

Gladys Alvarez, Elena Highton y Eías
Jassan

MEDIACION Y JUSTICIA

EDITORIAL DEPALMA, BUENOS AIRES,
ARGENTINA, 1996, CAPITULOS 2 Y 3, PAGES.
18 A 47

A efectos de implementar las modificaciones, se han tomado decisiones políticas encaminadas a tal fin mediante declaración de la necesidad nacional de la reforma de las normas que rigen los procesos no penales en la justicia nacional, fundada en la magnitud del atraso y el grado de congestión derivado de la continua y sistemática acumulación de causas.

Las pautas dadas, y sobre las cuales se trabajó, fueron el protagonismo del juez, la inmediación, la oralidad, la publicidad y transparencia del proceso, la autocomposición, la introducción de métodos alternativos de resolución de conflictos y la exclusión de los tribunales de tareas no jurisdiccionales.

No nos cabe duda alguna de que es menester introducir la resolución alternativa de conflictos, y, específicamente, la mediación, a fin de que esté al alcance de su utilización en forma privada y pública —esto último mediante programas anexos, conectados o relacionados a los tribunales—, para lograr descongestionar los juzgados y obtener igualitario acceso a la justicia y mayor satisfacción, en un aparato ágil y apropiado para solucionar conflictos de toda naturaleza en los diversos niveles sociales y económicos; todo lo cual permitirá lograr un adecuado marco de seguridad jurídica que acompañe al desarrollo y la democratización en otras áreas.

¹ presentada en las IX Jornadas Científicas de la Magistratura, *Tratamiento judicial sobre temas problemáticos o nuevas cuestiones*, San Martín de los Andes, 13 y 14 de junio de 1994. Ver, también, un mayor de-

CAPÍTULO 2

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL NUEVO CONCEPTO DE JUSTICIA

1. Significación e importancia del acceso a la justicia.

No es fácil ser precisos sobre el concepto de acceso a la justicia. El acceso puede ser conceptualizado de muchas maneras, desde la consideración de la posibilidad formal de llegada a una institución en particular, a la inclusión de estrategias activas para promover la admisión por parte de individuos y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos.

El término "justicia" también es ambiguo, por lo que tal vez debería hacerse referencia al acceso a los abogados o los tribunales o a la resolución de disputas.²

Los derechos plasmados en la Constitución no sólo garantizan jurisdiccionales, sino derechos plenos operativos que exigen efectiva realización material. La violación o su falta de virtualidad imponen a la comunidad, y subsidiariamente al Estado, un deber de cumplimiento positivo, una acción encaminada a vencer obstáculos del camino hacia su concreción.

¹ Informe del Banco Mundial presentado en el Encuentro sobre Reforma de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia de la Nación, Banco Mundial, Buenos Aires, 5 y 6 de diciembre de 1994.
² Bryant G. Carth, *Access to Justice, The World Bank Conference on Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington, 13 y 14 de junio de 1994.

La defensa judicial de los derechos asume una significación superlativa, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. De ahí que la cuestión de la igualdad ante la ley tiene su correlato y se traduce en la igualdad concreta ante la justicia.

Precisamente a la remoción de obstáculos de todo tipo, especialmente económicos y culturales, que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones equilibradoras como la asistencia jurídica gratuita a los carentes de recursos y otras medidas complementarias.

2. Las personas de bajos ingresos ante la justicia³.

Es falsa la creencia de que las personas de bajos ingresos tienen menos necesidades jurídicas que las de ingresos más elevados. Tanto unas como otras realizan una serie de contratos, son víctimas de daños o de incumplimientos contractuales, heredan o tienen bienes que dejan a su muerte. La vida de cualquiera de estas personas, bajo la óptica de un jurista, indica que en ocasiones el asesoramiento de alguien con conocimiento en derecho o que asumiera su representación podría beneficiarlos, personal y económicamente⁴.

Constituye un dato de la realidad que quien cuenta con escasos recursos, tiene una verdadera dificultad de acceso al sistema judicial, sea para reclamar sus derechos, sea para defenderlos en el caso de ser llevado ante los tribunales. La dificultad no sólo deriva de los costos económicos (honorarios profesionales, costas), sino de obs-

³ Bryant G. Garth, ob. cit. en nota anterior; Rogelio Pérez Perdomo, ob. cit. en nota 10 del cap. I.

⁴ Rogelio Pérez Perdomo, ob. cit. en nota 10 del cap. I, quien da el ejemplo de una empleada doméstica que por no decirle a la señora que tenía una oferta mayor, prefería siempre desaparecer de la casa, perdiendo prestaciones, no habiendo jamás consultado con alguien que le diera asesoramiento jurídico.

táculos culturales o, propiamente, obstáculos sociales. El lenguaje, la vestimenta, las actitudes de la "gente de la ley", se convierten en barreras insalvables.

Si existe el estado de derecho bajo una autoridad legítima y democrática, la pretensión de poder llegar a lo jurídico es relevante; y la razón es simple. Si las herramientas y las instituciones legales no están disponibles para grandes sectores de la población que se supone están bajo el gobierno de un estado de derecho, el sistema pierde la oportunidad de reivindicarse como una forma de autoridad legítima. En suma, la legitimidad para exigir que el ciudadano ordinario obedezca la ley presupone que las instituciones jurídicas operen a nivel accesible.

3. Las dificultades de acceso a la justicia.

El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción constituye un postulado ideal que está condicionado por la realidad práctica y por la existencia de obstáculos diversos que lo restringen. Las vallas son económicas (costo del servicio y excesiva duración de los procesos), culturales (desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y falta de confianza en los resortes de la justicia y sus operadores) y surgen también de la complejidad de los procedimientos judiciales⁵.

Lamentablemente, el ingreso a la administración de justicia no es igual para todos en la Argentina, reflejándose una sensación de desprotección del ciudadano común, principalmente de las personas de bajos recursos.

Lo cierto es que toda sociedad y su sistema jurídico debe proveer a la población de modos de solucionar sus conflictos, ejercer sus derechos y deducir sus pretensiones; y el sistema provisto por la ley debe estar al alcance de todos en condiciones de igualdad. La noción de acceso a la justicia condensa un conjunto de instituciones, prin-

⁵ Informe del Banco Mundial cit. en nota 1 de este capítulo.



DIFÍCIL ACCESO A JUSTICIA



Debe implantarse RAD



FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos del autor

cipios procesales y garantías jurídicas, así como también de directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico e inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica⁶.

Aunque el régimen de costas y honorarios hace que litigar sea oneroso en el país, desde tiempos inmemoriales se ha instaurado el "beneficio de litigar sin gastos" para todos aquellos que no estén en condiciones de afrontar el juicio, el que se concede a criterio de los jueces intervinientes en las causas iniciadas o a iniciarse, sin excesiva estrictez. Este mecanismo dispensa del pago de tasas judiciales y eventualmente de costas, a quienes prueben sumariamente que carecen de medios de acuerdo al monto y gravedad de la demanda. Además existen

⁶ Rafael A. Bielsa, *El concepto de reforma orgánica del servicio de justicia*, "Cuadernos de Fundejus", Bs. As., 1993.

servicios jurídicos gratuitos en los colegios de abogados y restantes asociaciones profesionales, en las facultades de Derecho, en oficinas públicas nacionales y municipales, etc.

Pese a ello, los sectores más pobres de la población no acceden a los sistemas formales de resolución de conflictos, pues aun pudiendo hacerlo gratuitamente, deben acudir a los abogados o servicios que están alejados de sus lugares de vivienda y trabajo, incurriendo en gastos de transporte, perdiendo tiempo y remuneraciones; a lo que se agrega que el estar en conocimiento de los medios a su alcance implica cierto grado de familiaridad con el régimen legal. Existen controversias que se caracterizan por ciertas condiciones, como ser la disparidad de poder entre las partes; su relativa ignorancia en cuanto a aspectos técnicos o jurídicos que hacen a su posición y derecho; la escasa magnitud económica de los intereses en juego, no obstante su importancia en cuanto al impacto en la vida de quien se trate; las urgencias inmediatas o la precaria posición económica de quien tiene el conflicto; que en consecuencia, las más de las veces, no llegan al sistema judicial.

Aunque no parecería por la cantidad de expedientes que se tramitan ante los tribunales, hay datos de hecho que muestran que no siempre se llevan los casos a la justicia, o que ésta no es de fácil acceso para quien tiene un problema, salvo graves consecuencias y supuestos de verdaderos daños. El sistema judicial está sobrecargado, por lo cual es costoso y lento, la promoción de un pleito requiere tiempo y dedicación personal, todo lo cual parece no valer la pena o estar alejado de las posibilidades, cuando las cantidades monetarias en juego no son grandes, el involucrado en la controversia no tiene poder económico y es relativamente ignorante de sus derechos. Indudablemente, ello produce gran insatisfacción y deja un amargo sabor de impunidad e injusticia. Son pocas las personas que tienen la ventaja de estar al corriente con el proceso y fácil admisión al patrocinio y asesoramiento

profesional. Además, como el juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes, no todos están dispuestos ni en condiciones de adaptarse a estas dificultades.

Aparece, en consecuencia, la grave y real necesidad de encontrar otros métodos —especialmente si no son ad-versariales— de solución de las controversias, con ventajas para el sistema judicial sobrecargado y para los ciudadanos comunes que no tienen entradía al mismo o que por distintos motivos, no pueden sobrellevar la pesada carga que impone un juicio.

Si bien no desconocemos que el derecho cumple un papel igualador de las personas, deben instaurarse medios para vencer la marginalidad, pues aunque la igualdad teórica está consagrada constitucional y legalmente, no llega a existir en la práctica, lo que se contradice con la noción de una sociedad que pretende llegar a ser desarrollada y democrática; por ello resulta adecuado a la solución del requerimiento de justicia, la instauración de métodos alternativos de resolución de disputas en centros comunitarios y barriales al alcance de todos, además de su implementación anexa o conectada a los tribunales. En cierta medida, los medios de solución de esta problemática están dados por los métodos de resolución de controversias fuera del sistema formal, con la posibilidad de acudir a éste en su caso.

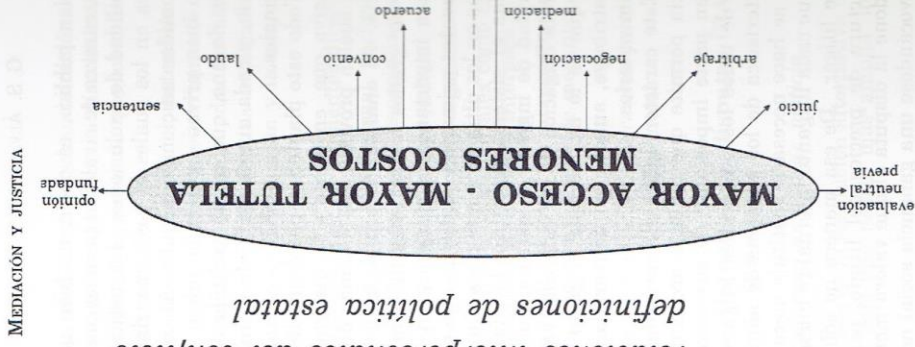
4. ¿Carácter regresivo del gasto en justicia?⁷

Se hace necesario impedir que el gasto en justicia posea un carácter regresivo. La administración de justicia no constituye, desde el punto de vista económico,

⁷ Carlos Peña González, *Sobre análisis económico y política judicial*, palabras pronunciadas en el Seminario realizado en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1994, organizado por Fundación Libra.

ENSANCHAR EL ESPECTRO DE RESOLUCIÓN

Basados en: *calculos de bienestar social (relación costo-oportunidad) relaciones interpersonales del conflicto definiciones de política estatal*



un bien público, es decir, un bien que, como el aire o el sol, carezca de rivalidad para su consumo o no presente posibilidad de exclusiones. La justicia no es de aquellos bienes en los cuales el costo marginal inducido por un consumidor adicional es nulo. Al contrario, la justicia es un bien privado: por cada sujeto que litiga hay uno, o más de uno, que quedó excluido de la posibilidad de hacerlo, y cada nueva demanda introduce nuevos costos marginales.

Todo esto plantea el problema de corregir la función regresiva que, en punto a la distribución del gasto público, suelen provocar los sistemas de administración de justicia. Al analizar la composición del litigio es usual observar grados importantes de homogeneidad que evidencian importantes exclusiones: en Chile, por ejemplo, las fuentes primarias muestran que más del 75 % de los litigios en los últimos veinte años equivalen a causas vinculadas al sistema crediticio, lo cual significa, dada la gratuidad de ingreso al sistema, que los excluidos subsidian la litigación de las empresas vinculadas al crédito, lo que es lo mismo, que el gasto público en justicia se distribuye, aunque no deliberadamente, en términos discriminatorios.

Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Frente a esta característica de los sistemas de administración de justicia, se hace necesario instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una estructura de precios del litigio, permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta, sino que se corrigen los efectos regresivos que este fenómeno provoca sobre el gasto.

Intimamente vinculado con lo anterior, se hace necesario diseñar una cierta política de acceso. Sin una

política de admisión, el sistema de administración de justicia simplemente reproduce las formas discriminatorias de la estratificación social permitiendo que los más ricos excluyan a los más pobres.

Una política de acceso a la justicia, entendida como acceso a la tutela eficiente y no necesariamente jurisdiccional, debe ser capaz de encarar todos los aspectos y ser capaz, igualmente, de atender las externalidades que produce el aumento de información y la mayor confianza en el sistema.

Eso supone la aplicación de las siguientes directrices:

- mejorar la oferta de tutela judicial, inclusive la creación de más tribunales en áreas especializadas;
- mejorar la gestión del despacho judicial a fin de inducir modernización en los procesos organizacionales;
- reformar cuestiones procedimentales como el ejercicio de acciones colectivas o en base a intereses difusos;
- desjudicializar el sistema de administración de justicia mediante el fomento y diseño de mecanismos alternativos;
- intervenir en el mercado de servicios jurídicos y en las prestaciones de servicios gratuitos.

5. La resolución alternativa de disputas (RAD) y el concepto de justicia.

5.1. Un concepto más amplio de justicia.

Cuando pensamos en la resolución alternativa de disputas, lo hacemos bajo una noción más amplia del concepto de justicia.

En principio, la palabra "justicia" se utiliza en una doble acepción⁸:

⁸ Héctor Alegria, ob. cit. en nota del cap. I.

- como la virtud de la justicia, como valor, anhelo de equidad político-social e individual;
- como referida al medio típico para actuarla, como es el Poder Judicial.

La RAD no sólo tiene que ver con la descongestión de causas del sistema, sino con el grado de insatisfacción que los integrantes de la sociedad han manifestado al sentir que no tienen entrada potencial a una solución justa de sus conflictos.

Una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "acceso a justicia" (entendida como solución justa)⁹. Este punto merece una reflexión que está conectada con el concepto de "justicia".

Si bien el interrogante ¿qué es la justicia? es uno de esos para el cual jamás se puede encontrar una respuesta definitiva, podemos preguntarnos sobre a qué se refiere la gente cuando afirma "aquí no hay justicia". Y llegamos a la conclusión de que la referencia no es al sistema judicial, o por lo menos no sólo al sistema judicial, sino a muchas circunstancias tales como inseguridad jurídica, lentitud, corrupción...

5.2. Óptimo de Pareto en la administración de justicia¹¹.

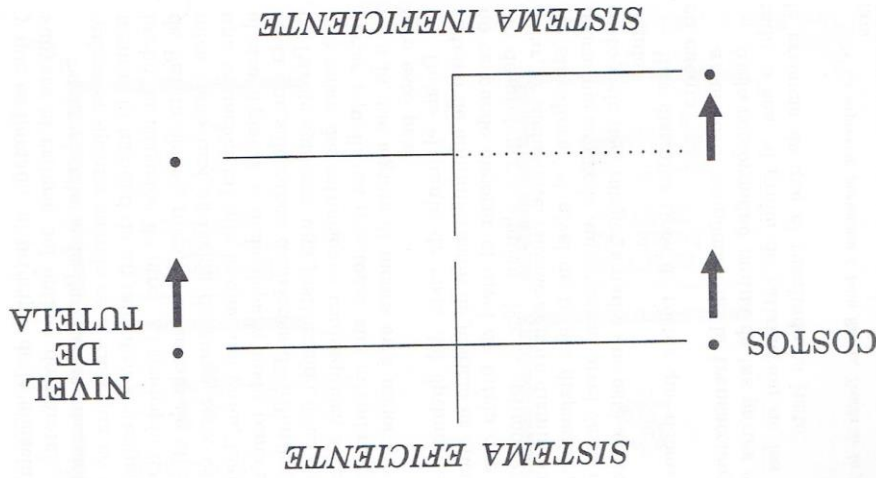
Pero esa queja también tiene que ver con un elemento importante de la justicia —necesario pero no suficiente—

⁹ Las palabras referidas a esta diferenciación fueron pronunciadas por William Davis, quien planteó el tema en el 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, realizado en Buenos Aires, del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por la Fundación Libra y el *National Center for State Courts*.

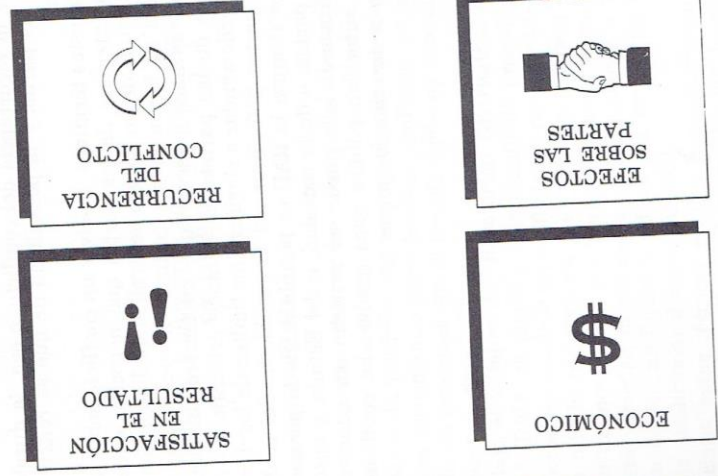
¹⁰ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Bs. As., 1981, ps. 7 y 8.

¹¹ Gladys Álvarez, ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano sobre Reforma Judicial, San José de Bogotá, Colombia, abril de 1994. Carlos Peña González, *Sobre análisis económico y política judicial*, palabras pronunciadas en el Seminario realizado en Buenos Aires el 30 de noviembre

ÓPTIMO PARETIANO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



COSTOS DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS



Ury, Brett y Goldberg: *Getting Disputes Resolved*, 1988.

30 G. S. ÁLVAREZ, E. I. HIGHTON Y E. JASSAN

y que es llamado "el principio de la eficacia"¹², en el que subyace el criterio del óptimo de Pareto.

Según el criterio de Pareto una situación social cualquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia económica como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana, inevitablemente el otro lo pierde, o, dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas. El óptimo de Pareto contiene una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor, o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor.

Desde el punto de vista del óptimo de Pareto, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo, en cambio, es decir, es ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, lo que significa que se puede aumentar el nivel de tutela, a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido.

Hay distintos tipos de costos que deben ser tenidos en cuenta¹³:

- a) el costo económico de la transacción;
- b) la conformidad mutua de las partes con el resultado, o sea, el grado de satisfacción de los intereses y la creencia de que el resultado es justo;

¹² La expresión pertenece a John Rawls, *Teoría de la justicia*, Méjico, 1979.

¹³ William L. Ury, Jeanne M. Brett y Stephen B. Goldberg, *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflict*, 1988, ps. ... traducido en español: *Cómo resolver las disputas*. Diseño ... Editores.



- c) el efecto que produce la solución arribada en la relación entre las partes; y
 d) la recurrencia del conflicto, o sea, la durabilidad entre las partes y la posibilidad de que se reitere en el futuro.

En estos términos, resolver un conflicto sobre la base de los intereses de las partes que negocian entre sí o con la ayuda de un tercero neutral, el mediador por ejemplo, será la forma menos costosa. A veces para poder negociar se hace necesario que un tercero clarifique los derechos de las partes. El llamado arbitraje no vinculante puede ayudar a clarificar los límites de los derechos de las partes y facilitar así la resolución del conflicto. Pero no siempre la RAD es posible desde la perspectiva de las partes, o de la sociedad, o del Estado, y entonces la controversia sólo puede ser resuelto por quienes tienen la autoridad pública para resolver los conflictos de acuerdo a derecho: los jueces.

CAPÍTULO 3

JUSTICIA Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

1. Mecanismos RAD.

Es necesario encarar la resolución alternativa de disputas como una nueva política necesaria en la administración de justicia. Por ello es que la incorporación de estos mecanismos para resolver conflictos sociales es una de las funciones que el Estado moderno debe cumplir en nuestros días.

Bajo el nombre de "Resolución Alternativa de Disputas" (RAD) se engloba el conjunto de procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza y sin que lo resuelva un juez. Podría también decirse que es un movimiento que tiende a la institucionalización de esta variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos jurídicos por otras vías que no son la tradicional decisión judicial.

Entre estas técnicas pueden mencionarse como clásicas, el arbitraje tradicional, la conciliación, la mediación y la negociación. A ellas cabe agregar nuevas formas de arbitraje (unilateralmente vinculante, el llamado de la "última oferta" y el no vinculante); la evaluación neutral previa, los expertos neutrales, el minijuro, entre otras.

La tolerancia, la solución negociada y la búsqueda del consenso son parte importante de la nacionalidad republicana. Por ello, son bienvenidas las nuevas formas

de fortalecer la capacidad de diálogo y la solución civilizada de los conflictos, sin necesidad de seguir recargando el sistema judicial, especialmente cuando es frustrante esperar, muchas veces interminables años, para obtener la ansiada resolución al problema. La mayor participación dará confianza a los ciudadanos en la solución de sus diferencias.

2. Enfoques de la RAD.

A efectos de analizar qué lugar ocupan los métodos de resolución alternativa de disputas en un sistema, deben considerarse dos puntos de vista¹:

a) Punto de vista externo:

Se trata de indagar por la situación que le corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida sobre la base de criterios de bienestar social. Aquí cabe destacar cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan.

b) Punto de vista interno:

Ya no se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a esos mecanismos como formas interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto. Aquí, por ejemplo, suele destacarse la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional ínsito a todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen.

El sistema judicial es adversarial y formal. Dado que el Estado ejerce el monopolio de la coerción y lo que un juez resuelva debe ser obedecido por las partes y su cum-

¹ Carlos Peña González, *Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos*; palabras pronunciadas en la Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas, Chile, 2 a 4 de noviembre de 1994.

ENFOQUES DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD)

← **Visión externa** →
¿Qué lugar ocupan los métodos alternativos dentro de una política de justicia basada en el bienestar social?

✓ Menor costo

✓ Mayor acceso

← **Visión interna** →
Mejor utilización de los métodos como mecanismos interpersonalmente adecuados de tratar el conflicto.



plimiento se logra bajo la amenaza de la sanción, una forma de violencia está siempre presente. De ahí que se diga que el sistema legal es una manera violenta de resolución de conflictos.²

Otro de los elementos desde esta perspectiva interna de la RAD³ es que el juez debe ajustar su decisión a un conjunto determinado de acciones normativas. Por ello, una parte será ganadora mientras la otra será perdedora, algunas veces ambas partes serán parcialmente ganadoras y perdedoras, o ambas perdedoras, pero nunca pueden ser ambas ganadoras.

Esta clase de resultados de la decisión judicial suele ser identificada como "juegos de suma cero" aunque hay algunos que sostienen que los conflictos de suma cero no existen y que sólo existen los pensamientos de suma cero.⁴

Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos —al menos algunos de ellos— permiten a las partes, mediante técnicas de resolución conjunta de problemas, o negociación cooperativa, obtener una solución llamada "ganar-ganar". Debido a la posibilidad de "agrandar la torta" los intereses de ambas partes pueden ser satisfechos. Este resultado es llamado "solución de suma variable" en la teoría de los juegos.

A menos que las partes asuman una forma cooperativa de encarar el conflicto, es imposible lograr este tipo de soluciones.

Además, en los conflictos familiares, es necesario tratar con los sentimientos y, por consiguiente, el proceso de mediación resulta más apropiado, en algunos casos, que la decisión judicial.

² Remo F. Entelman, *Métodos no pacíficos de resolución de conflictos*. El litigio, "Revista Libra", n.º 3, ps. 21/25.

³ Gladys Stella Álvarez, *Alternative dispute resolution: A necessary policy at the Administration of Justice Multi-Door Courthouses*, documento de trabajo presentado al Federal Judicial Center, Washington D.C., octubre de 1994.

⁴ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1985.

Por otra parte, conflictos que involucran relaciones continuadas como las de vecinos, inquilinos, contratos de construcción, familiares, algunas relaciones comerciales y de consumo, resultan mejor tratadas mediante la utilización de técnicas de RAD.

La informalidad, rapidez y confidencialidad que los procesos de resolución alternativa aseguran, se convierte en un factor esencial en el tratamiento de un grupo de conflictos, tales como los derivados de utilización del *software* o propiedad intelectual. No es necesario decir que no todos los conflictos pueden encontrar una solución por medio de técnicas de RAD, a veces porque la naturaleza del conflicto no lo permite, otras porque las partes no lo desean y tienen el derecho inalienable de solicitar una decisión judicial, y, finalmente, por la índole de la cuestión que puede determinar como necesaria la existencia de un precedente judicial que resuelva el tema como guía para casos futuros.

3. Objetivos de la resolución alternativa de disputas.

Los objetivos del movimiento de RAD son los siguientes⁵:

- mitigar la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos;
- incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- facilitar el acceso a la justicia;
- suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.

⁵ Así lo enseña Frank Sander, profesor de A.D.R. en *Harvard Law School*; Stephen B. Goldberg, Eric D. Green, and Frank E. A. Sander, *Dispute resolution*, Boston, Ma. U.S.A., 1985.

OBJETIVOS DE LA RAD

- *Mitigar la congestión de los tribunales.*
- *Reducir el costo y la demora.*
- *Facilitar el acceso a la justicia.*
- *Suministrar formas más efectivas de resolución de disputas.*
- *Mayor participación de la sociedad en la resolución de sus conflictos.*

En la medida en que estos objetivos se vayan logrando dentro del sistema social, estará produciéndose el paso de un sistema ineficiente de resolución de conflictos a uno eficaz, si admitimos que un sistema podrá ser calificado de eficiente cuando cuente con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte, con el menor costo posible y sobre la base de las necesidades e intereses de las partes⁶; cuando además se cumpla con el principio de subsidiariedad por el cual "los conflictos deberán ser tratados primero al más bajo nivel, en la mayor medida posible en forma descentralizada y luego, cuando sea absolutamente necesario, al más alto nivel". Si el sistema es la sociedad en su conjunto, el más alto nivel está en la administración de justicia. Allí recién debe recibirse el conflicto después de haberse intentado otros métodos, salvo que intereses superiores así no lo señalen.

La incorporación de la RAD, tanto en el ámbito privado como público, es una condición para que el sistema de justicia funcione adecuadamente.

4. Ventajas de la resolución alternativa de disputas (RAD).

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

- *Rápidas:* En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de 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 arrije no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en los hechos únicos de su caso.

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

— *Justas*: La solución a las controversias se adapta más a las necesidades particulares de las partes concretas.

— *Exitosas*: Una vez que los programas están en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado los métodos de resolución alternativa de disputas (RAD), el resultado es, estadísticamente, muy satisfactorio.

5. Evolución histórica de los métodos RAD⁷.

El movimiento de RAD con estos mecanismos básicos a los que se les han ido sumando nuevas técnicas, tiene más de dos décadas en los Estados Unidos, larga trayectoria en China, desarrollos en grado diverso en Francia, Inglaterra, Noruega, Nueva Zelanda, Canadá, entre otros. En Latinoamérica es Colombia uno de los primeros países que comenzó a trabajar en este campo alrededor de 1983 y hoy es uno de los más avanzados, al menos en el sector privado y con relación al arbitraje comercial y a la conciliación, que se asemeja al modelo de la mediación.

⁷ Para mayor detalle en cuanto a la evolución histórica y derecho comparado, ver Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

Si bien en la mayoría de los países, preferentemente en las comunidades indígenas, se practican formas de RAD y en los sistemas normativos se regula generalmente la conciliación y el arbitraje, hasta hace pocos años no se tenía la visión global de este movimiento y de su importancia en la sociedad, de su característica esencialmente democrática, y fundamentalmente de la posibilidad de que por medio de él se opere un cambio de paradigma social y se pase de una cultura del litigiosidad a una cultura de la pacificación y la cooperación. La institucionalización de la RAD está en marcha; tal es el caso, entre otros, de Bolivia, El Salvador, Costa Rica,⁸ Puerto Rico que tienen incipiente legislación o proyectos en tratamiento.

6. Los métodos RAD básicos⁹.

La negociación es un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable; no interviene un tercero neutral, las partes en la disputa pueden o no designar abogados, puede realizarse inclusive sin que estén presentes las partes, por teléfono o por correspondencia. Hay distintos estilos y entre ellos rescatamos como valioso el enfoque que es la base del proyecto de la Universidad de Harvard (*Harvard Negotiation Project*), que es reconocido como *negociación cooperativa*. La innovación apunta a que ambas partes deben enriquecerse y lograr un alto nivel de satisfacción mediante el proceso mismo.

La conciliación suele estar incorporada a los códigos procesales —tal el caso de nuestro país y el de numerosos países latinoamericanos— como una facultad del juez,

⁸ En mediación escolar.

⁹ Para mayor detalle y la noción de otros métodos, ver Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

ALGUNOS PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

- ▶▶ Negociación.
- ▶▶ Mediación.
- ▶▶ Med. / Arb.
- ▶▶ Arbitraje.
- ▶▶ Minijjuicio.
- ▶▶ Ombudsman.
- ▶▶ Previa evaluación neutral.
- ▶▶ Expertos neutrales.

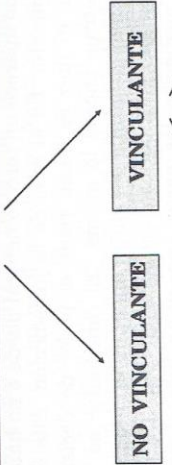


FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos del autor.

quien puede en cualquier momento del proceso o antes de iniciarse, convocar a las partes para intentar un avenimiento entre ellas. Tal actividad puede también ser desempeñada por una autoridad administrativa o por un tercero neutral. No tiene forma ni estructura, el conciliador puede proponer fórmulas que considere razonables para que las partes satisfagan sus pretensiones. Al conciliador se lo suele también llamar "facilitador". En ciertas instituciones (*The Community Board Program*, de San Francisco, California) el término connota características que involucran especialmente relaciones afectivas o de vecindad entre las partes.

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren un punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las

ALTERNATIVAS EN ARBITRAJE



Tradicional: Partir diferencias. Alejar posiciones.

De la última oferta: Oplar por uno. Acercar posiciones.



FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos del autor

posiciones, a explorar fórmulas de acuerdo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas. La confidencialidad es una característica definitiva de esta técnica.

Es flexible, no vinculante, y el tercero neutral facilita las negociaciones entre las partes. Una característica sobresaliente de la mediación es su capacidad para ampliar los términos del acuerdo que pueda poner fin al conflicto, más allá de las cuestiones jurídicas implicadas en la controversia.

Al arbitraje tradicional las partes recurren voluntariamente, es adversarial, el tercero o terceros neutrales deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para los contendientes. Funciona generalmente en forma paralela a la jurisdicción a la que se recurre en diferentes oportunidades (recursos, ejecución). Las partes tienen poder de decisión sobre algunos aspectos del procedimiento que es menos formal que el procedimiento judicial.

Si se analizan estos mecanismos desde el punto de vista del poder de decisión de las partes, resulta claro que en la negociación éstas lo conservan en su plenitud. Cuando aparece un tercero neutral puede o no haber desplazamiento. En el caso de la jurisdicción, éste es total ya que el juez es quien tiene el poder de decisión; en el arbitraje sucede lo mismo. El conciliador no decide, pero puede aconsejar o emitir una opinión, proponer soluciones que considere justas o razonables. En cambio, en la mediación las partes conservan todo el poder de decisión sobre la solución del conflicto, al mediador le está vedado no sólo decidir, sino aconsejar, proponer soluciones que él considere razonables, emitir juicios ni juzgar las propuestas; son las partes las dueñas del conflicto y sus soluciones.

7. Métodos RAD utilizados por los indígenas latinoamericanos¹⁰.

La organización social latinoamericana actual, moldeada sobre el modelo europeo, ha olvidado su pasado autóctono, perdiendo memoria de las formas de organización indígena con una orientación más conciliadora que represiva.

La *conciliación* entre los indígenas constituye un medio de cohesión y de armonía social, ya que antes del nacimiento de un conflicto en la comunidad se busca llegar a un acuerdo entre las partes, restableciéndose la paz y la tranquilidad necesarias para el desempeño de las labores diarias y de la vida comunitaria en general. Por ello, ante la existencia de cualquier confrontación, se escogen personas intermediarias que, por su mérito personal y por las labores que hubieran realizado a ni-

¹⁰ Henry Issa El Khoury Jacob, *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Costa Rica, 1995, ps. 9/13.

vel comunal, tengan una gran consideración dentro del grupo.

Reconocidas como jueces del lugar, estas personas juegan un papel importante en la vida del grupo. Su labor es solucionar los conflictos de una forma negociada, que satisfaga los intereses de ambas partes y que resulte adecuada, también, para el grupo en general. De esta manera, una de sus actuaciones más importantes es fijar la reparación del daño de manera que las partes queden conciliadas y conformes con la solución y que la comunidad mantenga su cohesión.

Normalmente los conflictos se abordan en una sesión durante la cual se discuten y se reconstruyen los hechos con los testimonios de ambas partes y de miembros de la comunidad. La autoridad va orientando la discusión, y en esa actividad comienza a ejercer su capacidad de convencimiento: prevalecen en esta actividad, como línea importante, los valores que esa comunidad quiere preservar. Es precisamente dentro de ese ámbito en que se ubica el conflicto y se definen las soluciones. Tales resultados son inapelables, en vista de que fueron suficientemente discutidas.

Cuando no se llega a una solución deseada, el juez advierte lo peligroso de reenviar el asunto fuera de la comunidad.

Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de la verdad, aunque el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un trasgresor.

Existen variantes de etnia a etnia: no es éste un patrón unívoco de solución, pero retrata las líneas generales de la institución.

El *círculo del rumor* es una forma originaria de los indios Yekuana de Venezuela, cuyos aspectos principales se basan en la resolución de conflictos a nivel doméstico. Se trata de la actividad sancionatoria que realizan los suegros hacia sus yernos —y viceversa— cuando se tras-

greden aspectos de la residencia postmarital o el cumplimiento de obligaciones económicas a que esos yernos están obligados. También ocurre cuando la trasgresión es de parte del suegro hacia el o los yernos. Esta actividad sancionatoria busca evitar la confrontación directa entre los miembros del grupo familiar, y se lleva a cabo por medio de críticas canalizadas por el "círculo del rumor" o por las propias hijas. Esta forma de resolución de conflictos a nivel doméstico permite concertar y desahacer matrimonios, sancionar a miembros de la comunidad familiar —yernos o suegros— por chismosos (ofensa política que pone en peligro la armonía de la comunidad), tacaños o mezquinos (ofensa económica por no compartir), pendencieros o buscapleitos (ofensa política que puede desembocar en confrontaciones directas consideradas de extrema peligrosidad), coléricos o incontrolados (ofensa política repudiada por un código de antibelicidad), poco solidarios (ofensa económica en un sistema que se rige por la reciprocidad en la utilización de la fuerza del trabajo), tiránicos o demasiado exigentes (ofensa político-económica por parte de los suegros) o por asesinos (ofensa que se comete mediante brujería).

El *consejo de ancianos* es la reunión de los jefes de las familias comunitarias, coordinado por el jefe de la comunidad. En ella se discuten y deciden, por unanimidad, los esquemas de trabajo que requiere la participación comunitaria en tareas de agricultura, pesca, cacería, comercio y construcciones.

El *círculo de ancianos* o "*los viejos de idea*" es una forma de solución de conflictos que se da en la comunidad indígena Aguarana, en Perú, por medio de una organización de ancianos (que se supone son los que saben cómo resolver los conflictos).

Cuando hay un conflicto, se fija un día en el que se citan las familias del demandante y del demandado; éstas se sientan en círculo junto con los "viejos de la idea", como se autodenominan ellos, en una cabaña del pue-

blo. El presidente del grupo expone los hechos y luego intervienen ambas familias. Posteriormente cada anciano dice cómo debería resolverse el conflicto, hasta llegar a un acuerdo entre ellos. Dependiendo de los casos, el acuerdo tiene la flexibilidad necesaria para modificarse si, con el tiempo, la disminución de la tensión hace innecesaria su rígida aplicación.

Las *rondas campesinas* constituyen una organización de indígenas del norte del Perú que funciona como autodefensa. Los miembros comparten identidad como ronderos, se reúnen frecuentemente, eligen a sus autoridades y resuelven conflictos en asambleas eventuales. En estas sesiones resuelven conflictos de tierras, distribuyen su uso y sancionan a los infractores generalmente por medio de la multa. Cada arreglo se funda en los valores comunes a los campesinos andinos: la cooperación, la solidaridad y la reciprocidad.

La *asamblea dominical* es la forma por medio de la cual el pueblo conoce los conflictos no graves. El día domingo se cita a las partes y cuando así lo posibilite el conflicto se da la reconciliación; en otros casos, cuando se trata de un acusado, normalmente es enjuiciado en público: su castigo consiste en la vergüenza ante el pueblo que lo observa.