incurrir en mala praxis, se

creo que los tribunales podrán fallar atribuyendo responsabilidad al abogado, sobre la base de una comparación con la jurisprudencia relativa a la responsabilidad médica. Se razona que el litigio judicial es a la responsabilidad del abogado lo mismo que la cirugía a la del médico, y en tal sentido se recuerda que los jueces, desde hace 30 años, han responsabilizado a los médicos que omiten informar al paciente acerca de las terapias alternativas que podrían evitar una cirugía<sup>36</sup>.

Se preconiza que el cliente debe conservar el control de la decisión de adoptar o no sistemas alternativos, ya que si éstos dieran resultado positivo, el caso se resolvería más rápidamente, con menos costo y mayor privacidad. Como los sistemas alternativos no son siempre y necesariamente más beneficiosos que el litigio judicial, sino que ello depende de cada caso, es el cliente quien debe tomar la decisión por ser quien en definitiva soportará los riesgos. La falta de adecuada información por parte del abogado, limitará las posibilidades de que la elección sea acertada.

Otra de las razones por la cual el abogado debe dar al cliente toda la información, dejando en sus manos la decisión, es porque aquél puede estar sujeto a conflictos de intereses que le impidan ser objetivo. El abogado puede tener interés en litigar antes que someter el caso a alguna forma alternativa de solucionarlo- sea porque no está familiarizado con esas técnicas, porque ello implicaría tener que derivar el caso a otro abogado, porque litigando obtendría más honorarios, porque se siente más cómodo litigando, etc.- y en consecuencia, su decisión podría estar condicionada por un sinnúmero de factores. El cliente debe tomar la decisión, porque es la única forma de asegurarse que la decisión es la que mejor conviene a sus intereses.

## VI. SINTESIS Y EXHORTACION FINAL

La abogacía de hoy se encuentra en un estado de crisis: la profesión carece de prestigio y reconocimiento social, la población tiene mala opinión de

<sup>33</sup> Cochran Jr., Robert F. "Must lawyers tell clients about ADR?", en *Arbitration Journal*, publicado de la American Arbitration Association, junio, 1993.

<sup>34</sup> Dauer and Mc Niell, "New Rules on ADR: professional ethics, shotguns and fish", *Colorado Lawyer* 1877, setiembre, 1992.

<sup>35</sup> Op. cit., en nota 33.

<sup>36</sup> Se cita como ejemplo el caso "Custodio vs. Bluer", 251 Cal. App. 2d 303, 59 California Repr. 463 (1967). En nuestro país puede encontrarse algún antecedente similar: C. Nac. Civ., sala I, 25/10/90, autos "Favilla, Humberto V. Piñeyro, Ricardo", el que se publica con comentario de Susana Albanese ("Relación médico paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica"), LL 1991-D-114.



los abogados, los ingresos económicos que su ejercicio provee no son -en la mayoría de los casos- un estímulo, ha perdido el encanto del que nos hablaban nuestros mayores, ha sido degradada a una tarea que en su mayor parte es rutinaria, trabajar de abogado ya no es placentero, y la cotidiana actividad tribunalicia comienza a verse como una pesada carga de cada mañana. Muchos de nosotros dudaríamos de aconsejar a nuestros hijos que sigan esta carrera.

Frente a tan desolador panorama debemos oponer una tenaz -pero inteligente- resistencia, no dejándonos sumir en el desconcierto generalizado. La situación ante la cual nos enfrentamos no admite titubeos. Debemos cambiar nuestra manera de encarar la defensa de los intereses que se nos confían, porque sólo así lograremos recuperar algo de la credibilidad pública de la profesión y de la utilidad social que creímos ver en ella<sup>37</sup>. Los ideales con los que soñamos al abrazar esta profesión no se verán cumplidos a menos que comencemos a pensar distinto y nos preparemos para afrontar los desafíos del cambio.

Es necesario que nos preparemos para operar bajo premisas diferentes; que profundicemos el estudio del tema y, en la medida en que nos conven-

zamos de su utilidad, que aconsejemos a nuestros clientes las formas posibles de solucionar un conflicto evitando recurrir a los tribunales estatales. Es necesario que «el abogado lleve a cabo de manera preferente e intensa una responsable labor de persuasión respecto de la inconveniencia de promover acciones judiciales; que es mucho más conveniente para la paz social bajar los decibeles del litigio; que a esos fines ha de encararse una nueva mentalidad de devaluación del litigio adversarial y privilegiar técnicas de solución de conflictos diferentes a la sentencia judicial»<sup>38</sup>. Con ello estaremos brindando un mejor servicio a nuestros clientes y al propio sistema estatal de administración de justicia, al que le sacaremos gran parte de la sobrecarga que lo asfixia. Pero también haremos la mejor contribución a nuestra profesión, al quitarnos el mote -despectivo, pero lamentablemente acertado- de «pleiteros».

Cobran fuerza, a modo de conclusión, las palabras de Calamandrei<sup>39</sup> cuando enseñaba que «es ésta la hora en que toda clase que no quiera ser barrida por el porvenir inminente, debe realizar sin hipocresías su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que ésta».

<sup>37</sup> "Es de desear que acertemos en un esfuerzo que devuelva el sosiego y la alegría de sentirnos abogados". Morello, Augusto M., "Los abogados y las dificultades laborales", JA 1992-IV-786. Ver también, del mismo autor, "La Corte Suprema y la abogacía. Crisis y reconstrucción", LL 1993-E-1014.

<sup>38</sup> Morello, Augusto M., "El abuso del proceso y los recursos en materia civil". JA 1992-III-697.

<sup>39</sup> Calamandrei, Piero, "Demasiados abogados" ed. Ejea, 1960.