

GUILLEMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

**EL DERECHO ARGENTINO
FRENTE A LA PANDEMIA Y
POST-PANDEMIA COVID-19**

TOMO III

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

INDICE GENERAL

TOMO III

DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES Y AMBIENTAL

El Derecho Ambiental frente a la pandemia y post pandemia COVID-19 algunas perspectivas

Aldo Novak21

Sustentabilidad y extractivismo: análisis crítico en contexto de pandemia

Darío Ávila, María Laura Foradori y Soledad Graupera25

II. Género y ambiente: su inclusión en la agenda pública a partir del COVID-19

Coordinadora: Graciela Tronca

María Cecilia Tello Roldán, María Eugenia Villalba y

Candela González45

DERECHO DE LA NAVEGACIÓN, TRANSPORTE Y COMUNICACIONES

Derecho Aduanero. Derecho del turismo

Giselle Javurek

*Profesores: M. Soledad Pesqueira Nozikovsky, Ernesto Frontera
Villamil, Juan Marcelo Cinalli y Hugo Rivarola*

*Adscriptos: Nelly Baigorria, Diego Cevallos, Victoria Ferronato,
Maricel Freijo, M. Victoria Giubergia, Paula González Boarini,*

<i>Guadalupe Hidalgo, Ignacio Latini Marramá, Iván Luna, Noelia I Mana, Dante Ariel Nuñez, Lucía Olivier y Erika Saimandi</i>	69
---	----

DERECHO PROCESAL

La justicia y el proceso judicial frente a la pandemia y post pandemia COVID-19

<i>Rosa A. Avila Paz de Robledo</i> Profesores: <i>Mario R. Lescano, Mariano G. Lescano, Mariela Roldán, Carolina Vallania, Roxana Garay, y Santiago Molina Sandoval</i>	125
---	-----

La Justicia y las personas en condiciones de vulnerabilidad frente a la Pandemia y Post Pandemia COVID-19

<i>Rosa A. Avila Paz de Robledo</i> <i>Federico M. Arce, Víctor Luna Cáceres, Horacio L. Cabanillas, Miriam Mabel Marchetti, Daniela Moyano Escalera, Eric A. Opl</i>	189
--	-----

Acceso a la justicia en el COVID-19. Caso fortuito y la reforma procesal

<i>Cristina González de la Vega</i>	259
---	-----

Nuevas tecnologías en la justicia civil de Córdoba en tiempos de pandemia COVID-19

<i>Leonardo González Zamar</i>	269
--------------------------------------	-----

El proceso judicial en la época de la pandemia COVID-19. El Ministerio Público Fiscal en la oralidad

<i>Silvia Elena Rodríguez y Ariel Ksen</i>	279
--	-----

Garantías judiciales en el COVID-19 desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del sistema jurídico argentino

<i>Diego Robledo</i>	287
----------------------------	-----

La protección de datos personales en la nueva normalidad: salud pública y vigilancia digital

María Cecilia Tello Roldan.....297

La emergencia sanitaria COVID-19 y la tecnología en los procesos de familia en la provincia de Córdoba

Mariela Denise Antun y Sonia Elizabeth Cabral.....309

Justicia y pandemia: medidas implementadas en la justicia federal y provincial en el marco del COVID-19

*Adriana De Cicco, Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui,
Natalia Luna Jabase y Mauricio Zambiazzo*317

La pandemia c 19 y el proceso judicial en Córdoba. Algunas reflexiones y las audiencias en el proceso penal.

Emilio Albarenga y Rodolfo Gaspar Lingua Rostagno.....331

TEORÍAS DEL CONFLICTO Y DE LA DECISIÓN.
MÉTODOS DERESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Pensando con Morin en tiempos de incertidumbre. La noción de sujeto y la organización de los conocimientos.

Elena Garcia Cima de Esteve y Noemi G. Tamashiro de Higa.....367

El derecho argentino frente a la pandemia: los aportes desde la teoría del conflicto y los rad.

Daniel Gay Barbosa393

Estragos vs. orden jurídico: consenso superador para la protección de los derechos.

María Cristina Di Pietro.....397

El aislamiento y la resolución de conflictos. Raúl Álvarez

Sergio Cattaneo.....411

El rol de mediador. Del amor en los tiempos del coronavirus	
<i>Carla Saad y Leonardo Colazo</i>	425

DERECHO POLITICO

Pandemia. Decretos de necesidad y urgencia y constitución	
<i>Jorge Edmundo Barbará</i>	437
La reformulación estatal en un escenario de globalización y pandemia	
<i>Carlos Juárez Centeno</i>	453

ECONOMIA

Resolución de la CIDH 1/2020 “pandemia y derechos humanos en las Américas”. Una aproximación integral al documento emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA	
<i>Daniel Gattás</i>	487

EDUCACION Y PANDEMIA

Educación y pandemia. Introducción	
<i>Graciela Ríos</i>	509
La política y el derecho educacional argentinos en tiempos de pandemia	
<i>Claudia Giacobbe y María Florencia Blanco Pighi</i>	513
“Educar” en pandemia el acceso a la educación digital vs la desigualdad en tiempos de pandemia	
<i>Noelia Nieva, Rosa Carnero, Florencia Pereyra y Lucas Cajeano</i>	531

Digitalización e igualdad educativa. ¿un equilibrio inestable? Un análisis de los espacios virtuales, las TIC y su necesidad en la educación básica a partir de la experiencia de emergencia sanitaria y confinamiento social

Matías Parmigiani y Paula Gastaldi 557

ETICA Y DERECHO

La pandemia como remedio de la política

Hugo Omar Seleme 583

SOCIOLOGIA JURIDICA

Pandemia COVID-19. Biopolítica y estado de excepción

Martha Díaz de Landa 599

ESTRAGOS VS. ORDEN JURÍDICO: CONSENSO SUPERADOR PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

MARÍA CRISTINA DI PIETRO¹

Sumario: I. Introducción. Protección de los derechos: Efectivización autónoma de los derechos disponibles en tiempos de autocomposición. II. Las Nuevas Formas Jurídicas. III. La mediación jurídica-judicial como operativa de derechos y de pruebas ágiles. III. 1. Mediación Jurídica. III. 2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos. IV. Virtualidad y nueva praxis del Abogado. IV. 1. Abogados en el sistema de autocomposición. IV. 2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado. V. El consenso superador: La protección de los Derechos.

I. Introducción. Protección de los derechos: Efectivización autónoma de los derechos disponibles en tiempos de autocomposición

Entre la incertidumbre y la complejidad que nos plantea un virus como el COVID-19, que ha mostrado la envergadura y velocidad de la mundialidad; que puede elegirnos sin que hayamos decidido participar en el juego de repartos de supervivencia social, 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 posicionada ante el rigor y exigencia de la seguridad jurídica; principio

¹ Profesora Adjunta Teorías del Conflicto, de la Decisión. Métodos RAC. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS- Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: mediario@hotmail.com

inamovible hasta ayer, base del entrecruce de defensas de derecho, que va cediendo ahora su prioritario lugar en el ranking.

Sin embargo, parece no ser ésta una novedad histórica. Narró la Dra. Marcela Aspell en su disertación “Los cuerpos heridos. Las epidemias en la historia”, en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba² que “... todos estos procesos de multiplicación de epidemias a lo largo de los siglos se encuentran atravesados por un patrón común: el eclipse del estado en la directa relación con el combate de la peste... Surgieron organizaciones civiles, nuevos actores que lucharon desesperadamente por salvar las deficiencias institucionales y combatir la peste...”

Es necesario entonces en el S. XXI ante cíclicos estragos, pero dentro de una modernidad embriagada de tecnología, redimensionar y redefinir qué alcance tiene la tutela extrajudicial de los derechos. Qué alcance le otorgan las partes y los abogados que pretendemos tutelarlos. 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 otra histórica 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 tan prolongado tiempo de suspensión de protección y tutela de derechos, de aplicación difusa, con imposibilidad de ejercerlos, el sistema de justicia manifiesta necesidad de adecuarse más allá de las soluciones de emergencia.

Para que haya una nueva visión del Derecho necesitamos una nueva visión del abogado. Un nuevo enfoque en su perfil. Para posibilitar que sea artífice de la efectivización autónoma de los derechos en tiempos de auto-composición, es decir de creación de la norma particular, desde los propios involucrados dentro de los derechos disponibles y con los alcances de la ley –art. 959 y conc. Código Civil y Comercial-, y para que no vuelvan a permanecer suspendidos, teóricos e indefensos en situaciones de shock jurídico judicial.

² ASPELL, Marcela. *Los cuerpos heridos. Las Epidemias en la historia*. Disertación virtual en Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Plataforma Meet. 9 de junio de 2020

El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas creen que es³. Esta aseveración puede parecer tan provocativa como el paradigma que vivimos. Es que, más ahora que nunca el Derecho será el artífice de soluciones integrales. Entendido desde la complejidad y la incertidumbre como elemento desestabilizante pero también comprensivo de la participación de los propios involucrados sujetos de derecho. De duda e inseguridad y sin disyunción entre los contrapuestos para observar, aunque sea observar cómo se compone el todo -no simplemente una parte, una porción de una realidad- desde esos opuestos, es decir desde quienes manifiestan tener razón. Si todos argumentan tenerla, es lógico pensar que entonces, están de acuerdo⁴; teniéndose que buscar así, la forma particular de efectivizarlo; y para ello nada mejor que las formas jurídicas integrales patrocinadas por los abogados.

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 autocompositiva 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 se refleja 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 natural⁵. Ya que replicando el mundo jurídico en su multidimensión⁶ resulta “más importante que el derecho

³ VILAJOSANA, Josep M. *El Derecho en acción. –La dimensión social de las normas jurídicas-* Colección Filosofía y Derecho. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2010. Pág. 204.

⁴ SCHELLING, Thomas C. *La estrategia del conflicto*. Traducción de Adolfo Martin, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

⁵ Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali? svoltosi il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza Italia - Mediterranei Mediatori – ONLUS – Cuemyc, España.

⁶ MARTÍNEZ PAZ, Fernando. *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus. 2º Ed. Córdoba, 1998.

vigente, el derecho viviente. Es decir, la mentalidad de los operadores jurídicos que tienen que aplicar el derecho vigente”⁷.

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, de género, 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 -en general-se encontró por largo tiempo en stand by; aunque 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 muchas zonas y en variados casos sin fundamento. Remedios nuevos para conflictos nuevos y también viejos. Ya que no se percibió protección judicial en muchas jurisdicciones y en otras el servicio no proveyó eficacia suficiente.

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 con claridad 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 existe⁸.

⁷ GEMME JIMENO. Del Juez Juan Mejías, en E3 –Economía 3. Archivado en Juan Mejías, Gemme España, Junta de Jueces de Primera Instancia de la ciudad de Valencia. artículo <https://economia3.com/2020/06/07/267996-los-jueces-de-primera-instancia-utilizaran-la-mediacion-como-forma-de-justicia-sostenible/>Última consulta 8 de junio de 2020.

Esta perspectiva es abordada en Argentina desde los años '90 por los Profesores ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos*. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002; MARTINEZ PAZ, Fernando - Ob cit. nota 4 supra- MORELLO, Mario Augusto. Un nuevo modelo de justicia, *LL. T. 1986 –C- Secc. Doctrina*. MORELLO A. y ROSALES CUELLO, Ramiro. El movimiento de acceso a la Justicia. Etapas y futuros. *El Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia*. Bs. As. 2004.

⁸ Como bien lo anticipara Ilya Prigogine, detrás de todo desorden existe un orden al acecho

II. Las Nuevas Formas Jurídicas

O su renovado 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 hombres⁹.

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 judicial¹⁰.

En ese entorno, no se trata “de presentar a los medios autocompositivos como una competencia del proceso (judicial), 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”,... 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...”¹¹ De modo tal entonces, 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

⁹ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflicto*. Ed. Gedisa, 1º Ed., 2002.

¹⁰ Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, Códigos Procesales y legislación sobre Mediación. Sobre el tema DI PIETRO, María Cristina. Mediación y la Eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. La Mediación en Argentina. En *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*. Grupo de Investigación Identidades Sociales y Comunicación. N° 18.2019. ISSN-e: 1989-0494. Universidad Complutense de Madrid (España) Web: <http://revistas.ucm.es/index.php/MESO>

¹¹ 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. (Frasas entre paréntesis me corresponden)

creerse que en los modos y métodos¹² 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; convención surgida así de procesos ágiles. Caso contrario, continúan hacia otra vía de superación, generalmente heterocompositiva. La elección estratégica es del abogado.

En el corazón del mapa de conflicto (diseño que estudiamos en Teoría del Conflicto de la Facultad de Derecho, UNC) a efectos de elegir el método de superación, se encuentra el análisis de actores –sujetos de derechos-, sus objetivos y para alcanzarlos, la medición de poder; su cálculo: cantidad de recursos que cada actor tiene o *crea* tener, para lograr su meta; para llegar concatenados a sus objetivos iniciales, medios y finales. Estos recursos son en el caso de defenderse derechos e intereses, por ejemplo, las pruebas y su alcance para obtener la cosa o derecho reclamados. Abriendo caminos a procesos ágiles y satisfactorios de superación de controversias articulados estratégicamente, por los que no necesariamente deben recurrir a tribunales para obtener la realización de los derechos de sus clientes¹³.

III. La mediación jurídica-judicial como operativa de derechos y de pruebas ágiles.

III.1. Mediación Jurídica

Uno de los métodos que en nuestra provincia de Córdoba se anticipó en tiempos de COVID-19 a la defensa extrajudicial de los derechos, es la mediación jurídica¹⁴. 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 subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su

¹² Acerca de la diferencia entre modos y métodos, véase ENTELMAN, Remo. Ob. Cit. Notas 5 y 7. Pág. 201/206.

¹³ Infra pto. 4.1. Abogados en el sistema de autocomposición. Véase también MORELLO, Augusto Mario. *Formación de los Operadores Jurídicos*. Ed. Librería Editora Platense. La Plata. 2005.

¹⁴ Resolución 02/2020-Dimed. Ministerio de Justicia de la Prov. de Córdoba. Acordada AR1625 “A”, 10/5/2020, Tribunal Superior de Justicia de la Prov. de Córdoba.

caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti¹⁵.

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial¹⁶, 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 (centros privados de mediación), a veces fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él. La mediación jurídica judicial es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación¹⁷.

El mediador judicial o con orientación jurídica, -previsto en las leyes de mediación conectadas a los tribunales- es un tercero neutral con intereses precisos, lo que llamamos multiparcialidad¹⁸. No es ajeno al juego litigioso ni al probatorio. Conduce el proceso de mediación con parámetros de Derecho y entre la sinuosidad de la 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.

¹⁵ CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

¹⁶ Leyes 8858 y 10543 Prov. de Córdoba. Ley Nacional 26589

¹⁷ DI PIETRO, María Cristina. Impacto del Covid-19 en el Derecho. Sistema de auto-composición y prueba. Disertación/Ponencia: En *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svoltosi il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza. Todas las grabaciones en video de las contribuciones están disponibles en las siguientes direcciones web de la Universidad de Cagliari https://www.unica.it/unica/page/it/le_tutele_stragiudiziali_dei_diritti_durante_la_pandemia_covid_soluzioni_emergenziali_o_riforme_strutturali?con2Itrutturali?coni (<https://www.mediatorimediterranei.com/video-convegno-internazionale-a-distanza-del-24-04-2020/>)

¹⁸ COOB, Sara. “Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad”, *The Social Construction of Neutrality - The Fundo of Research in Dispute Resolution. Seminario avanzado en mediación*, Santa Bárbara, EE.UU. (1995). Buenos Aires, 1996.

El mediador detenta poder jurisdiccional en inversa proporción a su dominio en técnicas conciliadoras 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 vs. ningún poder jurisdiccional.

III. 2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos

Para abundar sobre el impacto del COVID-19 en el Derecho argentino, diremos que aceleró la probabilidad de realizar procesos autocompositivos a través de medios online, y a través plataformas que proveen a la presencia virtual. Porque ese es uno de los costados que el paradigma emergente estaba marcando y no podíamos ver: el arrollador impulso de la virtualidad mundializada a la par de la brecha en el acceso tecnológico y el efecto que ello produce en la protección de los derechos.

Nuevas formas vendrán para reemplazar a las anteriores al C-19. Lo seguro: estas últimas ya empiezan a colorearse como material en desuso...

Para que aquellos renovados procesos compositivos transiten un camino con un mínimo de seguridad jurídica en Argentina, se ensayan en general, a velocidades inusitadas y como escoltas del principio de buena fe, pautas y protocolos que permitan la efectiva identificación de los participantes y letrados; perfilando reglas de actuación y praxis; determinando requisitos de inscripción de acuerdos ejecutables; firmas digitales; además de normas de actuación e intervención para mediadores.

IV. Virtualidad y nueva praxis del Abogado

IV. 1. 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 –según vimos– más que un problema de leyes la cuestión de cómo enfocar la solución, es un problema de hombres y su elección de formas jurídicas. En tiempos pandémicos -de cualquier índole- y en lo que queda después, el trabajo y rol del abogado presentan cambios ostensibles, por ejemplo, en la escala de los principios jurídicos en punto a su verdadera realización en la que

vemos ceder al de seguridad jurídica ante el de colaboración en tándem con la confiabilidad y confidencialidad, que caracteriza al abogado que persiga hoy la satisfacción de los derechos e intereses de su cliente que incluye, por paradójico que suene, a los del adversario... Así esta época pos...

Porque el 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. Son tiempos de intensificar al abogado como artífice del Derecho y co-constructor social.

Lejos de proteger al débil, la prolongación del debate judicial y la lucha jurídica como hábito profesional ahondarán beneficios para el deudor consuetudinario y falaz –de cualquier orden y nivel-, perdiendo el abogado su rol de referente social, al recalitrarse desigualdades que volverán como boomerang contra la sociedad.

Claramente existe una marcada diferencia entre la misión del abogado litigante, la del abogado negociador y la del abogado mediador. Y los tres coadyuvan al proceso ágil contemporáneo.

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 tomando al derecho y a las consecuencias del juicio (o a la imposibilidad de litigar) como parámetros. El negociador más duro como experto litigante en el campo de la negociación y en la mediación, ocupa un escenario de genuina negociación, es decir, de intercambio productivo. Viendo en el conflicto una oportunidad de negociación. Para el abogado es ésta una renovada forma de estrategia jurídica, en la que ha descubierto o redimensionado las trampas que aguardan en los pasillos de los tribunales, por ejemplo: 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, de vía única ganar-

perder o perder –perder que es la ecuación en la que se convirtió el litigio¹⁹. “...es muyconveniente en materia jurídica cobrar conciencia de la controversia, adoptar una actitud respecto de ella y, sobre todo, apreciar lealmente las razones (¿los motivos? ¿las causas?) que nos conduzcan a adoptarla”²⁰

IV. 2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado

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. En este contexto, la prueba como recurso de poder que sostiene la tarea del abogado, hace a la confianza, no a la verdad. Al abandonar el costado meramente litigioso de la disputa (verdad-razón) 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 de 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.²¹

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.

¹⁹ DI PIETRO, María Cristina. La Estrategia Probatoria: La prueba en la mediación -proceso autocompositivo- y en juicio –proceso heterocompositivo-. *Anuario XVIII. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. CIJS*. Ed. CIJS - Advocatus. ISSN 1667-6122. 2019. Pág.263.

²⁰ GUIBOURG, Ricardo A. El control social. *LA LEY 04/06/2012, 04/06/2012*, 1

²¹ DI PIETRO, María Cristina. La cuantificación del daño en procesos autocompositivos. *La Ley Online*; Cita Online: AR/DOC/1172/2020. Ed. Thomson & Reuters.

La relevancia del aporte de la prueba en contextos de autocomposición, radica entonces en actuar para que los agentes decisores encaminados por sus abogados, lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. La decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre.

El rol del abogado, su experticia en negociación y estrategia probatoria autocompositiva definen la suerte de la causa. En consecuencia el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, artífice de las formas jurídicas quien diagrama la estrategia como negociador en este ámbito y como litigante después, trazando sin embargo caminos de ida y vuelta. Sin perder de vista que es extremadamente más difícil cooperar – autocomponer a medida- que competir²².

Porque en lo que vendrá, creemos advertir además, una propensión hacia las etapas pre: preparación con el cliente –no del cliente- pre-negociación, pre-mediación. Y estas etapas serán mediadas por recursos tecnológicos para la presencialidad virtual, para las diversas comunicaciones entre partes, abogados y terceros, etc. Es ésta y se incrementará, la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. La praxis en la participación virtual, el hábito en el manejo de la conjunción de las razones de cada parte, ya que habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia²³, conformando ello la base de la negociación operativa bilateral, sin abandonar –aunque morigerando- las preferencias subjetivas, que se trabajan con el cliente en la etapa de pre-negociación.

En suma, todo ello hará a la nueva perspectiva de la responsabilidad profesional del abogado y a su principal función: la defensa extrajudicial de los Derecho, el Derecho viviente -más que vigente- como justicia sostenible.

²² Véase en Teoría de Juegos, juegos colaborativos de suma variable; entre otras en NASH, John. *Equilibrium points in N-Person Games*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, USA, 1950.

²³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos). Sup. Act 10/06/2004, 10/06/2004, 1 - LA LEY 2004-D, 1181 - LA LEY, boletín del 22.02.2008. CHAUMET, Mario Eugenio. Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, en *Cartapacio*: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>, 9-1-2003. Universidad Nacional de Rosario. 2003

V. El consenso superador: La protección de los Derechos

Dos aspectos sustanciales sobresalen en esta pandemia:

Toda esta vida en virtualidad es posible y hasta es posible hacerla un hábito, un mecanismo de remplazo... Y ése es el extremo preocupante²⁴. 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...

El otro, surge casi como un grito de auxilio: No es sólo un problema médico! la vida es tema social y por ende jurídico. Estando indiscutiblemente en manos del abogado los remedios de protección de los Derechos, en tanto su proyección social; por su necesario renovado protagonismo; por la responsabilidad que le cabe en el proyecto social del que es referente prioritario; porque es la voz ante la impotencia del desprotegido, de la desigualdad ante la ley; porque articula los Derechos de la comunidad en hora de consensos normativos autoconstruidos.

Es hora de co-construir responsabilidad social desde la individual. El abogado es –no será– su artífice de mayor rango en la construcción de ese enfoque de responsabilidad en el orden jurídico que aparece para la renovada y efectiva protección de los Derechos.

Que sin embargo, la transformación en la reforma estructural que se presenta inminente, como dominio de una litis diferente, nos permita además, volver enriquecidos desde nuestro secular bagaje jurídico hacia una humanidad más sabia.

BIBLIOGRAFÍA

-AGAMBEN, Giorgio y otros. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Ed. ASPO. 2020

²⁴ Véase HAN, Byung-Chul. *En el Enjambre*. Ed. Herder. 1ª. Edición. 2014. AGAMBEN, Giorgio y otros. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Ed. ASPO. 2020

- ASPELL, Marcela. Los cuerpos heridos. Las Epidemias en la historia. Disertación virtual en Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Plataforma Meet. 9 de junio de 2020
- CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos). Sup. Act 10/06/2004, 10/06/2004, 1 - LA LEY 2004-D, 1181 - LA LEY, boletín del 22.02.2008.
- COOB, Sara. “Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad”, *The Social Construction of Neutrality - The Fundo of Research in Dispute Resolution. Seminario avanzado en mediación*, Santa Bárbara, EE.UU. (1995). Buenos Aires, 1996.
- CHAUMET, Mario Eugenio. Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, en *Cartapacio*: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>, 9-1-2003. Universidad Nacional de Rosario. 2003
- DI PIETRO, María Cristina. La Estrategia Probatoria: La prueba en la mediación -proceso autocompositivo- y en juicio –proceso heterocompositivo-. *Anuario XVIII. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. CIJS*. Ed. CIJS - Advocatus. ISSN 1667-6122. 2019. Pág.263.
- DI PIETRO, María Cristina. La cuantificación del daño en procesos autocompositivos. *La Ley Online*; Cita Online: AR/DOC/1172/2020. Ed. Thomson & Reuters. 2020
- DI PIETRO, María Cristina. Mediación y la eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. La Mediación en Argentina. En *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*. Grupo de Investigación Identidades Sociales y Comunicación. N° 18.2019. ISSN-e: 1989-0494. Universidad Complutense de Madrid (España) Web: <http://revistas.ucm.es/index.php/MESO>
- DI PIETRO, María Cristina. Impacto del COVID-19 en el Derecho. Sistema de autocomposición y prueba. Disertación/Ponencia. En *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia COVID-19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svoltosi il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza. Todas las grabaciones en video de las

contribuciones están disponibles en las siguientes direcciones web de la Universidad de Cagliari https://www.unica.it/unica/page/it/le_tu_tele_stragiudiziali_dei_diritti_durante_la_pandemia_covid_soluzioni_emergistici_o_riforme_strutturali?con2Itrutturali?coni (<https://www.mediatorimediterranei.com/video-convegno-internazionale-a-distanza-del-24-04-2020/>)

- ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos*. Ed. Gedisa, 1º Ed., 2002.
 - GEMME JIMENO. Del Juez Juan Mejías, en E3 –Economía 3. Archivado en Juan Mejías, Gemme España, Junta de Jueces de Primera Instancia de la ciudad de Valencia. artículo <https://economia3.com/2020/06/07/267996-los-jueces-de-primera-instancia-utilizaran-la-mediacion-como-forma-de-justicia-sostenible/> Última consulta 8 de junio de 2020.
 - GUIBOURG, Ricardo A. El control social. *LA LEY 04/06/2012*, 04/06/2012, 1
 - HAN, Byung- Chul. *En el Enjambre*. Ed. Herder. 1ª. Edición. 2014
 - MARTÍNEZ PAZ, Fernando. *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus. 2º Ed. Córdoba, 1998.
 - MORELLO, Augusto Mario. *Formación de los Operadores Jurídicos*. Ed. Librería Editora Platense. La Plata. 2005.
- MORELLO, Augusto Mario. Un nuevo modelo de justicia, *LL. T. 1986 –C- Secc. Doctrina*.
- MORELLO A. y ROSALES CUELLO, Ramiro. El movimiento de acceso a la Justicia. Etapas y futuros. *El Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia*. Bs. As. 2004.
- NASH, John. *Equilibrium points in N-Person Games*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, USA, 1950.
 - VILAJOSANA, Josep M. *El Derecho en acción. –La dimensión social de las normas jurídicas-* Colección Filosofía y Derecho. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2010. Pág. 204.
 - SCHELLING, Thomas C. *La estrategia del conflicto*. Traducción de Adolfo Martín, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.