

CAIVANO, Róque Jerónimo, PADILLA, Roberto E. y GOBBI, Marcelo: "Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos. Negociación, Conciliación, Arbitraje". 1ra. Ed., APENAC, Perú, 1998, pp. 23 – 38, 46 – 63.

## LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, LA CRISIS DE LA JUSTICIA Y EL ROL DE LOS ABOGADOS

---

### I.- INTRODUCCIÓN

Los abogados nos encontramos hoy frente a una nueva realidad en el modo de ejercer la profesión. Estamos empezando a ver cómo los distintos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, irrumpen en el escenario profesional. Además del fuerte impulso que se está dando desde distintos ámbitos a la conciliación y al arbitraje, algunos países han sancionado leyes que imponen la mediación o la conciliación obligatoria como instancia previa al litigio judicial<sup>1</sup>.

Resulta evidente sin embargo, que ello se está dando por necesidad y no por convencimiento<sup>2</sup>, más como consecuencia de la imperiosa necesidad de hallar un remedio urgente a la aguda crisis del Poder Judicial, que debido a la convicción de que son mecanismos verdaderamente útiles para brindar a la sociedad una solución de fondo al problema del acceso a la justicia<sup>3</sup>. Lo cierto es que seguramente en poco tiempo más, se incrementará la utilización de algunas de las diversas fórmulas que pueden presentarse como alternativas al sistema judicial. Una lectura de la realidad indica que estos mecanismos están creciendo rápidamente.

- 1 En la Argentina, la ley 24.573 sancionada a fines de 1995, establece la mediación previa en todos los litigios de competencia de la justicia nacional, con algunas excepciones. Por su parte, a mediados de 1996 se dictó la ley 24.653, que hace lo propio con relación a reclamos individuales o plurindividuales derivados de relaciones de trabajo.
- 2 No obstante el efecto positivo que cabe atribuir a la crisis de la justicia como movilizadora del cambio de mentalidad, no deja de tener consecuencias negativas aun para el desarrollo de los métodos alternativos. Acerca de por qué la crisis judicial no conviene al arbitraje puede verse, CAIVANO, Roque J., "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", Rev. La Ley 1994-A-868.
- 3 A poco que se observe la reacción del ciudadano común cuando debe recurrir a los órganos de justicia en busca de un pronunciamiento que resuelva un conflicto, se reparará en la necesidad de encontrar mecanismos alternativos que den una respuesta a la sociedad. CAIVANO, Roque J., "El acceso a la justicia", Rev. La Ley 1989-B-797.

Por otra parte, es ostensible que el Poder Judicial atraviesa una etapa de alarmante incapacidad operativa. Tantas y tan graves son las dificultades que presenta, que difícilmente pueda considerarse garantizado el acceso de los ciudadanos a la justicia. Los obstáculos que encuentra el justiciable para obtener de los tribunales estatales una sentencia justa y en tiempo, son de tal magnitud que puede -sin exageraciones- afirmarse que carece hoy de vías adecuadas para la resolución de los conflictos que surgen de las relaciones interpersonales, lo que genera tensiones sociales que alteran la paz social<sup>4</sup>.

Frente a este estado de cosas, la realidad terminará por imponerse. El litigio adversarial-judicial, al parecer el único modo que el abogado conoce para solucionar conflictos, va en constante aumento. La sobrecarga de los tribunales, ya crónica, hace imposible la prestación de un servicio de justicia mínimamente eficiente. La dilación excesiva de los juicios y la degradación de la calidad de los pronunciamientos, está llevando en la práctica a un estado de virtual negación del acceso a la justicia. El problema, suficientemente vasto y complejo como para que pretendamos abordarlo íntegramente en este trabajo, admite diversas lecturas y genera algunas reflexiones.

Desde que el hombre se decidió a vivir en sociedad y aceptó compartir un ámbito físico común, es inevitable que la convivencia comunitaria genere a diario diferencias de opiniones o apreciaciones, intereses contradictorios, roces, controversias y conflictos. El conflicto, en consecuencia, forma parte de una realidad insoslayable e inevitable, inherente a la sociedad, que no debe sorprender ni preocupar en sí misma. Lo preocupante no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo. Lo que hoy acucia es la gran cantidad de conflictos que permanecen latentes. El crecimiento demográfico, la mayor concentración de población en las grandes ciudades, el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios, la generación permanente de nuevas necesidades sociales -entre otras muchas razones- han producido un aumento en la conflictividad, y han desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimir los conflictos.

No siendo posible eliminar los conflictos, el foco debe girarse hacia el modo en que las disputas son resueltas. La concepción tradicional -aún hoy un dogma para gran parte de la abogacía- ve al sistema estatal de administración de justicia como la única posibilidad. Los ciudadanos, llevados de la mano por los abogados, acuden a los jueces planteándoles sus diferencias y reclamándoles una solución. A primera vista

<sup>4</sup> CAIVANO, Roque J., "El acceso a la justicia". Rev. La Ley 1989-B-797.

ello no parece desacertado: quién mejor que el Estado como garante de la justicia y como proveedor de un servicio imprescindible para la continuidad de la vida en sociedad. En teoría -y en abstracto- no cabe duda de que esta forma de pensar no es desacertada. Pero en un análisis más exhaustivo, advertimos dos ingredientes que resultan esenciales y que permiten enfocar el problema desde otros ángulos: se olvida un aspecto de la realidad (la profunda crisis de la justicia ordinaria), y se parte de un supuesto erróneo (que todos los conflictos son iguales y exigen la misma respuesta). La justicia ordinaria no es el único medio donde plantear los conflictos, ni es el más idóneo en muchos casos en los que un sistema extrajudicial podría resultar más eficiente.

Es por ello que hoy aparece como imperioso, un cambio de mentalidad que termine con preconceptos y hábitos, y que evite no el uso, sino el abuso del proceso judicial, que termina desvirtuando su verdadera significación social. Es necesario comenzar a pensar en las formas alternativas de solucionar los conflictos, que con mayor creatividad permitirán hallar respuestas fuera del proceso judicial tradicional. La ancestral cultura adversarial, la visión del litigio judicial como única vía de solución de diferendos, el combate tribunalicio, deben ceder frente a esta realidad.

Lo deseable, obviamente, sería que los abogados modifiquemos nuestros hábitos pleitistas y tomemos conciencia de la utilidad -para nuestros clientes y para nosotros mismos- de solucionar los conflictos sin llegar a los tribunales ordinarios. Es de toda evidencia que los abogados debemos prepararnos para afrontar con éxito los desafíos que en ese aspecto impondrá la realidad próxima<sup>5</sup>. Sin embargo, y no obstante nuestra expresión de deseos, el cambio fue impuesto en muchos países por la voluntad del legislador -forzado a su vez por la gravedad del estado tribunalicio- sin esperar el natural desarrollo que hubiese tenido. Pero más allá de nuestro personal punto de vista, lo cierto es que el cambio aparece como inexorable; y frente a la realidad, es necesario que comencemos a prepararnos para enfrentar el desafío que implica resolver las disputas por vías diferentes de la sentencia judicial.

<sup>5</sup> En recientes trabajos exhortábamos a nuestros colegas a prepararse para enfrentar con éxito los desafíos que en ese aspecto impondrá la realidad en los próximos tiempos. Ver CAIVANO, Roque J., "Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas", Rev. JA 1994-II-793; PADILLA, Roberto E. y CAIVANO, Roque J., "Abogacía moderna vs. abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes", Rev. La Ley 1994-E-885.

## II.- LA CRISIS DE LA JUSTICIA

La necesidad de buscar alternativas al sistema de justicia adversarial tiene al menos dos fuentes. Por un lado, la sobrecarga de los tribunales; y por el otro, la real y efectiva satisfacción de los intereses de las partes.

El problema de la insatisfacción con el sistema judicial no es nuevo<sup>6</sup>, ni tampoco exclusivo del Perú<sup>7</sup>. A título de ejemplo, podemos mencionar que la justicia argentina está atravesando una de sus etapas más críticas. El sistema estatal de justicia está en estado de crisis terminal, está «colapsado», virtualmente paralizado y como consecuencia de todo ello, el Poder Judicial está perdiendo prestigio en la comunidad. No puede prestar un servicio que reúna las mínimas aspiraciones de la sociedad. A los ojos del ciudadano común, la Justicia estatal no cumple su función primordial, siendo imposible concebir en esas condiciones la prestación de un servicio de justicia mínimamente eficiente<sup>8</sup>. Pese al esfuerzo y dedicación de algunos jueces, el Poder Judicial sufre de ineficiencia y mala organización, falta de liderazgo y de independencia, falta de infraestructura y de medios, sobrecarga de trabajo y ausencia de sentido y vocación de servicio, todo lo cual repercute en recursos humanos desmotivados y escalada de mayores problemas. Los registros y las estadísticas muestran un incesante incremento de causas ingresadas a los tribunales en procura de solución. Y esa situación parece no poder revertirse, mostrando, por el contrario, una tendencia a empeorar<sup>9</sup>.

6 Hace más de un siglo existía ya preocupación por el tema. En una editorial del diario *La Nación* (Buenos Aires) del 4 de diciembre de 1895 se señalaba: "Hace mucho tiempo que los tribunales federales y comunes son objeto de amargas quejas de parte del público que tiene necesidad de frecuentarlos. Salvo honrosas excepciones, la tramitación de los expedientes se hace con pasmosa demora: los juicios se eternizan, sin que los perjudicados tengan medios prácticos para evitar el daño... Ese estado de cosas tiene forzosamente que perjudicar los intereses morales y económicos de la República". Citado en *Síntesis Forense*, publicación del Colegio de Abogados de San Isidro, Nro. 79, diciembre 1995.

7 En general, el estado en que se encuentran las administraciones de justicia en los países latinoamericanos es caótica, situación que conlleva gran preocupación por la indefensión en que se encuentran los ciudadanos, que carecen de un sistema idóneo para resolver sus conflictos. Puede verse en tal sentido, DANA MONTAÑA, Salvador M., *Los problemas comunes de la administración de justicia en nuestro continente*, revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1963. Más recientemente, ver el informe de Donna Eberwine sobre la conferencia "Justicia y Desarrollo: agenda para el siglo XXI" auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo, llevada a cabo en Bogotá en abril de 1994. Revista del BID, volumen 21, Nro. 6, junio de 1994, pág. 8/9.

8 Este tema ha sido profusamente tratado en trabajos anteriores, a los que remitimos. Puede verse en ese sentido, CAIVANO, Roque J., "Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas", Rev. JA 1994-II-793; PADILLA, Roberto E. y CAIVANO, Roque J., "Abogacía moderna vs. abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes", Rev. La Ley 1994-E-885 y la bibliografía allí citada.

9 ALVAREZ TRONGÉ, Manuel, "¿Qué ha sucedido en la Justicia argentina?", Rev. La Ley, 1º/11/95.

El Perú no está al margen de esta crisis general<sup>10</sup>. Luego de más de cuatro siglos de vigencia, es indudable que el concepto de la administración de justicia ejercida por el Estado de manera monopólica y centralizada, no está dando resultados. La demora ocasionada por el exceso de causas pendientes, la complejidad de las materias sometidas a los magistrados, la falta de preparación por parte de éstos, la rigidez de las normas procesales y el abuso de las mismas por parte de los abogados, son índices de una crisis que es común a la mayoría de los tribunales en el mundo entero. La principal consecuencia de esa crisis es la falta de credibilidad de la población en el sistema<sup>11</sup>.

A pesar de que las leyes reconocen los derechos y las garantías para el cumplimiento de los contratos, el sistema judicial es visto como inoperante. La administración de justicia peruana es anticuada, vetusta, anacrónica y fuertemente ritual. Carece de presupuesto, ya que sus asignaciones son generalmente inferiores a sus necesidades, lo que provoca serias deficiencias y atraso en materia de infraestructura, logística, sistemas de información, remuneraciones, etc. Todo ello conspira contra la calidad de las sentencias, siendo común que carezcan de una fundamentación adecuada, y contra la celeridad necesaria, advirtiéndose casos de alarmantes demoras en la resolución de las causas. La duración promedio en juicios de desalojo, títulos ejecutivos o ejecución de garantías es de un año y medio, siendo la duración promedio de juicios por accidentes de tránsito de entre dos y tres años<sup>12</sup>.

En la Argentina algunos datos muestran una confluencia de dos factores cuya conjunción es letal: las causas que ingresan a los tribunales aumentan constantemente y el Estado brinda cada vez menos apoyo económico al Poder Judicial. En cuanto al primer aspecto, en 1993 el incremento fue de 183,680 expedientes respecto de 1992, proyectándose para el año 2,000 una cantidad de casos en trámite superior a los 2'300,000<sup>13</sup>. Como contrapartida, el presupuesto del Poder Judicial ha ido reduciéndose

10 Remitimos para un análisis completo y detallado sobre el problema, a las ponencias y presentaciones efectuadas en el Foro "Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú", auspiciado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Lima, octubre de 1994.

11 MOANE DRAGO, Eduardo, ponencia sobre Vías alternativas al Poder Judicial para la solución pacífica de conflictos, presentada en el Foro "Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú", auspiciado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Lima, octubre de 1994.

12 BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto y MARAVÍ SUMAR, Milagros, trabajo de investigación para el Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, septiembre 1994.

13 Informe presentado por el Banco Mundial en el "Encuentro sobre reforma de la administración de justicia", Bs. As., 5 y 6 de diciembre de 1994, citado por ALVAREZ TRONGÉ.

año tras año: de 708 millones de pesos asignados en 1994, el presupuesto bajó a 647 millones en 1995 y a 542 millones en 1996. Ello contrasta con una estimación de la Corte Suprema de Justicia, que calcula la necesidad presupuestaria en 795 millones<sup>14</sup>.

Más allá de lo dicho, consideramos innecesario ahondar en la descripción del estado de situación de los tribunales. La crisis es tan profunda que ha tomado estado público y está a la vista. Ha sido objeto de profundos análisis -jurídicos, sociológicos, políticos- y gran cantidad de autores se ha ocupado de hallar las explicaciones y sugerir diversas formas de solución. Prácticamente todos los sectores de la sociedad lo han asumido como una de las grandes preocupaciones y han hecho pública su opinión. Los abogados -y la ciudadanía en general- conocen los innumerables hechos puntuales a través de los cuales se manifiesta esa crisis, por padecer cotidianamente sus efectos. Por ello nos limitaremos a formular apenas algunas reflexiones, simplemente con el ánimo de sustentar nuestro punto de vista, dada la innegable conexión que ello tiene con el tema objeto de estudio.

El sistema que el Estado provee para dirimir los conflictos, está en un estado de virtual paralización producto -entre otras causas- de la morosidad en la resolución de las causas<sup>15</sup>. Por ser uno de los efectos más visibles de la crisis, se ha convertido en la manifestación más ostensible, teniendo en cuenta, además, que los efectos de esta mora son demoleedores para la credibilidad del sistema mismo y para mantener una adecuada ecuación entre el costo y la utilidad del servicio. Así ha podido decirse que "cuando el orden jurídico se altera, es preciso restablecerlo inmediatamente. La demora excesiva hace ilusoria la protección jurisdiccional; también la hace más onerosa"<sup>16</sup>. Y esta onerosidad es doblemente grave, ya que el servicio es caro para el Estado que debe proveer los recursos para sostenerlo, y es poco útil para el ciudadano que ve así condicionado el acceso a la justicia<sup>17</sup>.

14 Diario *La Nación*, Columna "Temas de la Justicia", por Adrián Ventura, 5/11/95, 1ª sección, pág. 9.

15 Algunas de las razones que se han dado para explicar esta situación pueden verse en, DROMI, José R., "La mora judicial", Rev. JA 1983-II-755. Un caso que suele mencionarse en la Argentina 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 Rev. ED 80-703. Acerca de las causas "exógenas" de la crisis, consultar, MORELLO, Augusto M., "Poder Judicial y función de juzgar: una lectura de la crisis de la administración de justicia", Rev. La Ley 1987-E-830; y del mismo autor, "Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de justicia", Rev. JA 1983-II-769.

16 BIELSA, Rafael, "La abogacía", ed. Abeledo-Perrot, 3ra. edición, 1960, pág. 388.

17 BERIZONCE, Roberto O., "El costo del proceso", Rev. JA 1995-I-955.

Pero con ser suficientemente grave, la excesiva demora quizá no sea lo peor. De no menos entidad es el problema de la degradación en la calidad de las sentencias, que ha ganado hasta los comentarios editoriales de los principales diarios. Con relación a la realidad argentina, pero susceptible de ser aplicada al Perú, se señaló que tanto más grave que la morosidad judicial es la injusticia en los fallos, a la que inevitablemente conduce el cúmulo de expedientes a sentenciar<sup>18</sup>. Así se incrementan 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. 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 chatura de la calidad de los pronunciamientos y el elevado número de sentencias descalificadas por auto-contradicción u otras causales de arbitrariedad extrema debería preocupar seriamente a la judicatura<sup>19</sup>.

Las sentencias -en gran número de 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 lógico. 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. De esta manera el sistema no funciona para el hombre común, a quien no le resuelve satisfactoriamente los conflictos, quedándose en un "garantismo formal"<sup>20</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, que lleguen al fondo de las cuestiones, pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad misma de la actividad jurisdiccional<sup>21</sup>.

Uno de los ejemplos más contundentes -por inadmisibles- de ello está dado por las cuestiones de competencia, que suelen generar infinitos pases del expediente en una suerte de inacabable "peloteo" entre jueces que declinan su jurisdicción. Por la

18 "La situación de la justicia", comentario editorial, Diario *La Prensa*, Buenos Aires, 6 de enero de 1982.

19 MORELLO, Augusto M., "Así se debe fallar", Rev. JA 1993-I-412.

20 MORELLO, Augusto M., "El proceso como realidad social", Rev. La Ley 1992-E-1095.

21 MORELLO, Augusto M., "Realismo dinámico y normatividad estática", Rev. JA 1990-III-447.

frecuencia con que ocurre, a nadie sorprende que un juicio pase varios años sin hallar un tribunal que quiera abocarse 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 está reclamando administración de justicia<sup>22</sup>.

En suma, la situación del servicio estatal de administración de justicia genera en la población un sentimiento -ostensible e inocultable- 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 descrece de él, y los propios 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. La insatisfacción que genera el proceso judicial no está dada solamente por la extemporaneidad en la resolución (la justicia tardía no es justicia) sino por la incertidumbre que crea la imposibilidad de predecir su resultado.

22 MORELLO, Augusto M. y BIDART CAMPOS, Germán J., "La Corte Suprema y el tiempo muerto del proceso", Rev. JA 1992-II-137.

### III.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS Y EL ROL DE LA JUSTICIA

El problema de la administración de justicia reviste una gran complejidad, donde se interrelacionan problemas jurídicos, sociales, culturales, políticos y hasta económicos. Obviamente 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>23</sup> acorde con su importancia, pero también procurando un cambio de las prácticas procesales<sup>24</sup> y de mentalidad en la "función de juzgar"<sup>25</sup>; y b) paralelamente, generar modelos alternativos que permitan descomprimir la justicia<sup>26</sup>. Nuestro análisis está, por cierto, circunscripto a esta segunda línea de acción.

La mayor utilización de fórmulas auto-compositivas, tales como la negociación cooperativa o la conciliación; o hetero-compositivas como el arbitraje, en tanto mecanismos alternativos de solución de controversias, pueden contribuir a descongestionar los tribunales de justicia aliviando la sobrecarga que hoy padecen.

23 Ver, en ese sentido, DI IORIO, Alfredo J., "Bases para la reforma de la estructura judicial nacional", Rev. La Ley 1987-C-878; BIELSA, Rafael, "La informática en un modelo alternativo de administración de justicia", Rev. La Ley 1991-E-1344; CUETO RUA, Julio César, "El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso administrativa y laboral: una institución innecesaria", Rev. La Ley 1993-B-706; MORELLO, Augusto M., "Justicia y eficiencia: el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal", Rev. JA 1988-I-878; KAMINKER, Mario E. y MORELLO, Augusto M., "Medidas de posible concreción inmediata para afrontar la emergencia judicial", Rev. JA 1995-I-830; MORENO CATENA, Víctor, "Crisis de la justicia y reformas orgánicas", y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Sobre la crisis de la justicia", ponencias presentadas en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, publicadas por el Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1988.

24 CUETO RUA, Julio César, "Sobre la reforma de las prácticas procesales en la justicia nacional", Rev. La Ley 1987-D-1038.

25 MORELLO, Augusto M., "Un nuevo modelo de justicia", Rev. La Ley 1986-C-800. Ver, también, FUCITO, Felipe, "Reforma judicial: un impostergable cambio cultural", Rev. La Ley 1993-D-863; CAIVANO, Roque J., "El acceso a la justicia (La búsqueda constante del mejoramiento del servicio)", Rev. La Ley 1989-B-797.

26 CAIVANO, Roque J., "Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos" ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 31/33.

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 haciendo realidad el principio de la inmediatez, ganándose en rapidez y en calidad.

Por supuesto que esta prédica no tiene por objeto desacreditar la importancia de la Justicia ordinaria, ni cuestionar el rol trascendente que cabe al Poder Judicial en el funcionamiento de un sistema republicano. Por el contrario, es propósito de quienes estimulan la mayor utilización de mecanismos alternativos, contribuir a generar conciencia sobre la existencia y utilidad de estos, con la finalidad de redefinir el rol de la Justicia en la sociedad. Removiendo la errónea creencia de que el pleito judicial es el único medio de resolver las disputas, los tribunales dejarán de ser el lugar por donde comienza el proceso de solución, para pasar a ser -como sucede en toda sociedad civilizada- el reducto final al que pueda recurrirse cuando las alternativas no sean viables.

Se ha dicho que lo que caracteriza el grado de civilización de una sociedad no es la mayor o menor conflictividad de sus integrantes, sino el modo en que los conflictos se solucionan. Hay tres grandes modos de resolver un conflicto: sobre la base de los intereses, sobre la base de los derechos y sobre la base del poder. En general, es menos costoso y más satisfactorio reconciliar intereses de las partes que determinar cuál de ellas tiene el derecho. El proceso más costoso, desde luego, es dilucidar cuál tiene más poder. Los tres mecanismos tienen un rol apropiado, pero la llave se halla en la proporción. En una sociedad enferma, la mayoría de las disputas se resuelven en base al poder, muchas en función del derecho, y las menos conforme a los intereses. En sociedades saludables la proporción está invertida: la mayor parte de los conflictos se solucionan conciliando intereses -a través de procedimientos como la negociación y la mediación-, algunas disputas se saldan a través del derecho -mediante mecanismos judiciales-, y las menos en base al poder<sup>27</sup>.

Concibiendo a la justicia estatal como el primer remedio, es inevitable que ocurra lo que ha sucedido. Sometiéndole invariablemente pleitos que podrían haberse resuelto por otras vías se sobreesaturan sus estructuras, se congestionan los tribunales y se somete al sistema a un desgaste de tal magnitud, que le impide atender los casos en que realmente no existe otra posibilidad. Por recargarla con pleitos "evitables", no tenemos la Justicia cuando realmente se necesita. Es preciso, pues, repensar el rol de

27 URY, William, Informe de su visita a la Fundación Libra (Buenos Aires, noviembre de 1991). Revista Libra, año 1, N.º 2, 1992, pág. 19.

los tribunales. No como el primero, sino como el último recurso para dirimir disputas. Este cambio de mentalidad importará atribuir al sistema adversarial público su verdadera función social y revalorizar la capacidad de los individuos para resolver sus diferendos por mecanismos más pacíficos, más económicos y más satisfactorios<sup>28</sup>.

También con ello devolveremos al Poder Judicial el prestigio que otrora tuvo, y rescataremos para la sociedad uno de los baluartes que garantizan la convivencia pacífica en un estado de derecho. No es concebible una sociedad en la que el sistema judicial no sea lo suficientemente fuerte y respetado. El tema, en consecuencia, es que para revalorizar y jerarquizar el Poder Judicial es imprescindible quitarle el enorme peso que lo asfixia, producto de una mentalidad social que se empecina en arrojarle problemas que superan su capacidad de respuesta, y que podrían haber sido resueltos de manera más racional, económica y eficiente a través de alguno de los mecanismos alternativos.

A modo de ejemplo de cómo debe ser entendida la utilidad de los mecanismos alternativos y el rol de la justicia estatal, puede citarse la exposición de motivos de la ley española de arbitraje de 1953: "puesto frente a la necesidad de ordenar conflictos e intereses, el Derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del Poder Público, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es el rol que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas"<sup>29</sup>.

Es decir, que en aquellos casos en que no es imprescindible la fuerza coactiva de un pronunciamiento judicial, debe permitirse a las partes trabajar creativamente para arribar a una solución que satisfaga los intereses de ambos. La tradicional noción de ganador-perdedor, inherente a los sistemas adversariales, debe dejar paso a nuevas formas en las que ambos resulten verdaderos ganadores. El resultado impuesto judicialmente es generalmente insatisfactorio; aún el "ganador" casi nunca obtiene lo

28 Sobre el cambio cultural que representa la autocomposición de los conflictos en el crecimiento y la maduración de una sociedad, ver OYHANARTE, Marta, "Los nuevos paradigmas y la mediación", en la obra "Mediación: una transformación en la cultura", compilada por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

29 Exposición de motivos de la ley española de arbitraje del 22/12/53. FERREIRO, Fernando, "Los arbitrajes de derecho privado (Exposición y comentarios al texto articulado de la ley del 22 de diciembre de 1953)", ed. Vizcaína, Bilbao, 1954. Cabe aclarar que esta ley ya no es derecho vigente en España, habiendo sido reemplazada por la ley N.º 36 del 5/12/88.

que necesita, en el momento en que lo necesita. Las relaciones se deterioran, los acuerdos se rompen, las diferencias se acentúan, los enconos se hacen más evidentes y nuevas disputas emergen. Ello sin contar que muchas veces el reparto judicial se realiza con excesivo celo formalista, distrayendo peligrosamente la atención de las cuestiones de fondo, de los derechos sustantivos y de los intereses de las partes.

Por varias razones, pues, es imprescindible buscar mecanismos que permitan obtener resultados más satisfactorios para ambas partes, y que a su vez ayuden a descongestionar los tribunales, permitiéndoles asumir su verdadero rol. Por la sociedad, y por el propio Poder Judicial, la adopción de mecanismos alternativos resulta impostergable. Es necesario crear conciencia de que debemos conversar más y pelear menos, negociar las diferencias en lugar de demandar judicialmente. Este último recurso siempre estará disponible, si alguna de las alternativas se muestra inconveniente o inoperante<sup>30</sup>.

La eficacia de todo ello, sin embargo, está condicionada a que ese cambio en los comportamientos sociales sea producto no de una imposición ni de una moda, sino de un profundo cambio de mentalidad y de cultura en los operadores jurídicos, en especial en los abogados. Como profesionales del derecho, gestores de los conflictos de nuestros clientes y encargados de procurarle la solución más satisfactoria, deberemos tomar conciencia de que el pleito judicial es el último recurso -no el primero, y casi único que hoy se utiliza- que conviene reservar 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) ni siquiera acuerdos mínimos que hagan viable el arbitraje.

Los mecanismos auto-compositivos 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. La solución más adecuada -de ser posible- es la que las propias partes encuentran, ya que será la que mejor atienda sus necesidades y la que tenga mayores probabilidades de ser cumplida espontáneamente. La negociación y la conciliación son los mecanismos alternativos que permiten alcanzar el ideal: una solución mutuamente acordada. Pero si esta instancia no es eficiente, el arbitraje puede a su vez retener aquellos casos en que, no siendo posible un acuerdo, exista al

30 PADILLA, Roberto E. y CAIVANO, Roque J., "Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes", Rev. La Ley 1994-E-885.

menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a juicio de un tercero imparcial, pero escogido por las partes. Si tampoco es posible o eficaz el arbitraje, tendremos a la justicia ordinaria 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, con beneficio directo para los ciudadanos y para la propia judicatura, que recuperará el prestigio y el respeto de la gente.

#### IV.- PRINCIPALES MECANISMOS ALTERNATIVOS

Las posibilidades de implementar mecanismos de resolución de conflictos con exclusión total o parcial de los órganos jurisdiccionales del Estado, son tan amplias como pueda ser la imaginación de las partes y de quienes los asesoran. Con la sola limitación de las cuestiones de orden público, que resultan indisponibles para los particulares y sobre las cuales en consecuencia no puede recaer un consentimiento válido, en todos los demás casos, las partes podrán procurar la solución de sus divergencias por los mecanismos que juzguen más adecuados<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de su desarrollo más extenso en los capítulos siguientes, nos parece oportuno anticipar aquí una somera descripción de algunas alternativas, diseñadas con el objetivo de limitar el costo, tiempo y trauma de los conflictos, evitando el litigio judicial. Los más conocidos y usuales mecanismos alternativos son: negociación directa, negociación asistida (facilitación, conciliación) o adjudicación privada (arbitraje en sus más diversas formas). A pesar de sus diferencias, tienen como elemento común el hecho de ser herramientas que permiten solucionar los conflictos sin necesidad de acudir a los tribunales<sup>32</sup>.

La negociación -comunicación directa entre las partes interesadas con el propósito de acordar la solución- es la forma más común y más popular de resolver diferencias. La negociación tiene la ventaja de permitir a las propias partes mantener el control absoluto sobre el proceso y sobre la solución. Debe tenerse presente que la negociación no es sólo el ejercicio de "tira y afloje" de pretensiones encontradas, clásica expresión del estilo de negociación distributiva, en el que todo lo que una parte gana, la otra lo pierde (esquema "ganador-perdedor"). El modelo de negociación cooperativa permite llegar a resultados mutuamente satisfactorios y brinda mayores probabilidades de éxito, en tanto procura crear opciones que amplíen el campo y conduce a resultados más duraderos y menos perjudiciales para la relación interpersonal (esquema "ganador-ganador"). Pero este modelo de negociación no siempre será posible y algunas veces tampoco resultará exitoso. En ocasiones será necesario negociar en forma distributiva, es decir en base al conocido "regateo" de ofertas y contra-ofertas que permitan alcanzar el punto de equilibrio entre las posiciones iniciales. Anticipamos aquí, que una

31 Una guía acerca de cómo debe elegirse el método más apropiado puede verse en GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank, E.A., "Fitting the fuss to the forum: a user friendly guide to selectin ADR processes", Negotiation Journal, 1994.

32 Una síntesis de estos mecanismos puede verse en GOZAÍNI, Alfredo O., "Formas alternativas para la resolución de conflictos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

negociación exitosa requiere un adecuado entrenamiento y la incorporación de técnicas y estrategias cuya eficacia ha sido comprobada; pero también necesita que el negociador no esté dogmáticamente atado a un estilo, sino que tenga la aptitud para saber cuándo y cómo utilizar -con el máximo provecho para su parte- las diferentes herramientas.

La facilitación es la forma más simple de negociación asistida por un tercero. Cuando las partes desean solucionar el conflicto sin necesidad de acudir a la decisión, ni a la intermediación de un tercero, pero no encuentran los canales de comunicación o de entendimiento por sí mismos, pueden acudir al auxilio de un neutral que coopere con ellos en la búsqueda de los posibles caminos a la solución consensuada. El rol del facilitador es hacer posible tanto el inicio como el desarrollo y la conclusión de la negociación directa entre las partes. Facilita el acercamiento, la comunicación y el entendimiento entre las partes, allanando el camino para que las conversaciones mantengan un curso ágil, que no se estanquen y que puedan llegar a un resultado positivo. El facilitador se limita a cuestiones procedimentales, a colaborar en el desarrollo del proceso de negociación, y a mejorar la comunicación entre las partes, pero sin incursionar en otras tareas, como clarificar a las partes sobre aspectos de fondo, ni guiar a posibles soluciones, como hace el conciliador. Su actitud, respecto de la solución en sí misma, es más pasiva que la del conciliador, que interviene activamente en la búsqueda del acuerdo.

La conciliación -conocida en otros ámbitos como mediación<sup>33</sup>- implica la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución. La función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos. Su tarea es más activa -respecto del fondo de la disputa- que la del facilitador, aunque sin llegar a decidir. El conciliador puede sugerir, interpretar, aportar argumentos u opiniones, persuadir o informar a las partes sobre las posibles soluciones. Conduce reuniones informales, con ambas partes y con cada una de ellas por separado, procurando descubrir cuáles son los verdaderos intereses que subyacen en la disputa y ayudando a encontrar posibles opciones, que puedan producir una mutua satisfacción

33 Es preciso aclarar que la terminología utilizada para denominar la intervención de un tercero neutral, que colabora con las partes en la búsqueda de un acuerdo, no es uniforme. En la mayoría de los países latinoamericanos se la llama "conciliación"; mientras que en EEUU se ha impuesto el término "mediación". En la Argentina parece no existir un acuerdo: cuando se la utiliza en conflictos civiles o comerciales es comúnmente denominada "mediación" (así se menciona inclusive en la ley 24.573) pero se ha preferido el término "conciliación" cuando se trata de conflictos laborales (tal es la denominación utilizada por la ley 24.635).

de esos intereses. Por regla general, el conciliador no propone una solución, aunque en ciertos casos puede llegar a hacerlo. La principal ventaja de este método es que permite solucionar el conflicto antes de que desemboque en una hostil confrontación, y eventualmente en un costoso y amargo pleito judicial.

El arbitraje, a diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que éstas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual en sus efectos a una sentencia judicial. Por cierto que tiene innumerables ventajas respecto del litigio judicial: por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido y puede tener menores costos<sup>34</sup>.

Los mecanismos alternativos mencionados son los más comunes y usuales, siendo posible asimismo encontrar en el derecho comparado otros mecanismos que contemplan algunas de sus características combinadas, o que resultan de la creativa labor de jueces y abogados<sup>35</sup>.

34 Para un más exhaustivo análisis de este sistema, ver CAIVANO, Roque J., "Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos" ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993. En la realidad peruana, MONTOYA ALBERTI, Ulises, "El arbitraje comercial", ed. Cultural Cuzco, Lima, 1988; CANTUARIAS S., Fernando y ARAMBURU Y., Manuel Diego, "El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras", ed. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994.

35 Para un descriptivo análisis de algunos de esos medios, ver: CUETO RUA, Julio César, "Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos", Rev. La Ley 1991-B-785.

## VI.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN LOS EE.UU.

La experiencia norteamericana resulta asimismo de utilidad para comprender la mecánica y el sentido de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos<sup>45</sup>.

A partir del reconocimiento de la insatisfacción por el funcionamiento del sistema judicial y de los altos costos que su utilización representa, comenzó a gestarse un movimiento -cuyos orígenes se remontan a la década del 70- tendiente a estimular la resolución de los conflictos por mecanismos diferentes de la sentencia judicial. Este movimiento, identificado por las siglas "ADR" (*Alternative Disputes Resolution*) ha generado no sólo una mayor utilización de los mecanismos alternativos considerados "tradicionales" (mediación o arbitraje), sino también la creación de numerosos mecanismos híbridos que han surgido de la necesidad de procurar mecanismos más eficaces cuando alguno de los otros no podía proporcionar una solución satisfactoria.

El Minijuicio (*minitrial*) es un procedimiento utilizado en algunas jurisdicciones como mecanismo anexo a los tribunales. Como primer paso, las partes intercambian información sobre la prueba que cada una presentaría en un juicio. Luego se reúnen privadamente y a lo largo de algunas audiencias, los abogados exponen el caso y sus argumentos en forma resumida ante un panel de ejecutivos de ambas partes que tengan poder de decisión sobre el asunto. Finalmente, una vez oído el planteo del caso, los ejecutivos de las partes se reúnen para negociar, pudiendo llegar a un acuerdo o abandonar el intento, quedando liberadas para iniciar el juicio correspondiente. Este mecanismo permite que las personas con facultad de decisión, tomen contacto directo con la controversia y puedan formarse un juicio más completo sobre las posibilidades que tendrían en un litigio, para luego sentarse a negociar sobre bases más sólidas.

La Evaluación Temprana Neutral (*early neutral evaluation*) también se utiliza como sistema anexo a los tribunales, y presupone un pleito ya iniciado en el que se ha contestado la demanda. Las partes son convocadas a una audiencia ante un tercero neutral, generalmente un especialista en el tema, ante quien exponen en forma sumaria los argumentos jurídicos que sustentan sus respectivas pretensiones, los hechos relevantes y el modo en que esperan probarlos en juicio. Luego de oír el caso, el tercero neutral formula un pronóstico -no vinculante para las partes- de cuál sería a su criterio la posible decisión de un juez en caso de continuarse el litigio. La

<sup>45</sup> Seguimos para ello el trabajo preparado por Carlos Garber para el seminario sobre Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, realizado en Buenos Aires en febrero y abril de 1995; y GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank y ROGERS, Nancy, "Dispute Resolution", ed. Little, Brown and Co., 1992.

respetabilidad y experiencia del evaluador hacen que las partes puedan tener una anticipación bastante aproximada de las posibilidades que tendrían en el juicio, lo que estimula la negociación libre entre las partes o el sometimiento voluntario a un proceso de mediación.

El Juicio por Jurados Abreviado (*summary jury trial*) está basado en similares propósitos. Se convoca a un jurado integrado del mismo modo que normalmente se integran los jurados, ante el cual las partes presentan sus pruebas en forma condensada, obteniendo del jurado un veredicto. Si bien este veredicto no es vinculante para las partes, les permite tener una idea muy cercana sobre cuál sería el veredicto en el juicio, ya que el jurado constituido ignora que no se trata del verdadero juicio. Las partes pueden interrogar a los miembros del jurado a fin de comprender su percepción del caso. Finalmente, las partes se sientan a negociar los términos de un eventual acuerdo.

Existen también algunas fórmulas que se condensan bajo la denominación genérica de Justicia Privada, consistente en sustanciar el caso frente a juzgadores que asumen el carácter de funcionarios judiciales "ad hoc". El método conocido como *rent-a-judge* supone un neutral elegido por las partes, que tiene todas las atribuciones de un juez de primera instancia, siendo su sentencia apelable ante la segunda instancia. El *general referee* es nombrado por el juez para recibir la prueba y preparar un informe, que aquel puede hacer suyo y transformar en la sentencia del caso. El *special referee* o *master* es también designado por el juez, quien le encomienda funciones específicas, como por ejemplo el seguimiento y control del *discovery* o la recepción y revisión de pruebas de carácter técnico.

En algunos Estados existen asimismo programas de arbitraje o mediación anexas a los tribunales (*court-annexed-arbitration* o *mediation*) en los cuales el juez remite la disputa a mediación o a la decisión de un árbitro con carácter obligatorio; y asimismo procesos privados que resultan de la combinación o la adaptación de mecanismos conocidos. En el proceso conocido como *Med-Arb*, el tercero neutral funciona primero como mediador intentando que las partes arriben a una solución satisfactoria, pero si la mediación fracasa, automáticamente actúa como árbitro decidiendo la disputa. El *High-Low Arbitration* es una clase de arbitraje en el cual las partes fijan a los árbitros límites máximo y mínimo, lo que delimita el campo de acción de los árbitros que no pueden superar ese marco. En el *Baseball Arbitration* las partes plantean sus posiciones al árbitro, quien sólo puede decidir entre una u otra.

La experiencia cosechada en los EE.UU. durante casi 30 años de trabajo en la implementación de programas de mecanismos alternativos, ha dado como resultado

una enorme variedad de mecanismos disponibles y la consolidación de un movimiento que va generando su propia evolución. De allí que la tendencia predominante no sea ya la de elegir entre alguno de los mecanismos "puros" sino la de intentar -a partir de crear variantes sobre las técnicas conocidas- implementar el método que resulte más "apropiado" para resolver el conflicto.

Basado en este concepto, se ideó el sistema conocido como "Tribunales Multipuertas" (*Multidoor Courthouse*), concebido como un centro judicial donde la reclamación ingresa al tribunal y un funcionario asesora y ofrece a las partes diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: arbitraje, mediación o conciliación, evaluadores neutrales, juicio sumario. Si ninguna de estas variantes es posible, queda siempre disponible el litigio judicial tradicional. Esta experiencia fue implementada en varios Estados, dando como resultado una mayor conciencia acerca de la importancia de seleccionar el método más apropiado, y provocando un profundo cambio en el rol de la organización judicial, que pasó de ser pasiva receptora de conflictos a tener una posición más activa tratando de anticipar las necesidades de los litigantes creando procesos que respondan de manera más eficaz<sup>46</sup>.

46 DAVIS, William E., "Diseño de sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuertas en EEUU", incluido en el libro "Mediación: una transformación en la cultura", compilado por Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

## VII.- LOS ABOGADOS Y EL CAMBIO DEL PERFIL PROFESIONAL

Frente al auge que van tomando los mecanismos alternativos -el que se presume se verá incrementado en los próximos años-, resulta hoy imprescindible que los abogados tomemos conciencia de la necesidad de modificar nuestros hábitos y nos preocupemos por obtener la capacitación necesaria para afrontar los desafíos que presentará el ejercicio profesional. Es por ello que creemos que el proceso de concientización, de modificación de hábitos y patrones culturales que se está reclamando, debe dirigirse a la ciudadanía en general, pero particularmente a los abogados, por ser los receptores naturales de las inquietudes de sus clientes y quienes derivan, orientan y asesoran acerca de los caminos que deben seguirse frente a un conflicto actual o potencial. Los abogados debemos comprender que litigar en sede judicial no es la única vía posible, y en la mayoría de los casos ni siquiera la mejor. Por lo que llevamos visto, a la luz de la realidad de nuestros tribunales, generalmente será la peor opción, no sólo para el cliente, sino para el abogado.

Seguramente en poco tiempo comenzarán a distinguirse los abogados que sepan cómo utilizar las herramientas que brindan los mecanismos alternativos, de aquellos que se hayan quedado atados a los esquemas tradicionales del litigio judicial. Los primeros podrán ofrecer a sus clientes un campo mucho más amplio y más eficiente de soluciones; los otros sólo podrán seguir empecinadamente llevando los conflictos a tribunales, para obtener pésimos resultados para su cliente -en tiempo, costos, desgaste, etc.- y para sí mismos. El abogado que se adecúe a esta realidad correrá con ventaja sobre el abogado tradicional, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. En la medida en que la sociedad comience a exigir de su abogado un perfil diferente, el que se quede en el tiempo y persista en la creencia de que litigar es el único modo de defender los derechos e intereses de su cliente, comenzará a perder no sólo prestigio, sino clientela<sup>47</sup>.

El abogado tiene hoy un nuevo horizonte en el modo de encarar el ejercicio de su profesión. Para cumplir mejor su rol profesional, para ser mejor abogado, será imprescindible que adquiera capacitación y entrenamiento en mecanismos alternativos de solución de disputas; que cambie la forma de pensar respecto de cómo encarar la

47 PADILLA, Roberto E. y CAIVANO, Roque J., "Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional. Los sistemas alternativos de solución de disputas como forma de ser más eficientes", Rev. La Ley 1994-E-885.

defensa de su cliente; que modifique el hábito de llevar a los tribunales cualquier litigio; que ante cada caso estudie todas las opciones posibles y aconseje la utilización de aquella que mejor se adapte al caso. Es necesario invertir el razonamiento: la Justicia Ordinaria debe dejar de ser el primer lugar al que se acude cuando sobreviene el conflicto, para comenzar a ser visto como el reducto final que debe preservarse para cuando las alternativas no logran darle solución.

Las disputas y las controversias son un fenómeno inevitable en toda sociedad; cuando personas con diferentes intereses se relacionan entre sí, surgirán invariablemente divergencias de distinto tipo e intensidad. Existirán siempre interpretaciones dispares de cláusulas contractuales y de los derechos que corresponden a cada uno en diversas situaciones de conflicto. La solución tradicional -aquella para la cual se nos ha preparado- es depositar esas disputas en los tribunales estatales, transfiriendo a los jueces la carga de resolverlos mediante la adjudicación del derecho de cada parte. Está a la vista que los costos de este sistema -individual y socialmente considerados- son muy altos: sobrecarga crítica de los despachos judiciales e ineficiente protección de los reales intereses de las partes; se dilapida tiempo y otros valiosos recursos económicos que son desviados de la fase productiva.

Es por ello imprescindible que el abogado cambie su mentalidad pleitista y comience a operar bajo premisas diferentes, adquiriendo conciencia de la necesidad de capacitarse para actuar en mecanismos alternativos. Hay tres órdenes de razones que justifican ese cambio: las que se derivan de la *responsabilidad profesional* de dar el mejor consejo a sus clientes<sup>48</sup>(el pleito judicial no lleva a resultados satisfactorios); las provenientes de su *responsabilidad social*, en tanto auxiliares de la administración de justicia y deudores de un mejor servicio a la comunidad; y las que surgen de la propia *conveniencia*, ya que ello traerá aparejado también un modo menos frustrante de ejercer la profesión, y una mejora en la remuneración que percibe por su trabajo<sup>49</sup>.

48 En los EE.UU. existen ya dos ámbitos de responsabilidad para el abogado que omite considerar ante un conflicto la utilización de algún método alternativo: la mala praxis y la falta ética. En el primer caso, se cree que los tribunales podrían atribuir responsabilidad civil al abogado, asimilando el caso al del médico que omite informar al cliente sobre las terapias alternativas que evitarían la cirugía. En el segundo aspecto, el código de disciplina del Estado de Colorado pone a cargo del abogado la obligación de advertir al cliente sobre la existencia de soluciones diferentes al litigio judicial. COCHRAN Jr., Robert F., "Must lawyers tell clientes about ADR?", *Arbitration Journal* (American Arbitration Association) junio 1993. Puede verse asimismo, BERKSON, Lester H., "Mediation and advising the client", *Nevada Lawyer*, vol. 2, N° 5, mayo 1994.

49 Además de ser poco rentable, la profesión tradicional de abogado ha sido convertida en una verdadera gestoría. El abogado suele invertir la mayor parte de su tiempo en el traslado de escritos, cédulas, oficios, mandamientos (papeles) desde y hacia el juzgado. Son realmente escasos los supuestos en que un abogado pone en movimiento sus conocimientos técnicos, su ciencia o su saber jurídico.

Al involucrarse en este cambio, el abogado no sólo estará cumpliendo un servicio al país, al liderar un proceso de transformación estructural del servicio de justicia. También beneficiará a su cliente al brindarle una más amplia gama de posibilidades de resolver sus disputas, y se beneficiará a sí mismo, al trabajar en procesos más dinámicos, creativos y seguramente mejor remunerados que la rutinaria labor del pleito judicial. Por otra parte, el cambio también le permitirá afrontar con mayores probabilidades de éxito los requerimientos de justicia de una sociedad que ya no se conforma con ser pasiva espectadora, y que está reclamando la creación de mecanismos participativos y abiertos. Con ello, además, se posicionará mejor frente a las exigencias de una competitividad profesional que irá en aumento<sup>50</sup>.

50 CAIVANO, Roque J., "Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas", *JA* 1994-II-793.

### VIII.- POR QUÉ LOS ABOGADOS DEBEMOS RECOMENDAR MECANISMOS ALTERNATIVOS

El abogado debe tender a la búsqueda de soluciones para su cliente. Por su propia subsistencia tiene que procurar dejarlo satisfecho, lo que sólo ocurrirá si el servicio prestado es eficaz, si demuestra que ha servido para algo, si conduce a buenos resultados. A la luz de cuanto hemos dicho precedentemente, queda claro que los intereses que los clientes confían a los abogados no siempre estarán mejor satisfechos con el litigio judicial. Antes bien, teniendo en cuenta el dato previo de la crisis actual de la justicia, pareciera que la relación se invierte, resultando minoritarios los supuestos en que el litigio judicial produce mejores resultados.

Pero aun abstrayéndonos de esa situación -la que, aunque en los hechos resulte definitoria, a los fines de nuestro estudio es meramente coyuntural-, advertimos que la óptima e integral defensa de esos intereses exige contemplar la totalidad del amplísimo abanico de posibilidades alternativas, aun cuando la justicia funcione en óptimas condiciones. Estamos convencidos de que la utilidad de los mecanismos alternativos no depende de la subsistencia de las deficiencias del sistema estatal, sino que siguen siendo una opción que conviene explorar a pesar de tener un Poder Judicial rápido, seguro, confiable y económico. La pregunta que debemos formularnos para sustentar esta tesis, es: ¿cuáles son las razones por las que debemos analizar otras vías si el sistema estatal es bueno?

El litigio judicial es el típico sistema adversarial mediante el cual, frente a dos partes en conflicto, un tercero imparcial les impone la solución mediante el dictado de una sentencia cuyo cumplimiento es obligatorio y puede ser perseguido coercitivamente. Este acto es la resultante de un proceso -más o menos complejo y generalmente muy formal- a través del cual las partes procuran probar frente al juez los hechos que afirman, y convencerlo de que el ordenamiento normativo sustenta la solución que cada uno está propiciando. El ámbito de libertad y creatividad de partes y jueces es casi nulo, encontrándose todos ellos ceñidos a rígidos procedimientos que en muchos casos terminan reduciendo todo a cuestiones meramente formales.

El procedimiento judicial, en definitiva, está más enderezado a verificar los hechos y aplicar la norma legal que contempla la solución. Aun siendo eficiente, el sistema judicial procura conocer la verdad y determinar -en base a ella- quién tiene razón. Raras veces -y los pocos casos existentes se mencionan siempre como ejemplos de la verdadera función jurisdiccional- los jueces intentan que la solución que imponen sea

equitativa<sup>51</sup>, y mucho menos que sea la que mejor atienda los intereses de las partes. Pero este aspecto del problema no se arregla mejorando la calidad de los jueces -algo que de todas maneras es imprescindible- ya que en esto no tienen culpa propia; el problema es que el sistema está pensado para ello y, al hacerlo de esa manera, los jueces no están sino cumpliendo con el rol que se espera de ellos. Es más, cuando no lo hacen, y se apartan de formalismos en busca de la equidad, sus sentencias suelen ser tildadas de arbitrarias o ilegales.

Además de ello, todos sabemos que el litigio judicial, al estar destinado a convencer al juez de la razón que cada parte cree tener, se convierte necesariamente en una contienda, en la que cada parte le presenta solamente los hechos y los argumentos que le favorecen, ocultando cuidadosamente aquellos que pueden perjudicar su posición. Obviamente, no habremos de mencionar otra circunstancia de la realidad cotidiana, consistente en falsear los hechos, lo que constituiría una conducta procesal legal y éticamente objetable<sup>52</sup>; solamente mencionamos los casos -creemos que mayoritarios- en que desde un punto de vista legal y ético esa conducta es aceptable. Esto no pretende ser una crítica sino una mera descripción, ya que no estamos propiciando que en un proceso judicial las partes deban beneficiar a la contraria presentándole hechos o argumentos inconvenientes a sus intereses. Nuestro comentario simplemente apunta a poner de manifiesto que esta es la realidad, que para eso -precisamente para eso- está pensado el litigio judicial.

Es justamente por lo anotado precedentemente que el litigio judicial produce más encono, más enemistad, más resentimiento; y por ende, más distanciamiento de los verdaderos intereses. Al operar bajo un esquema "ganador-perdedor", en el que lo que una de las partes obtiene es equivalente a lo que la otra pierde, el juicio se convierte en el campo de batalla ideal para encarnizados enfrentamientos, donde el objetivo original (obtener un reconocimiento de intereses que se consideran legítimos) comienza a modificarse hasta pretender la destrucción total de su ocasional adversario. Todos conocemos que muchas veces las pocas probabilidades iniciales de arribar a un acuerdo conciliatorio se frustran por el ánimo de lucha que prima en el proceso judicial, y que hacen escalar el conflicto exacerbando sus connotaciones negativas, hasta hacerlo prácticamente insoluble.

51 Un ejemplo puede verse en CAIVANO, Roque J., "La actualización del depósito en garantía. La resolución por equidad en las sentencias judiciales", comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Rev. JA 1992-II-542.

52 Remitimos para ello a ROSENKRANZ, Ofelia, CAIVANO, Roque J., y MAYER, Gisela, "Ética profesional de los abogados", ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Como contrapartida, los mecanismos alternativos -especialmente los "no adversariales"- tienen la gran ventaja de eliminar rigideces, permitiendo a las partes -sea directamente entre ellas, o con la asistencia de un tercero- trabajar creativamente para arribar a una solución que satisfaga los intereses de ambas. El objetivo de mecanismos como la negociación o la conciliación no es hallar la verdad, ni determinar cuál de las partes tiene razón. Lo que se procura es bucear en los verdaderos intereses de las partes, los que muchas veces no son tan opuestos y contradictorios como se piensa.

Aun siendo remanido, conviene recordar -por lo gráfico- el clásico ejemplo con que se ilustran las ventajas de una solución consensuada de los conflictos<sup>53</sup>. Dos hermanos se disputan la única naranja existente en la casa y al no ponerse de acuerdo, acuden a la autoridad de su madre, tercero imparcial en la disputa. Así planteado el conflicto, analicemos las posibles soluciones que pueden darse: ¿cómo actuaría la madre puesta en su rol de juez, comparándolo con el resultado al que teóricamente podría arribarse si actuara como conciliadora?

Oficiando de juez ordinario, la madre escuchará a ambas partes, las interrogará sobre cuestiones de hecho que considere determinantes, y finalmente dictará una sentencia en la cual dirá -en base a algún criterio objetivo- a quién corresponde la propiedad o el uso de la naranja. Podrá basarse en la prioridad en la tenencia, o en alguna otra circunstancia que se traduzca en un mejor derecho de alguna de ellas a la naranja. Podrá no hallar ningún parámetro objetivo que le permita discernir cuál tiene ese mejor derecho; y entonces, apoyándose en la equidad, dictaminará que se corte la naranja al medio y cada uno de los hermanos se llevará su mitad. Llevado este ejemplo al ámbito judicial, debemos convenir que el juez no tiene más que dos alternativas: o atribuye el derecho disputado (la naranja) en su totalidad a alguna de las partes, o dispone compartirla salomónicamente. En el primer caso, dando toda la razón a una sola, tendrá una parte plenamente satisfecha y otra completamente insatisfecha; y en el segundo, dando a cada una de ellas parte de su pretensión, probablemente quedarán ambas insatisfechas.

La utilización de alguno de los mecanismos alternativos no adversariales podría conducir a una solución diferente, lo cual no sólo amplía el espectro de posibilidades, sino que permite satisfacer íntegramente los intereses de ambos, de manera que las dos partes queden plenamente satisfechas. Para ello es necesario que en lugar de

53 El ejemplo ha sido elaborado por el Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard, y se cuenta entre los clásicos modos de exhibir la conveniencia de negociar cooperativamente.

concentrarse en los hechos y en el derecho que cada parte esgrima, el tercero neutral se concentre en averiguar cuáles son los reales intereses de cada parte. La pregunta que ningún juez se hace -obviamente porque no tiene obligación de hacerse- es para qué quiere cada parte el derecho que reclama. A los fines de lo que debe resolver como juez, poco importa el «para qué»; sólo importa si su reclamo es fundado o infundado.

¿Qué haría en el ejemplo la madre actuando como conciliadora? Indagando acerca de los verdaderos intereses de cada una de las partes, podría averiguar que un hermano quería hacer jugo, y el otro necesitaba la cáscara para un experimento que tenía que hacer en el colegio. La solución que aportaría satisfacción integral de los intereses de ambos será, obviamente, que el primero la exprima y obtenga el jugo, dejando el resto (la cáscara) al otro para que pueda hacer su experimento. Con ello, ambos habrán obtenido lo que verdaderamente querían, más allá de la pretensión que exteriormente trasuntaban. Cada uno habrá obtenido el 100% de lo que quería, en un esquema de solución netamente "ganador-ganador".

Así se demuestra que la conveniencia de intentar una conciliación debe analizarse con abstracción de la situación de crisis por la que atraviesa el sistema judicial. En el caso utilizado como ejemplo, aun el mejor litigio judicial no hubiese podido proporcionar una solución adecuada. Un juez -aun actuando en una situación ideal- jamás podría haber dado satisfacción plena a ambas partes, como puede lograrse mediante una conciliación eficaz.

Obviamente, las circunstancias del caso ejemplificado son ideales y no siempre se darán en la realidad. Habrá entonces muchos casos en que la única solución posible sea la adjudicación del derecho por parte de un tercero que la imponga como obligatoria. Pero deberíamos pensar que existe una enorme cantidad de supuestos en los cuales sería posible repetir -por cierto que en contextos de mayor complejidad fáctica-experiencias como la señalada, y en los cuales una solución creativa lleva a resultados más satisfactorios. Porque la mejor solución al conflicto produce, además de mayor satisfacción a las partes, economía de recursos y establece una relación más duradera entre ellas<sup>54</sup>.

54 Al respecto puede verse: MURRAY, John, RAU, Alan y SHERMAN, Edward, "Processes of dispute resolution: the role of lawyers", The Foundation Press, Nueva York, 1989.

## IX.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS Y LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DEL DERECHO

De lo dicho en los párrafos anteriores, se desprende la necesidad de reformular el contenido de la currícula de enseñanza del derecho en las universidades. A poco que asumamos la gravedad de la crisis que enfrenta la abogacía tradicional, es preciso generar un cambio que permita formar profesionales con un perfil más acorde con las necesidades sociales, más adecuado a los tiempos que se avecinan. El problema, una vez decidido el cambio, es cómo hacerlo para evitar que una mala implementación frustre en la práctica las bondades de una idea. Conviene por ello, pasar revista a las condiciones en que se brinda la enseñanza universitaria, y formular algunas reflexiones sobre el modo de encarar la nueva realidad.

El derecho viene soportando una crisis en las últimas décadas, a consecuencia principalmente del divorcio notorio entre la realidad dinámica que llevan las cosas y el inerte cuerpo normativo, muestrario de reglas estáticas. Como consecuencia de ello, las universidades -en general- muestran planes de estudio y metodologías pedagógicas obsoletas, lo que conduce a su vez a una deficiente formación profesional, en la que suele encontrarse uno de los factores esenciales que más negativamente influye en el actual cuadro de situación de la Justicia<sup>55</sup>. La enseñanza clásica del derecho a nivel universitario en la mayoría de los países latinoamericanos ha descansado tradicionalmente sobre una serie de presupuestos, vinculados con las concepciones teóricas dominantes acerca del derecho y de su conocimiento científico. Esos presupuestos, sintéticamente expuestos, son: que la universidad debe -y puede- enseñar todo el derecho positivo del país durante el limitado tiempo que dura la carrera de abogacía; que el derecho está formado solamente por las normas jurídicas; y que la universidad debe formar un tipo uniforme de abogado, el abogado litigante ante los tribunales estatales<sup>56</sup>.

En el aspecto que interesa resaltar a los fines de este trabajo, la formación universitaria que tradicionalmente se brindó en las universidades, se traduce en abogados que entienden su misión como la de investigar el sentido lógico de las normas vigentes, intentando prever -con el mayor grado de certidumbre posible- cuál podrá ser la interpretación que de esas mismas normas hará el juez. Conforme a ello, seleccionará

55 BERIZONCE, Roberto O., "Formación profesional y capacidad técnica del abogado", Rev. JA 1983-III-791.

56 CUETO RUA, Julio César, "Sobre el proyecto de plan de estudios para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA", Rev. LA Ley 1985-A-1093.

aquellas normas cuya aplicación considere más favorable para los intereses de su cliente, e intentará convencer al juez de que debe limitar su análisis a ellas, de manera de atribuir la razón a su parte.

La formación tradicional pone el acento en la transmisión de conceptos abstractos y teóricos provenientes de normas sustantivas, en el análisis de la naturaleza jurídica de las instituciones y de las opiniones doctrinarias. Así ha podido decirse que "la teorización es tan excesiva que nos manejamos en un alto nivel de abstracción, transformando el derecho en una operación con fórmulas algebraicas, olvidando el análisis de problemas reales. En todo caso, ofrecemos solamente conocimientos sumarios de la realidad por falta de tiempo. Y nos olvidamos del alumno, el que se transforma en un pasivo receptor de conceptos, sin posibilidad de comprender su significado ni aplicación práctica"<sup>57</sup>.

En definitiva, la mayoría de las Facultades de Derecho en nuestro continente están formando abogados conocedores del derecho positivo, y entrenados en procurar la aplicación de las normas a través del procedimiento judicial, único que conocen. Ello trae como consecuencia que todavía haya abogados que tienen una suerte de resistencia hacia los mecanismos alternativos de solución de controversias. Es lógico: no los conocen ni los han experimentado; ignoran su existencia o a lo sumo sólo tienen una idea superficial acerca de ellos. Por eso mismo no les resultan confiables ni se sienten seguros; tienen la presunción de que son más caros o menos eficaces; creen que los laudos arbitrales son menos válidos que una sentencia judicial; el temor a lo desconocido y la inercia a continuar con la rutina aprendida hacen que prefieran insistir en su intento de solucionar los conflictos de sus clientes a través del litigio judicial<sup>58</sup>.

Ello debe cambiar. Asumiendo que en las actuales circunstancias la capacitación de los abogados en estos temas resulta imprescindible para no ser desplazados del mercado, la enseñanza universitaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es impostergable. A partir de esa conclusión, creemos apropiado formular algunas reflexiones acerca del modo en que esa formación profesional debe llevarse a cabo.

57 HERNÁNDEZ, Lidia B., "La autocrítica: un punto de partida para mejorar nuestra enseñanza del Derecho", Rev. LA Ley 1985-A-872.

58 Sobre las razones por las cuales los abogados resisten los medios alternativos, ver CUETO RUA, Julio César, "El arbitraje y los abogados", Rev. JA 1991-I-945; MORELLO, Augusto M., "Los abogados y el arbitraje", Rev. JA 1992-IV-707.

Para ello, es necesario tener en claro cuál es el principal objetivo de su enseñanza: debe estar dirigido a provocar el cambio cultural que se necesita para que puedan ponerse en práctica los mecanismos alternativos, sin generar la falsa creencia de que a través de ellos puede darse solución a todos los problemas de la sociedad. Como bien se ha dicho respecto del arbitraje -en palabras que podrían igualmente aplicarse a cualquier otro medio alternativo-, "el arbitraje no es la panacea, ni mucho menos el mecanismo llamado a suplir al Poder Judicial, sino simplemente uno de tantos mecanismos que la sociedad puede y debe utilizar con miras a desarrollar alternativas que permitan la solución pacífica de las controversias. El arbitraje servirá sólo en aquellas áreas del quehacer legal donde demuestre ser, comparativamente hablando, mejor que el Poder Judicial u otros mecanismos privados en la resolución de los conflictos"<sup>59</sup>.

Si bien debe admitirse que el actual giro de nuestra sociedad hacia los mecanismos alternativos es consecuencia de la crisis del sistema judicial, es necesario poner claramente de manifiesto que las alternativas deben ser evaluadas con abstracción de la situación de la Justicia. Debe exponerse con claridad que la utilidad o conveniencia de buscar alternativas, no depende del buen o mal funcionamiento de la Justicia. En otras palabras: los mecanismos alternativos no se benefician con un sistema estatal ineficiente, sino que -al contrario- su propia eficiencia se ve seriamente perjudicada por la crisis de la Justicia. Esta crisis no conviene a los mecanismos alternativos; y ello debe ser cuidadosamente expuesto<sup>60</sup>.

La formación profesional universitaria debe tender a generar conciencia de que existen otras formas de dirimir disputas que no dependan exclusivamente del sistema estatal. Por la diversidad de roles que pueden darse en la actividad profesional del abogado<sup>61</sup>, en la etapa de formación universitaria habrá que brindar capacitación a quienes deban en el futuro tomar decisiones o asesorar sobre el modo más eficaz de solucionar un diferendo actual o potencial, apuntando a cubrir el déficit educativo que hoy se observa en la materia. La sociedad, impedida de acceder al sistema jurisdiccional clásico y conocedora de que este sistema generalmente provee soluciones inadecuadas y a

59 CANTUARIAS S., Fernando y ARAMBURU Y., Manuel Diego, "El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras", ed. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, Perú, 1994, pág. 36.

60 CAIVANO, Roque J., "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", Rev. La Ley 1994-A-868.

61 Puede verse, con más amplitud, MORELLO, Augusto M., "¿Qué es ser abogado a fines de centuria?", Rev. JA 1995-II-987.

destiempo, está reclamando soluciones más racionales. El ciudadano común no sabe cómo ni cuáles; pero sí cree que algo debe hacerse. La comunidad espera una respuesta de los abogados, que son los profesionales técnicamente capacitados para liderar el cambio.

Por ello, el proceso de enseñanza-aprendizaje no debe limitarse solamente a transmitir el conocimiento y el entrenamiento en las técnicas ya conocidas, ni pensarse bajo la óptica de la conciliación o el arbitraje. El propósito debe ser el de formar un nuevo estilo de profesionales, preparados técnica y culturalmente para generar nuevas alternativas y opciones. La transmisión de información teórica, la puesta en práctica de las técnicas conocidas, el entrenamiento y el conocimiento acerca del funcionamiento de los mecanismos alternativos más usuales, debe complementarse con una adecuada concientización acerca de la necesidad de cambiar el enfoque tradicional.

A la capacitación teórica, práctica y funcional, se le añadirá una formación cultural que los convierta en profesionales modernos y abiertos a las alternativas de cambio. Poco habremos avanzado en el cambio cultural que se propugna si sólo capacitáramos a los estudiantes en las técnicas de arbitraje y mediación con la misma concepción que se nos enseñó el derecho en las décadas pasadas. No basta con entrenar mediadores o formar expertos en las técnicas del procedimiento arbitral. Debemos preocuparnos más por sembrar en ellos la semilla de la creatividad en la búsqueda de mecanismos de solución de controversias, pues sólo así estaremos preparando profesionales más compenetrados con su misión y mejor entrenados para dar las respuestas más eficientes para cada caso<sup>62</sup>.

No deben reiterarse los errores del sistema de enseñanza tradicional, que transmitía sólo el derecho positivo conocido, sin enseñar a razonar sobre el modo de resolver problemas o de actuar en situaciones reales. Debemos educar a los futuros abogados para pensar, entrenarlos para que sean expertos "solucionadores de problemas" y no meros conocedores teóricos de las disposiciones legales del derecho positivo. La formación cultural debe permitirles desenvolverse ante las diferentes situaciones que la vida profesional les deparará. Es necesario prepararlos de manera que cualquiera

62 Así lo estamos haciendo en un curso del Ciclo Profesional Orientado de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Si bien es aún una materia optativa, tiene un alto grado de aceptación (el cupo de alumnos admitidos siempre se completa) y una excelente respuesta (las evaluaciones de los tres cuatrimestres son sumamente positivas). CAIVANO, Roque J., "Los medios alternativos de resolución de controversias y la formación profesional de los abogados", Rev. La Ley 14/8/95.

sea el derecho positivo o el sistema ante el cual le toque actuar, tengan las herramientas básicas para desempeñarse con idoneidad y eficiencia.

Los mecanismos alternativos son esencialmente flexibles, dinámicos, cambiantes, no atados a rígidas estructuras ni a preconceptos, abiertos a explorar nuevas variantes o a mejorar los mecanismos conocidos y existentes, combinándolos o ajustándolos a las necesidades del caso. Esa es precisamente su mayor ventaja: puede construirse un sistema de solución de controversias para cada caso en particular. Pero ello no será posible sin un cambio cultural, que va más allá de enseñar conciliación o arbitraje. Las universidades deben liderar ese proceso, impulsando una nueva mentalidad en la forma de acercarse a los problemas, que elimine prejuicios y hábitos y que permita desplegar todo el potencial de creatividad e imaginación. Sólo así los abogados seremos verdaderos colaboradores en la tarea de resolver conflictos, con beneficio directo para nuestros clientes y para la sociedad en su conjunto.

## X.- CONCLUSIONES

Es evidente que la justicia ha entrado en un estado de colapso y que no se advierten posibilidades de revertirlo en el mediano plazo. Esa misma crisis, sumada a una serie de deficiencias formativas y culturales, hace que la propia abogacía se vea también seriamente afectada. Ello se traduce en la práctica en falta de prestigio y reconocimiento social de la profesión de abogado, ingresos económicos muchas veces insuficientes, un trabajo diario reducido a tareas rutinarias. Por otro lado, es también palpable que los mecanismos alternativos van creciendo en popularidad día tras día, lo que permite aventurar una mayor utilización en el mediano plazo.

De allí nuestra insistencia en que los abogados debemos reaccionar, cambiando nuestra manera de encarar la defensa de los intereses que se nos confían y preparándonos para operar bajo premisas diferentes. Debemos profundizar el conocimiento sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias, y si consideramos que pueden brindar una respuesta más eficiente, es preciso que comencemos a aconsejar a nuestros clientes otras formas que eviten el pleito judicial. Debemos abandonar la óptica con que tradicionalmente enfrentamos los problemas de nuestros clientes. Debemos aprender a flexibilizar nuestros mecanismos de trabajo para poder prestar un servicio más eficiente y acorde con los tiempos que corren<sup>63</sup>. Es misión de los abogados ante al siglo que viene, transformar nuestra mentalidad, capacitarnos y difundir en nuestra tarea diaria los beneficios que la sociedad obtendrá a través de estos cambios<sup>64</sup>.

Este cambio de mentalidad no puede hacerse esperar. La indiferencia o el desconocimiento respecto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no puede persistir. De hecho, hay señales de que ello está modificándose con el correr del tiempo, como consecuencia de las exigencias propias de la actividad económica, que de manera constante busca nuevos caminos para lograr la eficiencia dentro de un mundo cada vez más competitivo. Los principios de excelencia y calidad total, que integran ahora el repertorio de la gestión empresarial, van a tener que llegar a los

63 SAGUIER. Julio César, "El camino de la mediación", *La Nación*, 19/9/94, pág. 9.

64 "La mediación: un desafío frente al siglo XXI", ponencia presentada por la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Asociación de Abogados de Buenos Aires al I Congreso Internacional Interdisciplinario (La Justicia y la Abogacía frente al siglo XXI), publicado en *Revista Plenario*, Año I, Nro. 5, octubre de 1995.

estudios de asesoramiento jurídico para lograr una solución más dinámica en las controversias<sup>65</sup>.

La realidad va imponiendo ese cambio de mentalidad: la transformación de la cultura adversarial tradicional en una nueva cultura negociadora, conciliadora y flexible, en la que el abogado tendrá el rol fundamental de ofrecer nuevos servicios y caminos más eficientes para los problemas de sus clientes. Los empresarios, y la gente en general, reclaman de los hombres de derecho nuevas alternativas, por lo que las universidades deberán tomar la posta de formar nuevas generaciones de profesionales capacitados para reducir el costo de resolver conflictos, entendiéndose que la sobrecarga de los tribunales y el apego a los formalismos en nada contribuye a solucionar los problemas de la sociedad<sup>66</sup>.

Para lograr ese objetivo, entre otras cosas, resulta necesario comenzar una profunda transformación en la enseñanza universitaria, que deberá formar abogados entrenados para pensar creativamente sobre las diversas formas de encarar la resolución de un conflicto, conociendo diferentes mecanismos -y aprendiendo a diseñar nuevos- que ayuden a sus clientes obtener mejores resultados. De esta manera, las futuras generaciones de abogados serán más conscientes al considerar las posibles soluciones y estarán más inclinados a examinar las consecuencias -legales y no legales- de cada conducta humana. En suma: serán abogados menos propensos a pensar automáticamente en el litigio judicial como variante exclusiva y excluyente, y más preparados para imaginar nuevas fórmulas.

Las perspectivas de los métodos alternativos de solución de conflictos en Latinoamérica son buenas. La fuerza de la realidad va imponiendo su creciente utilización. La insistencia en la difusión del tema está empezando a mostrar sus resultados. Paulatinamente va horadándose la coraza con la que muchos abogados -imbuidos por prejuicios o resistencia al cambio- se habían protegido contra el avance inexorable del arbitraje y la conciliación. En los próximos tiempos se estima que el crecimiento será vigoroso, geométrico, que los casos se multiplicarán en una suerte de reacción en cadena. A medida que vayan resolviéndose satisfactoriamente, se generará un efecto positivo de confianza que se irá extendiendo en la comunidad.

65 ROVIRA, Raúl L., "El futuro del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias", ED 24/12/92.

66 PADILLA, Roberto E., "Negociación y solución de conflictos", diario *La Nación*, Buenos Aires, 14/7/93.

A raíz de ello, el tema ya no resulta indiferente para los abogados, que empiezan a ver en estos mecanismos una posible salida a la crisis en que se encuentra sumida la profesión. Los últimos focos de resistencia están comenzando a ceder ante lo inevitable. Con mayor o menor grado de convicción, con plena certeza de que este es el camino correcto o con temores subyacentes, con entusiasmo o a regañadientes, los abogados están empezando a sumarse al movimiento mundial que preconiza las ventajas de resolver los conflictos sin acudir al Poder Judicial. La sensación mayoritaria es que frente a lo inexorable del cambio, es necesario estar en la ofensiva, o al menos no quedar completamente al margen.

En síntesis, la realidad va imponiendo la necesidad de promover una modificación en la mentalidad pleitista y litigiosa de los abogados. La abogacía tradicional está en crisis, y el cambio aludido aparece como la única posibilidad de supervivencia en un mundo que está exigiendo un perfil diferente, que reclama un tipo de abogado distinto, en lo que abogados y universidades tienen responsabilidades primarias, asumiendo la realidad y la necesidad de este cambio, y preparándose para enfrentar los desafíos de la abogacía del siglo XXI.

RICOURT GÓMEZ, Arelis y PROSCOPIO PÉREZ, Juan: "Módulo I: Introducción a la Resolución Alternativa de Disputas". En: LI ROSI (Coord.): *"Resolución Alternativa de Disputas"*. 1ra. Ed., Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2002, pp. 23 - 33.

## 1.3 Definición de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

### 1.3.1 Concepto amplio y restringido de sistemas alternativos

Además del litigio, siempre han existido otros modos de resolver conflictos, pues indudablemente, no es el derecho la única solución a que acuden los contendientes. Puede verse desde dos ópticas:

1. Concepto amplio: Desde el punto de vista conceptual y del análisis social, todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión autoritaria, de manera que en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución.

2. Concepto restringido: Lo que interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encausar positivamente las disputas, a más de las que se solucionan por vía de su ingreso al sistema judicial, considerándose tales - en sentido estrecho - las que conocen los abogados: arbitraje, mediación, conciliación.

La administración de justicia en todos los países se encuentra confiada a la responsabilidad de los Estados, constituyendo uno de los servicios de más difícil prestación por los inmanejables niveles de corrupción, morosidad, falta de independencia e inequidad que han demostrado, además de representar una carga presupuestal y burocrática. En torno a la misma, se viene implementando diversos programas de reforma y modernización.

En esta medida, en países como los nuestros donde la administración de justicia no han respondido de acuerdo a las demandas sociales, y ante la necesidad de copar este vacío, son los propios usuarios del servicio de justicia - en algunos de los casos con el auspicio y apoyo del Estado - los que han promovido la utilización de mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de sus conflictos.

Estos mecanismos se han convertido en medios más eficaces y menos onerosos que el Poder Judicial para la solución pacífica de sus disputas. Existe una marcada corriente doctrinal que busca mejorar el funcionamiento del Poder Judicial mediante la reducción de la demanda del servicio de justicia por parte de la sociedad, esto es, reducción del número de conflictos sometidos a los tribunales para ser resueltos por éstos.

La existencia de estas vías alternativas o medios extrajudiciales de solución de conflictos, están íntimamente relacionadas con la identificación de diversas insuficiencias en los sistemas judiciales. Entre otras, existe déficit de recursos, dado que el índice de conflictividad en la sociedad contemporánea supera grandemente las asignaciones hechas a los sistemas judiciales.

Es bueno aclarar, por lo que señalamos enfáticamente que: la utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, no niega la vía judicial, si no por el contrario busca el fortalecimiento del Poder Judicial como medio eficaz de solución de conflictos debido a que por su utilización se puede reducir la carga de trabajo judicial. Asimismo busca neutralizar la diversidad de conflictos derivándolos a un acuerdo entre las partes.

Todas las sociedades, las comunidades y las organizaciones afrontan conflictos en diferentes oportunidades. Las disputas son un hecho real. La Resolución Productiva del conflicto dependen, en su mayor parte, de las cualidades de los participantes para idear procedimientos eficaces a la Resolución del problema sobre la base de la cooperación mutua, excluyendo la desconfianza y la animosidad. Las personas que afrontan conflictos, a menudo, necesitan ayuda para resolver sus controversias. A escala mundial, la cooperación se está convirtiendo en la clave de la supervivencia humana. La cooperación no significa el fin de la competición, no eliminaremos nuestras diferencias, pero podemos enfrentarlas más constructivamente. Sin lugar a dudas, el recurrir a los tribunales es siempre costoso y largo. En juicio las partes tienen posiciones encontradas, son representadas por sus abogados, no pudiendo tener una participación directa activa en la exposición del problema ni mucho menos en la decisión del mismo. Además en este método de resolución adversarial de controversia las partes no tienen el poder de la autorresolución de los conflictos, amén de que falta la privacidad. Los métodos que mundialmente han dado un mejor resultado, por ser no-adversariales, donde las partes tienen el poder de decisión y de auto resolver los conflictos, son denominados hoy en día Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, donde las partes recuperan su auto estima, pues se sienten capaces de volver a tomar las riendas del conflicto, contrario a un tercer individuo que decida por ellas, sino que el poder lo retienen las personas, son ellas mismas las protagonistas y participantes de

la Resolución alcanzada, por lo que asumen el control de la propia situación haciéndose responsables de la decisión y de cómo llevar adelante el acuerdo alcanzado. Si van a mediación estarán frente a una persona que desempeña el rol de simple comunicador entre las partes y no es árbitro ni juez, ya que no es él quien resuelve en definitiva, sino que lo hacen las partes mismas.

Uno de los mitos más generalizados de nuestro tiempo, ha sido el pensar que el Estado es el único ente suficientemente neutral que puede asimilar todas las demandas que identifica a una sociedad determinada. El Estado aparece como el ideal intermediario de los intereses de los diversos grupos sociales y étnicos que aparecen en su territorio.

Por otro lado, dentro de los diversos grupos que integran una determinada sociedad aparecen propios órganos de resolución frente a los diferentes conflictos que se viven. Se trata de órganos legitimados, a donde los miembros de determinados grupos recurren y desde donde se procura siempre poner fin a los referidos conflictos. Puede ocurrir que estos órganos se encuentren en relación con propios órganos oficiales, recurran al apoyo de éstos en determinados momentos, pero lo que más importa es que, a pesar de ello, luchan por mantener su propia identidad. Este es el caso de la Cámara de Comercio del Distrito Nacional.

Se habla de métodos “alternativos” como lo contrapuesto al litigio judicial, es decir contrario al procedimiento tradicional de solucionar las disputas en los tribunales; son conocidos también como ADR conforme a la terminología sajona, hoy en nuestro país cuando se hace referencia a ellos. Cuando son escuchados en público la generalidad se remonta a las conciliaciones previas exigidas por algunas leyes especiales y al arbitraje, como los métodos más conocidos por nuestra población que constituyen vías para obtener o tratar de lograr la solución de conflictos antes de llegar a la fase judicial.

Para Marcelo Pablo Perazolo son métodos alternativos los “contrapuestos al litigio judicial. Cuando se analizan los ADR, se lo hace desde la perspectiva que representan vías o canales alternativos (y generalmente previos) al conflicto judicial concreto”.

Oswaldo Alfredo Gozaíni define los métodos alternos para la resolución de disputas como «formulas de entendimiento racional, donde la crisis no se identifica necesariamente con la subsunción de los hechos en la norma jurídica; Es decir, que persiguen la solución concertada, pacífica, sin tener que detallar el encuadre jurídico donde insertar la motivación fundante».

Indicando, además, que «el diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: se debe abandonar la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias». Señala Gladys Alvarez que “El tema de la resolución adecuada de los conflictos sociales es una preocupación central de los estados democráticos y modernos que persiguen el bienestar social de la población. Su institucionalización abarca tanto mecanismos voluntarios e informales como obligatorios y coactivos. Comprende una amplia gama de acciones y procesos que tratan el conflicto desde distintas perspectivas y alcances: su abandono, prevención, administración y resolución mediante los llamados métodos alternativos, la negociación, conciliación, mediación, arbitraje u otros híbridos, por un lado, y por el otro se encuentra la decisión del juez que aplica la ley (expresión de los valores constitucionales) bajo amenaza de coerción. Las investigaciones realizadas en Latinoamérica y en los Estados Unidos, muestran que no existe una terminología unívoca para distinguir los diversos procedimientos, técnicas e institutos que se incluyen bajo el nombre de Resolución Alternativa de Disputas (RAD). No obstante ello está surgiendo cierta inquietud para clarificar conceptualmente esta diversidad de mecanismos alternativos a la decisión judicial. El objetivo central, más que un purismo lingüístico, es mejorar la comunicación entre los que se encuentran trabajando en este campo, ya sea desde la actividad académica o desde la práctica, y evitar que con nombres distintos se esté aludiendo a un mismo procedimiento o viceversa que con el mismo nombre se estén mencionando técnicas distintas con el riesgo de verse arrastrado a confusiones y a disputas verbales innecesarias”.

Y, de manera más lacónica Héctor Geraldo Humaschi indica que aquellos métodos considerados como “sistemas no adversariales, o sea sistemas en lo que predomina el valor colaboración sobre el valor confrontación. Indicando que son “no adversariales: negociación, mediación, conciliación, tercero neutral”.

En síntesis, podemos decir que la resolución alternativa de conflictos engloba el conjunto de procedimientos que permite resolver un litigio sin recurrir a la fuerza o sin que lo resuelva un juez. Es un mecanismo conducente a la solución de conflictos jurídicos por otras vías que no son la justicia institucional, tradicional u ordinaria.

Teniendo en consideración los elementos que concurren, se puede decir que:

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas formas de administrar justicia por medio de los cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto - ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa - concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución del mismo a través de un acuerdo

mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecutabilidad.

### 1.3.2 Características:

Los métodos de resolución de conflictos son FLEXIBLES, en el sentido de que el proceso no persigue un orden predeterminado y que no está sometido a las reglas legales. Son voluntarios, porque las personas ingresan a ellos por propia decisión, ellas mismas determinan cual es la información que transmiten y cual ocultan, deciden si llegan o no a un acuerdo y se retiran cuando ellas así lo estimen, en el mismo instante en que dejen de sentirse cómodos. De ahí que los acuerdos son muy eficaces, teniendo una mayor probabilidad de éxito por la carga emocional que posee algo que decidimos en conjunto.

Son además eficaces y llenos de equidad, porque contemplan los intereses de ambas partes, es un proceso de triunfo, todas ganan, el énfasis no está puesto en quien gana o pierde sino en establecer las necesidades de los participantes y esto es precisamente lo que hace que sean eficaces y los recursos son aprovechados de manera íntegra.

Son métodos confidenciales, pues se firma un acuerdo confidencial, donde se establecen las reglas del proceso y se garantiza que nada de lo que allí se hable será transmitido fuera del ámbito del procedimiento.

En fin, la economía en tiempo y dinero son unos de los principales motivos de porque más personas acuden a los métodos alternos de resolución de disputas, ya que resuelven sus conflictos en algunas sesiones a diferencia de un proceso judicial largo y costoso, en tiempo y energías.

Pero un aspecto muy importante es que reducen la rivalidad y mejora la calidad de las relaciones humanas ya que alienta la comunicación entre las partes, posibilitándole corregir sus percepciones.

Podemos decir que estos métodos abarcan la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación y otras maneras de resolver los conflictos centrados en la comunicación eficaz y la negociación, más bien que de usar procesos adversariales de adjudicación. Podemos clasificar dos tipos básicos de resolución alternativas de conflictos existente: métodos non-binding, tales como mediación y negociación, que asisten a alcanzar, pero no imponen, una resolución del conflicto. Hay también métodos obligatorios, tales como arbitraje. También existe la combinación

de estos métodos.

En fin, podemos decir que:

1. Hacen posible la solución de los conflictos al margen de los tribunales.
2. Reducen el costo y la dilación con relación al proceso judicial.
3. Previenen conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales.
4. Incrementan la calidad del resultado final de la resolución del conflicto.
5. Los mecanismos alternativos no desconocen la necesidad del monopolio de la resolución de conflictos por parte del Estado, pero la limita a ciertos ámbitos. (Ej. interés público).
6. Los mecanismos alternativos permiten el acceso de conflictos colectivos para que sean resueltos adecuadamente, así mismo permiten el tratamiento y solución de casos de los sectores populares, situación negada en la justicia institucional u ordinaria.
7. Los mecanismos alternativos propugnan una Cultura de Paz. Aquella litigiosidad represada con la que cuentan nuestros países, es neutralizada por los mecanismos alternativos eliminando en la mayoría de los casos la secuela de violencia que tiende a obstaculizar el funcionamiento de estos mecanismos.
8. Los mecanismos alternativos representan la tendencia de reestructuración de los sistemas judiciales, teniendo como fundamento predominante el acceso a la justicia de una mayor cantidad de conflictos.
9. Los mecanismos alternativos fortalecen la democracia participativa como la vía más adecuada para solucionar determinadas controversias.

### 1.3.3 ¿Se trata de una privatización de la justicia?

La resolución de conflictos no constituye un modo de privatizar la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial, sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar un servicio mas completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día. Sea que lo ofrezcan los tribunales o se organicen fuera del sistema judicial, la mayor satisfacción y más amplia gamma de posibilidades que obtengan los partícipes en un conflicto, permitirá a los jueces dedicarse mejor y circunscribirse a los casos que no obtengan solución anterior.

Tan diferentes opiniones suscitan el temor de sacar del sistema judicial a una cantidad de casos, que hay quienes consideran que el Poder Judicial sólo quedará para los pobres, ya que los ricos acudirán a estos nuevos modos de justicia «privada»; pero, otros creen que el Poder

Judicial andando mejor y con lo caro que es, solo quedara para los ricos, debiendo los pobres resolver sus conflictos por medios alternativos que son más baratos.

Cabe aclarar que la resolución alternativa no constituye una panacea, válida para todos los casos, sino un complemento de la decisión judicial, que como servicio y como Poder del Estado deben ser sostenidos. El juez no debe claudicar en su alta misión, mas para que su tarea sea eficiente, otros modos de resolver los conflictos deben coadyuvar con el clásico.

## Capítulo 2: Ventajas del Uso de la RAD

### 2.1 Ventajas de la resolución alternativa de disputas (RAD)

Los métodos alternativos de resolución de disputas llegan a resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea arbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo -o en vez de- a que se inicie, descontando ya que se haya intentado la negociación directa entre las partes y que ella haya fracasado.

Desde el punto de vista de los abogados, las ventajas de estos métodos alternativos son innegables, pues aunque sus honorarios de asistencia o consejo sean a veces menores, los cobrará antes; además, su actividad se limita a unas pocas semanas, lo que permite multiplicar los casos en que interviene. La clientela se lo agradecerá y aumentará.

En líneas generales, sin perjuicio de sus particularidades propias, estas formas de resolución de disputas tienen ventajas de ser:

Rápidas: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema en pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia o en pocas horas.

Confidenciales: Los procedimientos no son públicos, sino privados, con lo cual lo que ocurre en ellos es a puertas cerradas y de carácter confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa.

Informales: Si bien existen procedimientos, debe insistirse en el escaso formalismo que los rige.

Flexibles: Las soluciones a que se arribe no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en hechos únicos de su caso.

Económicas: Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso mas siempre son baratos si se relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.

Justas: La solución a las controversias se adapta mas a las necesidades de las partes.

Exitosas: Una vez que los programas se encuentran en marcha, de acuerdo a la experiencia de acuerdo a los países que han implementado los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD), el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

### El abogado frente a la Resolución Alternativa de Disputas

La preparación del abogado para prácticas más suaves que el combate judicial, como lo son la reconciliación y el acomodamiento de los intereses de las partes, ha traído duras críticas de quienes consideran que no puede generalizarse este tipo de solución sin poner en riesgo el valor de la justicia.

Entre los inconvenientes a la resolución alternativa de disputas encuentran: El desequilibrio de poder entre las partes: entienden que la resolución alternativa se inspira en la noción de un litigio judicial como controversia entre dos vecinos con similar poder y en situación de igualdad, quienes llegaran aun acuerdo que no es mas que el anticipo de los que las partes predicen que hubiera resuelto el juez en la sentencia; pero, en realidad, la mayoría de los juicios no involucra una cuestión de propiedad entre dos vecinos iguales, sino a personas con posición económica diferente, a miembros de minorías, etc. Y en la situación, la escasez de recursos o la posibilidad de trasladar los costos invariablemente infectara el proceso de negociación. El sujeto de menor poder no estará completamente al tanto de sus derechos o posibilidades, se verá explotado, o forzado a acordar por falta de dinero.

La falta de representación suficiente para dar consentimiento: entienden que la resolución alternativa presupone a individuos que hablan por si mismos y se atan por las reglas que ellos crean; pero a veces los abogados o representantes de las personas jurídicas, grupos u organizaciones arriban a acuerdos que no son los que mejor atienden a los intereses de sus clientes, participes o subordinarios.

DIRECCIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS y CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ: “Diplomado sobre Litigio Arbitral”. 1ra. Ed. Fondo Editorial del Ministerio de Justicia y del Derecho, Colombia, p. 5 - 14.

### 1.1. La cultura del litigio y la justicia sin consenso o impuesta.

**E**l sistema jurídico, especialmente en el ámbito judicial, tiene un objetivo abstracto que es el descubrir la verdad. Para este fin, los tribunales judiciales necesariamente utilizan un método de confrontación de modo tal que, una vez que el pleito judicial se ha iniciado, un tercero neutral denominado juez declara el derecho, resolviendo de esta manera el conflicto. Esto es lo que se denomina justicia sin consenso o impuesta. El juez cumple su función luego de adelantar un procedimiento contencioso, lo que exige tiempo, dinero y nuevas fricciones entre los contendientes.

En la justicia impuesta el punto de referencia de lo justo es una norma general y abstracta que se aplica mediante un silogismo, en el que la premisa mayor es la norma que regula un determinado supuesto, la premisa menor serán los hechos ocurridos en la situación que se discute en el proceso judicial y la conclusión será la sentencia. Una vez en firme el fallo, la conclusión del silogismo será definitiva y será impuesta por virtud del imperium del Estado.

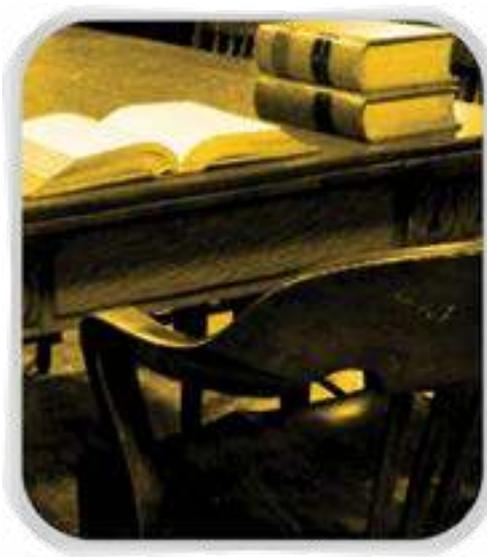
Aparece, en consecuencia, la real necesidad de encontrar otros métodos de solución de controversias, con ventajas para el sistema judicial sobrecargado y para los ciudadanos comunes que no tienen un fácil acceso al mismo o que, por distintos motivos, no pueden

sobrellevar la pesada carga que impone un juicio ante la jurisdicción permanente.

Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir o resolver las controversias de los asociados al menor costo posible tanto para las partes como para el mismo sistema. Así las cosas, llegarán a los tribunales judiciales los conflictos en que ello sea absolutamente necesario, en otras palabras, los tribunales no deben ser la primera opción de resolución de los conflictos. Por el contrario, ellos deben recibir el conflicto después de haberse intentado la utilización de los métodos de resolución, salvo que, por la naturaleza del tema, las partes involucradas u otras razones, el tratamiento alternativo no sea viable.

La ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional. De esta manera, se genera una cultura del litigio arraigada en la sociedad actual que debe ser revertida si se desea un sistema de administración de justicia más eficiente. En definitiva, lo que califica a una cultura como litigiosa no es el número de conflictos que presenta sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma contenciosa.

Esta cultura del litigio y el descontento que trae consigo hace surgir el movimiento denominado Resolución Alternativa de Conflictos.



Pero la pregunta es ¿cómo implementar los mecanismos alternativos para resolver conflictos cuando tenemos una tradición litigiosa? ¿Cuáles son las posibilidades reales de implantar formas nuevas y creativas de resolver las disputas cuando es latente la desconfianza hacia el otro y la intolerancia a las ideas contrarias?

### 1.1.1. La justicia por consenso

Más allá de la promulgación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya sea por vía constitucional, como en el caso de Colombia, Venezuela o El Salvador, o legal como sucede en la mayoría de países, el desafío que se presenta es el de buscar la forma de cambiar el pensamiento colectivo de la sociedad hacia la resolución creativa, participativa y pacífica de sus controversias.<sup>1</sup>

El planteamiento no puede ser que por su simple inserción en el derecho positivo de un país, los medios alternativos de solución de diferencias serán efectivos. Por el contrario, los mecanismos alternativos deben consolidarse como parte de la cultura de una sociedad y como una imperiosa necesidad de participar en la determinación constructiva de nuestro propio destino y de una nueva noción de realidad pacífica, tolerante y participativa.

Al respecto, la tratadista Linda R. Singer en su obra Resolución de Conflictos, señala que la consolidación del movimiento denominado "alternative dispute resolution" o ADR se origina en 1976 cuando el juez Warren E. Burger, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, analizó en una conferencia las causas del descontento de la sociedad americana con la administración de justicia. En dicha conferencia, el juez Burger comentó su preocupación por la congestión de los despachos judiciales y el posible colapso de todo el sistema judicial. Este acontecimiento histórico generó el interés de todas las instituciones legales norteamericanas en los Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias.

Por ende, es claro que los mecanismos alternativos de resolución de controversias no pueden circunscribirse a la simple concepción de descongestión de los tribunales judiciales, que aparentemente es la razón inicial de su consagración. La esencia de esta clase de mecanismos es buscar una forma diferente de resolver los conflictos, una oportunidad para aceptar al otro, para construir una justicia de consenso para la reconstrucción del tejido social;<sup>2</sup> en palabras de Carlos Martín Beristain: "Restaurar la verdad y el sentido de justicia forman parte de las necesidades psicosociales para reconstruir el tejido social" y como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, evitando el conflicto en la sociedad y logrando el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal.<sup>3</sup>

Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente; en palabras de Auerbach, "sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho".<sup>4</sup>

Con base en lo anterior, nace el concepto de justicia por consenso, como elemento esencial de la Resolución Alternativa de Conflictos, el cual le otorga una nueva visión a dichos mecanismos, en la medida que son las partes quienes encuentran la opción o el camino para solucionar las diferencias que las divide.

2. Beristain Carlos Martín. Reconstruir el Tejido Social. Barcelona. Editorial Icaria Antrazyt, 1999. Página 274.

3. En criterio de algunos sociólogos del derecho estos procesos incrementan la democracia, al menos por cuatro razones: (i) porque acercan la justicia a los criterios populares de equidad; (ii) porque son procesos participativos pues restituyen a las personas y a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias, ya que en general las decisiones se fundan en el asentimiento de las partes involucradas; (iii) porque se fundan en el consenso, en la búsqueda de acuerdos, con lo cual incrementan la deliberación democrática, puesto que los ciudadanos deben aprender a defender los derechos propios pero reconociendo la legitimidad de los derechos ajenos. Y (iv), finalmente, porque, como lo han mostrado los llamados enfoques "transformadores" en el campo de la mediación, una solución conciliada de un conflicto tiende a fortalecer dos virtudes democráticas esenciales para un ciudadano: su autonomía, pues le enseña a manejar sus propios problemas, pero también la búsqueda del acuerdo, obliga a la persona a comprender al otro y expresar preocupación y consideración por sus intereses y valores, lo cual la vuelve un individuo más compasivo, solidario y con capacidad de reconocimiento del valor de las diferencias y del pluralismo. Esta es la opinión de Rodrigo Uprimny vertida en el documento "Jueces de Paz y Justicia Informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones".

4. Auerbach S Jerold. Justice Without Law, Oxford University Press, 1983, p 16.

1. Singer Linda R. Resolución de Conflictos. Buenos Aires. Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996. Página 19.

### 1.1.2. Heterogeneidad del sistema de administración de justicia.

A pesar de lo anterior, los escenarios antes indicados no son absolutos. De una parte, la justicia por consenso tendrá algunos límites inspirados en consideraciones de orden público o de transigibilidad que impedirán que algunos asuntos sean objeto de resolución mediante acuerdo privado. Desde el ángulo opuesto, ello también significa que el aparato judicial del Estado no debe pretender a ultranza mediar en la totalidad de las relaciones sociales en las que se demanda justicia. Esta dinámica conlleva lo que algunos llaman un sistema de justicia heterogéneo.

Sobre el particular las tratadistas Gladys Álvarez y Helena Highton señalan que la garantía que ofrece el Estado a los ciudadanos de proteger sus derechos a través del poder judicial, no es suficiente y es esta la razón por la que deben existir otras vías de solución de controversias que puedan ser tanto más efectivas, como menos costosas, así como rápidas, eficientes y asequibles; esto le dará más valor

a los métodos alternativos y cumplirán el objetivo de mejorar las relaciones futuras de las partes. *“Se reconoce así que el sistema formal y tradicional de la justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos jurídicos y que los conceptos de justicia y de administración de la justicia deben ser redefinidos con criterios más amplios y abarcativos. Así por ejemplo cuando se sostiene que sólo a través del pronunciamiento de los jueces los ciudadanos pueden acceder a la justicia, se está operando sobre el concepto de justicia legal y dejando de lado la justicia intrínseca del caso que puede ser encontrada y satisfecha por las partes involucradas, sin intervención del estado, cuando no esté de por medio el orden público u otras razones superiores al interés individual”.*<sup>5</sup>

De lo anterior, no se deduce que la resolución alternativa de conflictos sea perfecta o que pueda reemplazar totalmente a la justicia permanente.<sup>6</sup> Lo que se quiere resaltar es que los métodos alternativos son herramientas útiles en el desarrollo de la administración de justicia para lograr el deber ser de la justicia y que satisfaga los verdaderos intereses de las personas que acuden al sistema jurisdiccional. En este contexto, resulta claro que la justicia

5. Álvarez Gladys; Highton Helena. Mediación para resolver conflictos. Ediciones Ad-hoc. 2ª edición, 1998.

6. Ver Rosario García. Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina. Artículo publicado en Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho n° 26-27. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2002. Pág. 176.

### 1.2. Concepto y clasificación de los MASC

Afirma el juez Warren Burge que “la noción de que los ciudadanos comunes quieren jueces con toga negra, abogados bien vestidos y tribunales bien revestidos como marco para resolver sus disputas no es correcta. La gente con problemas, lo mismo que la gente con enfermedades, quiere remedios, y los quiere lo más rápido y barato que sea posible.”<sup>8</sup>

Con base en lo indicado anteriormente, se ha creado el concepto de resolución alternativa de conflictos, que otros denominan equivalentes jurisdiccionales. En la búsqueda de una definición completa de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, necesariamente se debe considerar el contenido actual de acceso a la justicia y el fin fundamental de la función pública de administrar justicia, donde la participación ciudadana, el pluralismo ideológico y la misma dignidad del hombre constituyen pilares fundamentales de un estado social de derecho. En esta perspectiva, una opción de definición es la ofrecida por Álvarez y Highton cuando afirman que “se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, uso de la fuerza o el abandono del conflicto.”<sup>9</sup>

por consenso proveniente de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no es sustitutiva sino complementaria o alternativa de la justicia estatal formal. De ahí la necesidad de que sea desarrollada gradualmente por el legislador, como expresión de una política de Estado tendiente a propiciar la vinculación de la sociedad civil en la construcción de su propio destino.

Por las mismas razones, la institución de la resolución alternativa no debe ser impuesta unilateralmente por el Estado con el fin de solucionar los problemas estructurales que aquejan a la administración de justicia. Porque, en vez de propender por la eficacia de esta función pública, se estarían generando serios problemas prácticos producto del resquebrajamiento de la autonomía de la voluntad privada, y la consecuente desconfianza de las partes en los árbitros, conciliadores o mediadores.<sup>7</sup> Por ello, en este campo se impone la necesidad de que el Estado y la sociedad civil aúnen esfuerzos para construir un sistema judicial eficiente.

7. Jaramillo, Mario. “Justicia por consenso”. Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1996. Páginas 59 y 60.

8. Burger Warren E. Delivery of Justice, Minnesota, 1990. Citado en Álvarez, ob.cit, página 150.

9. Cfr Álvarez Gladys; Highton Helena, ob cit..

## 1. Introducción al Arbitraje

Para otros, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos podrían definirse como un conjunto de fórmulas legamente reglamentadas por medio de las cuales es posible administrar justicia, aunque no están integradas a la justicia ordinaria y sin que el Estado imponga sus actos de manera coactiva.<sup>10</sup>

Sin embargo, la denominación de “alternativos” de estos mecanismos se fundamenta en el hecho de ser unas formas diferentes y distintas a la justicia permanente u ordinaria. Sin que ello implique que no estén integrados dentro del sistema de administración de justicia, función esencial del Estado, ya que es la Ley la que los institucionaliza y les confiere el poder de solucionar conflictos.

De lo tratado hasta el momento, se pueden extraer las siguientes características de los mecanismos alternativos:

- (I) Tienen consagración legal.
- (II) Los operadores de estos mecanismos no están dentro de la justicia ordinaria, ni funcional ni jerárquicamente.



- (III) Generan economía de tiempo, procesos y dinero.
- (IV) Otorga celeridad en la resolución del conflicto.
- (V) La decisión o acuerdo, al igual que una sentencia o providencia judicial, tienen vocación de permanencia.

10. García Rosario. Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina. Artículo publicado en Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho n° 26-27. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2002. Pág. 157.

## 1. Introducción al Arbitraje

### 1.2.1. Implementación, desarrollo y clasificación de los MASC.

La preocupación por garantizar el acceso a la justicia a todas las personas no ha estado ausente de los procesos de reforma judicial y es así como se han desarrollado un conjunto de medidas dirigidas a corregir las debilidades del sistema judicial. Estos instrumentos han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas políticas y legales denominado por la doctrina.<sup>11</sup> como “olas de acceso a la justicia”.

Al estudiar este movimiento de reformas, se identifican tres etapas sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia. Una primera fase, tenía como objetivo proveer servicios jurídicos para las comunidades menos favorecidas a través de la implementación de servicios gratuitos de asesoría legal, como por ejemplo, los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, los defensores de oficio o el uso del amparo de pobreza. La segunda ola surge con la creación de figuras tales como las acciones populares y de grupo, como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos. La tercera fase tiene como fin garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien sea a través de la justicia for-

mal mediante vías judiciales realmente expeditas o, bien, de procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje, la conciliación o la mediación.

A estas tres olas, registradas hacia mediados de la década de los ochenta, se agrega una cuarta etapa dentro de la cual se han adoptado medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia y remover barreras concretas. Como ejemplos de este tipo de medidas se pueden citar los casos de los jueces itinerantes para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos; la evaluación neutral previa al proceso con el fin de restringir el litigio a los asuntos esenciales o la provisión de asesores legales neutrales para que sectores débiles o marginados de la población superen eventuales desequilibrios en un proceso de negociación frente a organizaciones particularmente fuertes.

La implementación de estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes:

- (i) Facilitar el acceso a la justicia
- (ii) Proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos
- (iii) Mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos.

11. Cappelletti, Mauro. Accès a la Justice et État-Providence. Publications de L'Institute Universitaire Europeen. Paris, 1984, págs. 303 a 341. Baruch Bush, Robert A. Dispute Resolution Alternatives and The Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice. En Wisconsin Law Review 893, University of Wisconsin July, 1984 / August, 1984.

## 1. Introducción al Arbitraje

(IV) Aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal.

En la actualidad se reconocen dos grandes sistemas de respuesta de conflictos:

**a) Autocomposición,** Está compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y abordando el conflicto ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente, caso en el cual estamos ante una negociación o un contrato de transacción; o, bien, con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas, como sucede en la mediación o conciliación. En este punto, es importante precisar que si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en



la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad.<sup>12</sup>

**12.** Al respecto, Adriana Polanía Polanía en su ponencia denominada Los ADR en Latinoamérica, presentada en Washington D.C, el 26 de octubre de 2000 señala: "La diferencia de la denominación obedecía a dos tendencias básicas. La primera, la Conciliación, proveniente del derecho indiano y presente de manera desapercibida en nuestras legislaciones. La segunda, la mediación influenciada por la práctica y la capacitación proporcionada por los Estados Unidos. De manera que pese a que existían dos definiciones diferentes su objetivo y efecto jurídico era el mismo. Sin embargo y seguramente como consecuencia del debate en torno al tema y de la posición asumida por la legislación de cada uno de los países, hoy me atrevería a precisar las siguientes distinciones: (i) Grupo de países del MERCOSUR. En esta zona la diferencia entre la Mediación y la Conciliación esta en el status de la persona que ejerce la función. Si la actuación se lleva a cabo por un juez en el trámite de un proceso judicial, se denomina conciliación; pero si esa misma actuación es adelantada por un particular previo al inicio del proceso o de manera paralela a él la figura es una mediación. Esta diferencia está contenida en la legislación Argentina y ha sido adoptada por Brasil y Uruguay [...]; (ii) Grupo de países que adoptan de la conciliación, como mecanismo autocompositivo, con independencia de la calidad de la persona que presta el servicio. Esto quiere decir que el trámite efectuado por un juez dentro del trámite de un proceso judicial tiene la misma de nominación que el trámite efectuado ante un particular, de manera previa o paralela al proceso del juez. Dentro de este grupo están Colombia y Venezuela; (iii) Grupo de países que consideran las palabras Mediación y Conciliación como sinónimos. Este grupo de países está constituido por aquellos que en el texto de su normativa expresamente señalan que las dos palabras tienen la misma definición jurídica y las mismas consecuencias, o sea no hay diferencia alguna entre las dos palabras y cualquiera de ellas puede ser usada de manera válida. Dentro de este grupo se encuentra por ejemplo Ecuador, Costa Rica y Bolivia."

## 1. Introducción al Arbitraje

**b) Heterocomposición,** Está integrado por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos de manera autónoma, bien sea porque el tercero se compromete a emitir una solución o que está obligada a ello por razón de su cargo, en ambos casos las partes se obligan a acatar la decisión proferida por esa persona. En este grupo se ubican tanto la justicia formal administrada por el Estado, como los mecanismos alternativos a través del arbitraje o de la amigable composición.

En el arbitraje también se cuenta con un tercero imparcial, pero actúa con base en la autoridad que le es otorgada por las partes a través del pacto arbitral, quienes se obligan a acatar el laudo arbitral emitido en virtud del arbitraje. En el proceso judicial, la imparcialidad del juez proviene de su exclusiva sumisión a la Ley.

**c) Clases de intervención,** La intervención de terceros neutrales dentro de estos dos sistemas puede variar según el grado de su intervención y control del proceso. Se ha denominado intervención inquisitiva aquella en la que el tercero maneja completamente el proceso con muy poca intervención de las

partes en conflicto. Esta forma de intervención es típica de los sistemas de heterocomposición.

Por el contrario, la intervención es dispositiva, cuando son las partes en controversia las que manejan el proceso, como ocurre en la mediación, transacción o en la conciliación. Finalmente puede existir una intervención mixta, cuando tanto las partes como el tercero, en diferente grado y distinta forma, participan y controlan el proceso de búsqueda de soluciones.

Así mismo, se deben destacar distintas modalidades de solución del conflicto de acuerdo a esa intervención y a las funciones que realice el tercero, así:

- (i) **La negociación directa** de las partes, en el que sólo intervienen las personas que están involucradas en el asunto en conflicto, proponiendo fórmulas de arreglo y adoptando la solución para poner fin al conflicto.<sup>13</sup>
- (ii) **La resolución asistida** por un tercero neutral, que a su vez se divide en tres subgrupos:

**13.** En esta materia, varios doctrinantes americanos han desarrollado teorías y técnicas de negociación que permiten a las partes distinguir entre intereses y posiciones, crear opciones de solución que satisfagan a todos, encontrando reglas estándares o principios neutrales que faciliten la negociación, reconocer las limitaciones de las posibles soluciones e intensificando posibles alternativas de solución.

- La mediación o conciliación, que es un procedimiento consensual, confidencial, a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto.
- Los sistemas híbridos de negociación asistida no dirimientes, que tienen resultados predefinidos y dentro de los

cuales se encuentran la evaluación neutral previa, el descubrimiento de los hechos, el defensor de usuarios, consumidores o empleados, el “mini-juicio”, el proceso abreviado ante jurado, la administración del proceso, el arreglo judicial, el arbitraje no vinculante o la mediación-arbitraje.<sup>14</sup>

- Mediante la intervención dirimente del tercero como sucede en el arbitraje en sus diferentes modalidades.



**14.** Evaluación neutral previa mecanismo confidencial, generalmente empleado en la solución de asuntos comerciales complejos, mediante el cual las partes acuden a un experto neutral, normalmente un abogado con mucha experiencia en la materia, que evalúa cada posición dentro del caso, identifica los elementos comunes, las posibilidades legales de cada pretensión y luego comunica sus conclusiones a las partes, usualmente por separado. Esta evaluación permite llegar a una solución temprana del conflicto, pero también facilita que las partes, en caso de que decidan acudir a un proceso judicial, acuerden un plan para la discusión judicial del caso y la reducción del debate a lo esencial.

## ACTIVIDADES DE FUNDAMENTACIÓN

### Precisar y comprender lo aprendido

#### Actividad 1

Conteste las siguientes preguntas abiertas sobre la Introducción al Arbitraje, y realiza las Tareas propuestas.

**1.** ¿Qué es lo que exige tiempo, dinero y disputas?

---



---



---

**2.** ¿Cuál es el método con el que la justicia impuesta resuelve el proceso?

---



---



---

**3.** ¿Qué características debe tener un sistema de resolución de conflictos para que sea eficiente?

---



---



---



---



---

**4.** ¿A qué se refiere la expresión justicia intrínseca?

---



---



---