

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA SOLUCIONAR LOS LITIGIOS, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN*

Alberto Osvaldo VARELA WOLFF
Fernando Óscar VARELA

SUMARIO: I. *A modo de proemio. El tránsito de la heterocomposición a la autocomposición de los conflictos.* II. *Sistemas alternativos para la resolución de los conflictos.* III. *El conflicto. Breves reflexiones.* IV. *Inclusión de cláusula Rad-resolución alternativa de disputas en los contratos.* V. *Breve sinopsis de la novísima Ley de Mediación y Conciliación argentina.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. A MODO DE PROEMIO. EL TRÁNSITO DE LA HETEROCOMPOSICIÓN A LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS

La heterocomposición de los conflictos humanos, que tiene como portante al sistema jurisdiccional clásico, en la mayoría de los países del orbe ha colapsado en nuestra contemporaneidad, como consecuencia de los raquíticos presupuestos asignados a los órganos jurisdiccionales, tornando a este sistema cuasiperverso por la morosidad excesiva en resolver los litigios, para preservar la paz social.

Como corolario de estas circunstancias, una de las funciones del Estado, y tal vez, la más excelsa de las mismas, es el servicio de la justicia, que se ve desvirtuada en la praxis jurisdiccional por la sobrecarga de causas en los despachos de los jueces, hasta un estado de saturación que imposibilita resolver las cuestiones litigiosas en los términos temporales que anhelan los justiciables.

Los operadores jurídicos hemos pensado tradicionalmente que la jurisdicción constituía un ejercicio monopólico de los órganos estatales, para la resolución de los conflictos humanos.

Hemos actuado displicentemente ante la dramática proclama lanzada por Roscoe Pound, ante la legislatura del estado de Minnessota en 1906, sobre la quiebra del sistema de justicia en los Estados Unidos antes del fin de siglo, fundamentando sus predicciones en la gran acumulación de causas, el

* Ponencia.

exceso de formalismo y la ritualidad manifiesta, así como a la burocratización del proceso.

Estas mismas causales preconizadas por Pound, en nuestra contemporaneidad han cobrado una vigencia alarmante, con su carga de descrédito ante los justiciables, que contemplan azorados la morosidad de los órganos jurisdiccionales en la resolución de conflictos, la onerosidad de los litigios con el desmérito de la privación del acceso a la justicia garantizada por leyes supremas de los Estados.

Se ha constituido en nuestros días, como impostergable necesidad, la búsqueda de consuno entre los operadores jurídicos y los justiciables, de sistemas alternativos para la resolución de conflictos, abandonando la cultura del "pleito" con su carga de "adversariedad", para adoptar sistemas más eficaces de mayor celeridad y bajos costos económicos, que desde ya no signifiquen una privatización de la justicia, sino una armónica coexistencia con el sistema tradicional de la jurisdicción.

Es menester rescatar las imprecaciones de Warren E. Burger, vertidas en ocasión de una reunión de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos realizada en Minnesota el 25 de Agosto de 1985, siendo a la sazón Burger presidente de la Suprema Corte de Justicia, solicitando a los abogados a que recurran más seguido al arbitraje a fin de reducir el número de litigios que inundan los tribunales:

algunas veces pienso que hay algún tipo de neurosis masiva que se desarrolla en este país, que lleva a la gente a creer que los Tribunales son los lugares ideales para resolver las controversias. En términos de costos, tiempo y energía humana, el arbitraje es muy superior al procedimiento judicial. Es hora de que el espíritu innovador e ingenioso de los operadores jurídicos y de los ciudadanos forjen nuevas herramientas para cubrir nuevas necesidades.

II. SISTEMAS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

El tráfico jurídico impone como un imperativo, agudizar la imaginación de los operadores jurídicos y los justiciables, en búsqueda de sistemas alternativos para resolver los conflictos humanos mediante procedimientos ágiles, menos onerosos y de gran celeridad temporal, que coadyuven, asimismo, a atenuar el estado de saturación de causas en los despachos de los jueces, dando pronta respuesta a los ciudadanos involucrados en un conflicto.

La tensión entre la hetero y la autocomposición de los conflictos debe mantenerse en el amplio espectro del tráfico como sistemas paralelos, pero con un necesario cambio de la cultura del pleito con su cargado matiz de adversariedad, hacia formas más flexibles en punto a la ritualidad y costos económicos que insumen la resolución de los conflictos, aventando el concepto de que la jurisdicción es un ejercicio monopolico, en manos de los ór-

ganos del Estado para la protección de los derechos de los ciudadanos, y que el acceso a la justicia no es el único sistema a través del cual el justiciable puede obtener la tutela de sus derechos subjetivos, sino que, por el estado de crisis en que se encuentra inmerso el sistema jurisdiccional, debe considerarse a éste a través de las garantías del debido proceso como alternativa última, potenciando la autocomposición de los conflictos con su carga de pacificación a través de la cooperación. La resolución alternativa de disputas tiene como soporte al trípode caracterizado por:

- 1) La disminución del tiempo de resolución
- 2) La descongestión del despacho de los jueces
- 3) La reducción de los costos

III. EL CONFLICTO. BREVES REFLEXIONES

El conflicto es una realidad existencial, generada por la convivencia de las agrupaciones humanas. Se nos presenta como consecuencia del anhelo íncito de todo individuo de tener vocación participativa en los bienes materiales, afectivos y espirituales, que insoslayablemente provocan intereses contrapuestos, y que los mismos constituyen en nutrientes de toda evolución de los agrupamientos humanos, y que es función del Estado controlar a los mismos, incardinados teleológicamente a la obtención de la convivencia en paz de la comunidad.

Según la acepción del Diccionario de la Real Academia, el conflicto es: "Lo más recio de un combate. Punto en que aparece incierto un resultado de la pelea. Antagonismo, pugna, oposición. Combate y angustia del ánimo. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida", y vulgarmente empleamos los brocardos: pelea, batalla, lucha...

Según Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, en *Mediación para resolver conflictos*, Ad-Hoc, p. 41: "Por ello, cabe adoptar un significado restrictivo, incluyendo bajo el concepto de 'conflicto' a una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser, o parecen ser para algunas de ellas, 'incompatibles'."

Para fortalecer las estructuras de la paz social, distinguimos en el tráfico: "Métodos no pacíficos de resolución de conflictos", que tienen como portante al "litigio". *Cfr.* Remo F. Entelman, en revista *Libra*, núm. 3:

Los abogados hemos sido educados en las creencias que el sistema jurídico y sus instituciones constituyen el método *pacífico* de resolución de conflictos[...] Sin embargo, poco que se profundice, tanto los conocimientos que brinda la teoría general del derecho como en la teoría del conflicto, aparece claro que el litigio es un método que recurre a la *fuerza* para la solución de los conflictos. Es claro que la fuerza dentro del Estado es sustraída de mano de los particulares, a quienes se prohíbe su ejercicio directo, salvo en condiciones extremas como la

legítima defensa. Pero esa fuerza es puesta en manos de órganos estatales. En una comunidad republicana esos órganos son los jueces. Es el juez quien atribuye lo suyo a cada parte[...] y su decisión tiene una *garantía de efectividad*, esa garantía es el uso de la violencia de la que no disponen las partes pero sí el juez, a quien las fuerzas de seguridad responden de acuerdo a las normas orgánicas que rigen el sistema, por lo que cabe concluir que el litigio en el proceso judicial, el uso de la fuerza en el estadio de la ejecución de la sentencia, es la garantía de efectividad que otorga el juez. El litigio no es pues un método pacífico de resolución de conflictos, sino, antitéticamente Violento.

Los corolarios del litigio en el proceso judicial son la adversariedad y la tensión —ganador-perdedor, que las más de las veces recalca en una insuperable enemistad, entre los sujetos que integraron la litis— de los sistemas pacíficos.

En nuestra contemporaneidad destacamos la reformulación de nuevos institutos que se categorizan como “estándares jurídicos”, a través del derecho comparado y la doctrina, instrumentados en normas autónomas, tales como la negociación, la conciliación y la mediación, institutos jurídicos estos que potencia la autocomposición de los conflictos.

Nos referiremos, con algún detenimiento, a la mediación, como una solución alternativa al litigio tradicional, puntualmente: a los antecedentes históricos; breve paneo sobre el derecho comparado; el procedimiento a desarrollarse en la mediación; la figura del mediador y la necesidad de formar una cultura no adversarial para la solución de los conflictos.

a) *Antecedentes históricos*

La doctrina publicística rescata como antecedente histórico de la mediación, en la muy antigua sociedad ateniente, la gestión de los thesmotetas, quienes a través de las disuasión y persuasión de los espíritus en conflicto los avenían a través de sistemas transaccionales o de compromisos arbitrables. En Iberoamérica, merece especial mención el “Tribunal de las Aguas” de Valencia-España, institucionalizado por los ciudadanos en 1239, que tenía la facultad de resolver los conflictos que se suscitaban entre los usuarios de un vital y escaso elemento como el agua para regadío de las huertas, que se cultivaban en la institución, aún pervive en la actualidad, cuya reunión se puede presenciar los días jueves, y que ofrece la característica de estar integrado por desatacados miembros de la comunidad. En América Latina, rescatamos ciertas instituciones en Oaxaca, México, que tienen como finalidad la regulación de conflictos a través de la combinación de procesos, culturas indígenas y castellanas, y que se concreta en la figura del “balance” orientado al restablecimiento de un justo y adecuado equilibrio en las relaciones interpersonales de los componentes del grupo.

Como antecedentes inmediatos, podemos citar las disposiciones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que dispuso experimentar en

las ciudades de Atlanta, Kansas y Los Ángeles con la finalidad de responder a la pregunta de que si las controversias que involucran a ciudadanos comunes podían ser resueltas exitosamente a través de la mediación como una solución alternativa al litigio tradicional, a su vez, el Congreso en el año 1980 encontrando que “la inadecuación de los mecanismos de solución de controversias en los Estados Unidos, es contrario al bienestar de la gente”, y comprobado el éxito del experimento propagó el acta de resolución de controversias a otras ciudades, estableciendo centros de mediación en todo el país.

b) *Breve paneo sobre el derecho comparado Estados Unidos*

En la década de los años ochenta, el Congreso estadounidense convirtió en ley el acta de resolución de disputa, a fin de brindar medios poco onerosos para solucionar conflictos menores. En esencia se trata de una ley federal de resolución de disputas. El objetivo de este programa fue el desarrollo y la implementación de mecanismos para la resolución de disputas menores.

Canadá. El principio de mediación familiar está reconocido a nivel familiar y provincial, plasmado en Ley Federal de Divorcio de 1975.

Colombia. La Ley 23 del año 1991, crea mecanismos que actúan como alternativa a la justicia, y la reforma operada en los códigos de procedimientos hace extensivo el sistema de la conciliación obligatoria, previa a los conflictos que se suscitaren en el tráfico jurídico.

Uruguay. Incorporó el Código Tipo para América Latina de procedimiento, regulando la conciliación obligatoria tanto en los procesos judiciales como en los arbitrales.

Francia. En 1955 la mediación fue instituida con el fin de regular el límite en los horarios y la renovación de las convenciones colectivas. A partir de 1957 se extendió a todo tipo de conflictos colectivos.

Brasil. Rige la novísima Ley de Arbitraje número 9.307 del 23-09-1996. Destacamos los siguientes caracteres:

a) Todas las personas capaces de contratar pueden recurrir al arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

b) El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes.

c) Las partes podrán escoger libremente las reglas de derecho fondal, como así también, determinar el procedimiento en la Convención de Arbitraje.

d) Puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes.

e) La sentencia arbitral será dictada en el plazo estipulado por las partes. Si nada se convino será de seis meses contados desde la institución del arbitraje o de la sustitución del árbitro. Las partes y los árbitros de común acuerdo podrán prorrogar el plazo.

f) Los requisitos obligatorios de la sentencia arbitral son:

1) El informe que contendrá el nombre de las partes y el resumen del litigio.

2) Los fundamentos de la decisión en los que serán analizadas las cuestiones de hechos y derecho, mencionándose expresamente cuyos árbitros juzgarán por equidad.

3) La parte dispositiva en la que los árbitros resolverán las cuestiones que le fueran sometidas y establecerán el plazo para el cumplimiento de la decisión.

4) La fecha y lugar en que fue dictada.

c) *El procedimiento a desarrollarse en la mediación*

En esencia, es un proceso informal, no adversarial, orientado a alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes, a través de la cooperación y autogestión de los sujetos involucrados en los conflictos, quienes intervienen en el proceso negociando sus propios intereses a través de la autocomposición, arribándose a una solución final que tiene como portante a la voluntad de las partes, se proyecta hacia el futuro permitiendo una fluida convivencia entre los sujetos participantes, que habilitarán la celebración en lo por venir de numerosos negocios de contenido económico, porque aventa toda hipótesis subjetiva de vencedores y vencidos, que son el estigma ineludible de las soluciones arribadas en el sistema litigioso tradicional. Destacamos a la confidencialidad como la máxima obligación del tercero neutral de observar absoluto secreto de todo lo que se ha debatido en las audiencias, asegurando a las partes en conflicto de que nada de lo sostenido y fundamentado en los debates será usado en su contra, para la hipótesis de un resultado negativo de la mediación

d) *La figura del mediador*

Sostiene Gladys S. Álvarez, en revista *Libra*, núm. 1, que en el proceso de mediación:

El mediador no actúa como juez ni tiene autoridad para imponer una decisión. Simplemente conduce una audiencia cara a cara y utilizando técnicas especiales para escuchar, negociar y crear opiniones, ayuda a las partes a alcanzar su propia solución. En realidad el mediador actúa como un catalizador, son su destreza personal y su entrenamiento lo que le permite actuar sobre ambas partes ayudándolas a resolver la disputa, de una manera en que ambas *ganen* o consigan algo que quieren.

El mediador, entre otras cualidades, debe desarrollar la empatía: "Participación afectiva y por lo general emotiva, de un sujeto en una realidad ajena", debiendo enriquecer dichas cualidades con un necesario entrenamiento que enriquezca sus conocimientos y aptitudes para escuchar, cuestionar y

negociar creando opiniones, para ayudar a las partes en conflicto a alcanzar sus propias soluciones.

El mediador se obliga imperativamente a mantener en secreto, en el marco estricto de la confidencialidad los dichos vertidos por las partes en conflicto para el supuesto de un resultado negativo a que se arribe en la mediación y, que no podrán usarse en contra de los mismos en un futuro litigio jurisdiccional. La inobservancia de este elemento estructura de la mediación (la confidencialidad), hace pasible de sanciones al mediador.

e) *La necesidad de formar una cultura no adversal para la solución de los conflictos*

El insoslayable tránsito proyectado desde el método tradicional de la solución de los conflictos a través del litigio clásico hacia la resolución alternativa de los conflictos, requiere una acción en conjunto de los operadores jurídicos y justiciables, orientados hacia un cambio de la conciencia pleitista —adversarial—, que impregna al tráfico jurídico hacia una cultura pacífica de resolución de los conflictos, y que tendrán como *sustratum* la elaboración de programas circunstancialmente elaborados con una adecuación a los distintos niveles del servicio de la educación por el Estado —niveles primarios, secundarios y superiores—, que tendrá la virtualidad de formar aptitudes en los ciudadanos para dirimir pacíficamente sus controversias en forma privada, coadyuvante, de esta manera, a la disminución de la sobrecarga de causas en los órganos jurisdiccionales.

Los operadores jurídicos deben armonizar la formación profesional en los moldes clásicos y rígidos de la contienda, como única vía posible para resolver los conflictos a través de litigio jurisdiccional, por las nuevas propuestas alternativas de sustancia pacifista y con su innegable carga de información, celeridad y de mínima onerosidad, que conforman los pilares que sustentan a los nuevos “estándares jurídicos” de la negociación; conciliación y la mediación.

El Estado, a través de los órganos competentes, deberá implementar y reglamentar centros de capacitación y formación de operadores jurídicos mediadores, a través de la participación de las distintas ciencias interdisciplinarias que incorporen nuevas técnicas y mecanismos para lograr un mediador idóneo, como producto de apoyaturas psicológicas, sociológicas, teóricas-económicas, el arte de la oralidad y el dominio del lenguaje, que permitirán un alto grado de solvencia protagónica del mediador en la o las audiencias que consumieren el proceso de mediación tendentes a la solución alternativa del conflicto.

Las facultades de derecho tendrán como misión, la reformulación de los planes de estudio, orientados hacia la formación de sus egresados en estos nuevos sistemas de solución de los conflictos no adversariales, compatibilizando mediante la flexibilización armónica de los planes de estudio, que

presentaban a la sociedad profesionales de derecho habilitados para la contienda en el sistema de la litigiosidad tradicional.

IV. INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA RAD-RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS EN LOS CONTRATOS

En la densa trama de las relaciones jurídicas patrimoniales enmarcadas en los negocios jurídicos contractuales, y teniendo como portante al principio de la autonomía de la voluntad, en nuestra contemporaneidad es insoslayable la inclusión de las cláusulas “Rad”, en las que se prevé la resolución inmediata de disputas que surjan en la etapa de ejecución de los contratos, mediante la negociación entre los co-contratantes, y de no arribarse a una solución consensuada se recurrirá a la mediación y a tal efecto, en dichas cláusulas, ya se designa al mediador, para que intervenga como tercero neutral.

V. BREVE SINOPSIS DE LA NOVÍSIMA LEY DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN ARGENTINA

Se encuentra en vigencia en nuestro país la novísima Ley de Mediación y Conciliación número 34573, que instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, que en su numeral 1º dice: “Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial e la controversia”.

A su vez, el ordinal 2º determina la exclusión de la mediación obligatoria en los siguientes supuestos: 1) causas penales; 2) acciones de separación personal y divorcios, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de ésta. El juez deberá dirimir los procesos derivados de incapacidad y de rehabilitación; 4) causa en que el estado nacional o sus entidades descentralizadas sean parte; 5) amparo, *habeas corpus* e interdictos; 6) medidas cautelares hasta que se decidan las mismas; 7) diligencias preliminares y pruebas anticipadas; 8) juicios sucesorios y voluntarios; 9) concurso preventivo y quiebra; 10) causa que tramitan ante la justicia nacional del trabajo. Declara optativa la mediación obligatoria para los juicios de ejecución y juicios de desalojo, siendo dicha opción para el reclamante.

En el artículo 4o. regula el procedimiento de la mediación, fijando las pautas que debe cumplir el reclamante del juzgado que eventualmente entenderá en la litis, y en el artículo 6o. fija el plazo de diez días para la fijación de la audiencia por el mediador a la que deberán comparecer las partes; en el artículo 9o. se establece, como plazo límite, que deberá insumir el procedimiento de la mediación en sesenta días corridos, que se computan a

partir de la última notificación al requerido, plazo que podrá ser prolongado por acuerdo de las partes; en el artículo 11 establece la confidencialidad de procedimiento, caracterizando a la misma como un deber del mediador, en el artículo 12 se establece que si se arriba a un acuerdo se labrará acta que será firmada por el mediador, las partes y los letrados intervinientes, ya que estos últimos son de asistencia obligatoria de las partes. Para la hipótesis de incumplimiento de lo acordado, el convenio podrá ejecutarse ante el juez designado mediante el procedimiento de ejecución de sentencia. Preceptúa el ordinal 14 que si no se arribase a un acuerdo en la mediación se labrará acta cuya copia deberá entregarse a las partes, en la que se dejará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente acompañando la constancia de la mediación, a través del numeral 15 se crea el Registro de Mediadores, bajo el contralor del Ministerio de Justicia de la Nación. La retribución del mediador es regulada en el artículo 21. Cabe destacar, la entidad suspensiva del plazo de prescripción que opera la mediación a partir de la fecha que se formalice la presentación.

VI. CONCLUSIONES

De leges lata

Las regulaciones normativas, autónomas, que integran el derecho positivo de los distintos países del orbe, que incorporen a los sistemas alternativos de solución de los conflictos, receptan los perfiles de autorizada doctrina de los autores y el requerimiento de la realidad social contemporánea que descreída de la solución de las controversias, a través de litigios clásicos, por la morosidad de los órganos jurisdiccionales en resolver las cuestiones litigiosas, el exceso de formalismo, el ritualismo manifiesto y la onerosidad del sistema, impide el acceso a la justicia para todos conforme la expresión de anhelos del distinguido maestro Calamendrei, y que se reflejaba en una justicia excesivamente lenta, que tiene como fundamento a la sobrecarga de las causas en los despachos de los magistrados, la insuficiencia de los recursos edilicios, tecnológicos y humanos, así como también, a los magros presupuestos que el Estado destina para sufragar los gastos operativos del servicio de la justicia como garantía excelsa, tuteladora de los derechos de los ciudadanos y que teleológicamente se orienta en la reafirmación permanente e independiente de la paz social.

De lege ferenda

I) Propiciamos una impostergable corriente normativa, en simetría con la tendencia codificadora decimonónica en el mundo, para la incorporación a los respectivos derechos patrios, de estos nuevos métodos de solución alternativa de los conflictos de características pacifistas —no adversariales—, acunándose en las estructuras normativas como un imperativo exigido por los justiciables que tornen a estos institutos como herramientas o instrumentos

impregnados de informalismo, celeridad, desburocratización de los órganos jurisdiccionales y menor onerosidad en las costas del proceso, con su carga de virtualidad jurídica obligatoria como un "prius" al litigio clásico en sede jurisdiccional.

II) Los estados deberán implementar, en los programas de estudio, en los distintos niveles (primario, secundario y superior), asignaturas específicas sobre la formación en la mente de los educando, de los nuevos métodos de solución alternativa de los conflictos no adversariales.

III) Deberán implementar, también, los estados centrales de adiestramiento y/o formación de mediadores en la órbita de los órganos competentes, para optimizar de estos nuevos institutos de solución de los conflictos.

IV) Las facultades de derecho de las universidades deben reformular los programas de estudio de la ciencia del derecho, propendiendo a la formación de conciencias no adversariales, en sus egresados en la aplicación de sus incumbencias profesionales, con una sostenida prédica intelectual que coadyuven a la cultura pacifista de la resolución de los conflictos.

V) Los operadores jurídicos deben acceder a través de institutos de formación de mediadores, a los nuevos perfiles que marcan o denotan el tránsito de la hetero a la autocomposición de las controversias para dar respuestas rápidas y de menor cuantificación económica a los justiciables, mediante la aplicación de nuevas técnicas operativas en sus incumbencias profesionales, que enriquecerán, sin duda, su formación profesional, a través de la asistencia interdisciplinaria de la psicología, la sicología, las teorías económicas, el dominio del arte de la oratoria y la profundización en el manejo del lenguaje.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Antecedentes parlamentarios de la ley 24573, Argentina.

ENTELMAN, Remo F., en revista *Libra*, núm. 3, 1993.

GARRO, Alejandro, *Resolución de controversias en materia internacional-litigio y arbitraje internacional*, compilación del autor, 1992.

HIGHTON, Elena I. y Gladys S. ÁLVAREZ, *Mediación para resolver conflictos*, Ad-Hoc, 1995.

TAPIA, Graciela y Silvana GRACO en revista *Libra*, núm. 1, 1992.