

OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION COMPARADA

1.5.1. ASPECTOS GENERALES

Fuera del Perú hay otros mecanismos alternativos de solución de conflictos que en otras legislaciones reciben el nombre de medios Alternativos de resolución de Conflictos MARCs, que aunque hasta hoy no han tenido gravitación ni regulación en nuestra nación, pero si la doctrina y otras realidades las consagran, estas son:

- * Mediación – arbitraje (med-arb)
- * Arbitraje – mediación (arb-med)
- * Tribunal multipuertas (multidoor court-house)
- * Defensor del pueblo (ombudsman)
- * Evaluación neutral previa
- * Dictamen de expertos
- * Grupo asesor circunscrito
- * Juez de alquiler (rent a judge)
- * Juicio abreviado (summar y jury trial)
- * Mini trial

1.5.2. CONCEPTOS.

MEDIACION / ARBITRAJE

Ello es un procedimiento en que si fracasa la mediación y las partes no llegan a un acuerdo pueden decidir que el mediador tenga el rol de árbitro, esto tiene la ventaja que quien va a arbitrar conoce muy bien el caso, pero se le critica a esta modalidad que pierde sentido el rol del mediador. En nuestro país se utiliza poco.

ARBITRAJE / MEDIACION

También es el procedimiento donde el árbitro luego de escuchar a las partes deja un sobre con un resultado e inicia un proceso de mediación, en este caso si la mediación tiene éxito el sobre no se abre y se cumple el acuerdo arribado entre las partes, de lo contrario, si no hay acuerdo se abre el sobre y es obligatorio la decisión del árbitro.

EARLY NEUTRAL EVALUATION (ENE), (Evaluacion temprana Neutral)

Definición .- Consiste en un mecanismo anexo a los tribunales por el cual se deriva el caso a un tercero neutral ante quien se presentaran las partes o sus abogados exponiendo la materia conflictual a fin que el tercero evalúe cual sería el criterio del juzgador en el caso que continuara el conflicto en la vía jurisdiccional.

Su origen se remonta a mediados de la década de los 80, cuando fue propuesto por una subcomisión integrante de un grupo de trabajo, designando por el juez Robewrt F. Peckhan, Presidente del tribunal Federal del distrito del norte de California, para investigar las causas y proponer soluciones al problema derivado del elevado costo y la demora en los procesos. En 1985 se implanto en ese distrito Judicial en forma experimental, y funciona de manera permanente desde 1988.

SUMMARY JURY TRIAL (JUICIO SUMARIO POR JURADOS).

Se trata también de un sistema anexo a los tribunales que de acuerdo a lo expresado por los Dres. Roque Caivano, Gobbi y Padilla fue ideado por el juez Thomas D. Lambros, Presidente del tribunal Federal del distrito Norte de Ohio.

Por los medios audiovisuales (cine, tv), estamos acostumbrados apreciar como interviene un jurado puro para los casos penales a la usanza del sistema anglosajón. Este modelo constituye el proceso penal para conocimiento de determinado delito, en el cual la composición del tribunal comprende dos secciones: la sección de hecho que se encuentra conformada por ciudadanos legos en derecho que pronuncian un veredicto sobre los hechos puestos en su conocimiento y la otra sección de derecho que está formada por jueces de

carrera y cuya misión consiste en aplicar la norma a los hechos calificados por la otra sección .

El juicio Sumario por jurados no tiene las funciones de un jurado mixto (sin división de secciones en que tanto los jueces técnicos y legos en forma conjuntas valoran los hechos y aplican el derecho al caso concreto) pero se le ha ampliado su competencia para tratar aspectos de orden civil , siempre que concurra el consentimiento de los litigantes de someter su caso a este sistema , por cuyo merito se convoca a un jurado conformado de manera habitual en una audiencia por lo general única , presidida por un juez o un funcionario judicial ante quienes las partes hacen su exposición del caso que los ha convocado aportando las pruebas que consideren conveniente .

Según los Dres .Roque Caivano , Cobbi y Padilla , “ luego de finalizadas las exposiciones de las partes , el juez instruye al jurado , entra otros cosas para que procure que el veredicto sea unánime . Cuando este se retira a deliberar , usualmente se sugiere a las partes la conveniencia de buscar una conciliación , si esto no es posible , se le comunica el veredicto .Este no es vinculante para las partes ya que no se trata de un jurado “ verdadero ” sino “ simulado ” , pero les permite tener una idea muy cercana sobre cuál sería el veredicto en caso de ir a juicio . Las partes pueden interrogar a los miembros del Jurado a fin de comprender cuál ha sido su percepción del caso .Finalmente , aun de conocido el veredicto , las partes pueden negociar los términos de un eventual acuerdo .”

EL MINI – TRIAL (Mini Juicio)

Bajo esta denominación, esta forma de resolución de disputas no es sino una representación oral realizada por abogados ante los Directivos de empresas en las que se ha suscitado un conflicto y que pretenden llegar a una solución. Tiene bastante aplicación en relación a asuntos corporativos, y asuntos entre sociedades comerciales. A través de éste método los abogados intercambian sus posiciones e intereses que generalmente son materias complejas y en un escaso límite de tiempo luego de la exposición de ambas partes, los ejecutivos pueden dar solución a su controversia. Es muy similar a la de un juicio que se lleva a cabo a puertas cerradas y con reglas predeterminadas por las partes. La preside un consejero que puede ser un profesor eminente, un abogado reconocido o un juez retirado, cuya única función es actuar de moderador y llevar el orden de las presentaciones. Luego de la Audiencia, inmediatamente se retiran los directivos tratando de llegar a una solución, es una forma de resolución entre empresarios y se puede decir que ha sido considerado como un proceso satisfactorio, pues el control de la decisión siempre es tomado por los máximos ejecutivos

TRIBUNAL MULTIPUERTAS.

La idea fue creada por el profesor de derecho de la Universidad Harvard , Frank Sander , quien partió de la existencia de la variedad de métodos de resolución de disputas y propuso como idea la de un Tribunal con múltiples puertas o programas de resolución de conflictos

en el cual los casos serían atendidos, analizados, calificados a través de la puerta apropiada o derivados fuera de los tribunales, para ser sometidos a mediación, arbitraje, mini-juicio, etc.

Las Dras. Alvarez y Highton como Juezas de segunda instancia de los tribunales Argentino comentan esta figura señalando que, "La mesa de entradas de un Tribunal Multipuertas tiene especialistas cuya tarea consiste en determinar cuál es el servicio más apropiado para resolver cada problema. Los especialistas están entrenados para examinar de qué tipo de caso se trata, evalúan sus características a través de la historia y dinámica del conflicto, buscan averiguar si existen amenazas personales o daño a la propiedad, si se trata de cuestiones de hecho o de derecho, como también si están ante un planteo simple o complejo. Los especialistas de la mesa de entradas además consideran la intensidad de la relación entre los contendientes y la cantidad de partes involucradas y así mismo su estado financiero, discuten la voluntad de las partes para participar en la resolución de su problema y cualquier posible consecuencia de la derivación propuesta.

EVALUACIÓN NEUTRAL PREVIA

Funciona como si fuera un perito judicial pero previo a entrar en el Sistema Judicial, en muchos casos esta evaluación evita el pleito, abaratando los costos y acortando los tiempos.

EXPERTO INVESTIGADOR NEUTRAL

En esta figura actúa un tercero neutral que es especializado en alguna materia también especializada y que puede ser nombrado por las partes o por el juez, tiene el carácter informal y su labor es meramente investigativa, teniendo la obligación de presentar un reporte o testimonio, para que las partes pudieran tomar una decisión. Esta forma que tiene también naturaleza contractual. Es utilizado en contratos sobre recursos naturales en los cuales se requiere el conocimiento especializado de una empresa o persona sobre temas técnicos. No es un arbitraje técnico, sino es una opinión que contiene caracteres técnicos.

ALQUILER DE UN JUEZ

Este proceso es similar al arbitraje más formal pero sin público, es de una modalidad más flexible sobre todo en lo procesal Estatal o privado. En general interviene un Juez retirado y con prestigio por su idoneidad y su imparcialidad. Su dictamen no es vinculante pero las partes se adhieren porque valorizan su opinión.

Veamos un caso que se suscitó en los EE.UU para tener una mejor idea de la institución que estamos tratando:

El promocionado divorcio entre Brad Pitt y Jennifer Aniston no habría pasado de una anécdota para consumidores de escándalos de no haber sido por una curiosa circunstancia: la magistrada que dictó la sentencia no es una integrante del Poder Judicial sino una jueza retirada contratada por las partes para disolver el matrimonio privadamente.

Por extraño que parezca, el recurso no constituye una chicana sino un procedimiento perfectamente legal en el estado de California y otros siete estados norteamericanos, donde la

legislación permite la actuación de jueces privados. Este principio de "rent-a-judge" (alquile un juez), como lo han bautizado algunos descreídos, existe desde hace más de dos décadas, pero era necesario un caso de alto voltaje como el divorcio Pitt-Aniston para que el gran público se percatara de su existencia.

La regla, vigente con ligeras variantes en California, Kansas, Missouri, Nebraska, Carolina del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur y el estado de Washington, permite a las partes de un litigio, de común acuerdo, solicitar a la corte que refiera el caso a un juez privado, quien tendrá plena jurisdicción sobre el mismo y cuya decisión será tan obligatoria como la de cualquier otra corte de justicia.

La gran diferencia es que lo que se ventila ante el juez, así como los términos de la sentencia, se mantienen en secreto. En el caso de Pitt y Aniston, cuya fortuna conjunta se calcula en 477 millones de dólares y donde cada uno de los integrantes de la pareja percibe aproximadamente 12 millones de dólares por película, parecía natural que en **medio del mar del escándalo** producido por la ruptura de la pareja a causa, según se infiere, del romance de Pitt con Angelina Jolie, se buscara una cierta reserva a la hora de arreglar las cuentas.

La magistrada elegida fue Jill S. Robbins, una jueza retirada que facturó 700 dólares la hora para oficiar los procedimientos que culminaron el divorcio, efectivo el 2 de octubre próximo.

Beneficio o privilegio

La contratación de jueces privados es una variación del recurso de arbitraje, un procedimiento que viene siendo usado desde hace muchos años para resolver disputas y que muchas veces forma parte de las cláusulas de contratos civiles y comerciales en anticipación de posibles diferendos.

Pero hay una gran diferencia: mientras las decisiones de arbitraje no admiten apelación, en el caso de la sentencia de un juez privado, ésta puede ser llevada a una instancia superior, como la Cámara de Apelaciones.

Para contratar un juez privado debe cursarse un pedido de autorización a la Corte y sus honorarios son sufragados por las partes. El candidato debe tener, por lo menos, seis años de experiencia y ser retirado o renunciado.

En el espectro de practicantes de esta profesión, los honorarios pueden variar entre 500 y 1500 dólares la hora.

Algunos críticos sostienen que la facultad de arrendar un juez privado constituye un sistema de privilegio, en tanto favorece a aquellos que pueden pagarlo.

Naturalmente, el procedimiento es mucho más rápido que el de la justicia regular y evita la incertidumbre que acompaña al sorteo de jueces.

Pero los defensores del sistema alegan que la Justicia, en muchos casos, promueve la resolución de conflictos por acuerdo de las partes en contraposición al litigio, de manera que aquí se estaría ante una situación donde ambas partes de una disputa saldrán con un veredicto que en la mayoría de los casos es más aceptable que el de las cortes convencionales.

Por lo que se sabe, Brad Pitt y Jennifer Aniston han quedado conformes con la sentencia y no tienen intenciones de apelarla. Oficialmente, todo cuanto Aniston reclamaba era recuperar el uso legal de su nombre, Jennifer Joanna Aniston, que había reemplazado durante su matrimonio por el de Jennifer Pitt, pero convengamos en que si esto fuera todo, no habría sido necesario ni un juez privado ni uno público.

Así, en esta ficción provista de privacidad, terminó otro de esos matrimonios dorados que la máquina promocional de Hollywood catapulta cada tanto y cuyas peripecias alimentan la

glotonería de la prensa durante un tiempo.

Después de firmar sobre la línea de puntos de los documentos legales, Pitt volvió a los brazos de Angelina, y Aniston regresó al set donde se encuentra filmando la película "Breakup" (ruptura), la historia de una pareja que decide separarse. Cualquier relación con la realidad es pura coincidencia.

-El Ombudsman Y su impacto en los países latinoamericanos

I.- Génesis

La generosa Institución nace en Europa, y su más remoto antecedente se localiza en la figura del "" creado por el Rey Sueco en el Siglo XVI.

En un principio, este órgano actúa como Delegación de la Corona cuyas funciones, entre otras, era la de supervisar la correcta aplicación de las leyes por parte de los servidores públicos.

Más tarde, la Institución se consagra en la Ley Constitucional Sueca de 1809, su ejercicio queda a cargo de un funcionario designado por el Parlamento y su función consiste en vigilar la actividad de los tribunales. Actualmente, la Constitución vigente de Suecia de 1947 aún conserva esta figura, la cual se encuentra regulada por el nuevo documento constitucional "Instrumento de Gobierno ", mismo que está en vigor desde 1975 y que, de conformidad con el modelo original **queda asignado a un funcionario dependiente del Parlamento pero con autonomía funcional, con la atribución esencial de recibir las reclamaciones de los gobernados contra las autoridades administrativas cuando afecten sus derechos e intereses legítimos.**

La función de esta figura tiene como propósito obtener un pronto arreglo, o bien, en caso de no lograrlo iniciar una investigación para formular recomendaciones a las propias autoridades administrativas, mismas que se publican en los informes periódicos, generalmente de carácter anual, que rinden al propio órgano legislativo.

II.- Trayectoria

De acuerdo con lo anterior, la palabra Ombudsman significa representante, mediador, comisionado, protector, defensor o mandatario del pueblo, que es designado por el Parlamento para supervisar la actuación de los gobernantes y corregir los actos de mala administración pública.

Pronto, el Ombudsman traspasa sus fronteras originales, pues empieza a demostrar su eficacia como órgano controlador de los actos del poder público, y es a partir del siglo XIX cuando su finalidad aparece condicionada a las exigencias de una nueva forma de organización social. Fritz Morstein ilustra esta idea con claridad cuando afirma que "enfrentados, a los enormes requerimientos de administración pública, típicos de una sociedad industrial, un número considerable de países ha sufrido una comezón nerviosa para hacer algo, acerca del aparente desequilibrio entre las dificultades administrativas y los derechos individuales. A medida que estos países -continúa Morstein-, buscan a su alrededor, para ver lo que pueden aprender de la experiencia de otras naciones, debemos tratar de elaborar un patrón de adaptación a una estrategia, para una importación adecuada de las instituciones extranjeras". De allí, que la figura extranjera más célebre, pueda, quizá, ser el Ombudsman.

Países, cuyo afán es brindar una mayor protección a los ciudadanos empiezan a adoptar la figura del Ombudsman. Así, la Constitución de Finlandia de 1919 incorpora en su texto esta Institución para oponerse a las autoridades que afectaban con actos ilegales la vida de los ciudadanos.

Lo mismo sucede con Noruega en donde el Ombudsman data de 1952 y Dinamarca que lo institucionaliza en 1955, debido al aumento considerable de las potestades de las autoridades administrativas, lo cual ocasionaba frecuentes abusos de poder, errores y arbitrariedades que propiciaron una deficiente administración pública.

También Alemania en 1957, Nueva Zelanda en 1962 prosiguen por esta línea, y en la década de los 60 Inglaterra, Irlanda del Norte, Guyana, Tanzania, algunas provincias del Canadá y varios Estados de la Unión Americana, se cuentan ya entre los que incorporan en su seno la notable figura.

En 1975 se creó en Portugal con el nombre de Proveedor Justicia, y en 1978 en España como la Institución del Defensor del Pueblo, desempeñando un papel importante por la defensa de los derechos humanos, principalmente en el campo de las deficiencias en la administración pública de la prestación de servicios públicos.

Esta trayectoria que presenta la evolución del Ombudsman no es un movimiento de imitación extralógica, por el contrario, responde a la preocupación que cada país en lo individual, se plantea para buscar una solución a la constante exigencia de los ciudadanos por salvaguardar sus derechos fundamentales.

III.- Impacto del Ombudsman en Latinoamérica

En esencia, es la figura del Ombudsman español la que influye de manera importante en el ánimo de las naciones de Latinoamérica. En efecto, la impronta cultural que ha tenido España en las naciones latinoamericanas propició que éstas en su mayoría, hayan adoptado a esta Institución, si bien con los principios tradicionales de la figura original, pero con características propias y matices diferentes, derivados de la realidad latinoamericana, que han llevado a los especialistas a denominarlo como el Ombudsman criollo, el cual se ocupa fundamentalmente de la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en general, a más de ocuparse de la atención de las reclamaciones provenientes de los ciudadanos que arguyen una deficiente gestión pública por parte de las autoridades.

En el ámbito latinoamericano, la Institución del Ombudsman fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional, influida básicamente por el modelo español. Con esta filosofía, en 1985 se implantó por primera vez en Guatemala con la denominación de "Procuraduría de los Derechos Humanos"; y en la presente década se expandió y se constitucionalizó en México, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Colombia, Argentina y Perú, entre otros. En la actualidad solo carecen de esta Institución Brasil, Chile, Ecuador y Venezuela.

Como puede advertirse, existe una clara tendencia de esta Institución por penetrar en todos los países del orbe. Conforme al Instituto Internacional del Ombudsman, en 1996 eran 75 países los que poseían semejantes organismos: 27 en Europa, 16 en África, 14 en América Latina, 8 en Asia y en la zona asiática austral y del pacífico; 8 en las Provincias del Canadá, 5 en los Estados de la Unión Americana, así como en Puerto Rico y Guatemala. Además, la Unión Europea cuenta con un Ombudsman Europeo desde el 1° de septiembre de 1995, ya que el Parlamento Europeo cuenta con su propio Ombudsman, siendo por lo tanto, primer Ombudsman del mundo con carácter supranacional.

Es claro que la Institución del Ombudsman se desarrolla a pasos agigantados tanto en el ambiente internacional como en el nacional. En todos los casos se trata de un cargo público, ya que se caracteriza por su independencia y amplias atribuciones de investigación, así como por su labor pública. El Ombudsman es, por lo general, directamente asequible al ciudadano; la Institución ha sido creada para beneficio del gobernado, como una previsión de protección contra las deficiencias en la administración pública.

Empero, y merced a los vertiginosos cambios que han sufrido las sociedades latinoamericanas,

el Ombudsman adoptó características propias, adaptadas a las nuevas exigencias de la sociedad latinoamericana.

En este contexto, la actuación de los Ombudsman latinoamericanos, es en el presente y será determinante en el futuro, para contribuir en la lucha contra la pobreza y marginación que afecta a la población. El propósito central de esta lucha tiene por objeto ofrecer las alternativas que nos permiten hacer de nuestra gran patria, un espacio en el que el ser humano se desarrolla con libertad, paz y tranquilidad en una sociedad políticamente organizada en la que cada uno y todos, al mismo tiempo, puedan alcanzar sus fines. Los Ombudsman latinoamericanos deben actuar unidos para enfrentar las dificultades y barreras que entorpecen el desarrollo de los pueblos; ésta debe ser una de las formas fundamentales de las instituciones y los organismos nacionales e internacionales protectores de los derechos humanos, que tenga como propósito el logro de aquellos rubros que atañen al desarrollo del ser humano.

IV.- El Ombudsman y la transformación del Estado

Hoy día la participación del Ombudsman en los procesos de transformación social de los Estados latinoamericanos, es de vital trascendencia. Su función ya no se circunscribe exclusivamente al conocimiento de quejas derivadas de una deficiente administración pública, como lo hacía la figura del Ombudsman tradicional, que actuaba en defensa de los derechos civiles básicos. Sino que, en su actuación por la defensa de los derechos fundamentales que le asiste a la persona humana, la institución interviene en otras esferas de la vida pública de cada país, como es el caso de impulsar la transformación del Estado para una mejor prestación de los servicios públicos, y contribuir a la consolidación de una democracia en la que se garanticen a plenitud los derechos fundamentales, tanto civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales.

En este entorno, el Ombudsman de nuestros días guarda una estrecha vinculación con la cultura de los derechos humanos y los cambios políticos, sociales y económicos de los distintos Estados contemporáneos, los cuales, durante los últimos años han constituido o fortalecido sus sistemas democráticos, ya sea en América Latina, Europa Oriental, África y, de manera paulatina, en Asia.

Es por ello, que una de las funciones primordiales que caracterizan al Ombudsman contemporáneo que resulta particularmente necesario, es su aptitud para promover y proteger, frente a la administración no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales. Esta categoría de derechos, si se quiere pasar de una democracia formal a una democracia integral cierta y estable, deben constituirse en derechos efectivos, porque nacen de la misma raíz que los otros derechos, ya que derivan de la esencial dignidad del ser humano.

Sin embargo los derechos socio-económicos requieren para realizarse de un hacer positivo del Estado, una aptitud del poder, que brinde los medios materiales para que, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, al bienestar social, a la vivienda y a la seguridad, se realicen efectivamente.

En su vertiente de vigilante de la justicia administrativa, la nueva dinámica del Ombudsman en materia de supervisión y control de la administración pública, tiene por objeto que ésta se prepare y organice para asumir con responsabilidad las atribuciones que le corresponden. Atribuciones que debe cumplir con eficiencia y eficacia comprometida con el desarrollo integral de la sociedad y del Estado. En esta línea, el Ombudsman, según confirma Pedersen, se constituye en un gestor ocupado de un número considerable de cuestiones que normalmente quedan fuera de la jurisdicción de cualquier tribunal administrativo.

Amén de lo anterior, la labor del defensor de los derechos humanos también debe asumir, implica la obligación de realizar acciones preventivas y precautorias para orientar el rumbo de

la administración pública que el Estado contemporáneo requiere.

Es por ello, que el Ombudsman criollo latinoamericano debe ampliar su campo de acción para coadyuvar en la transformación social de los diversos sistemas de gobierno cuyo objetivo último sea garantizar el desarrollo de los pueblos, el fortalecimiento de la democracia, y el resto y vigencia de los derechos humanos.

V.- Dimensión del Ombudsman como centinela del principio de legalidad.

Sin justicia social no pueden ejercerse los derechos humanos, toda vez que el objetivo primordial de las libertades fundamentales y su efectiva aplicación y respeto es, sin duda, la preservación del ser humano en condiciones de igualdad y dignidad. La pobreza, la marginación, y todas las consecuencias que de ellas emanan, son contrarias a la dignidad del ser humano y atentan contra la paz y seguridades nacionales, mismas que, a su vez, ponen en peligro la estabilidad de la región.

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, se señala que el ideal del ser humano liberado del temor y la miseria, no puede realizarse a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como de sus derechos civiles y políticos.

Hace diez años, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, cuyo primer artículo defiende a este derecho como inalienable de todo ser humano y de todos los pueblos, en virtud del cual cada hombre está facultado para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente la totalidad de los derechos humanos, así como contribuir a ese desarrollo y poder disfrutar de él.

Dentro de este contexto, cabría preguntarse, cuáles pueden ser las contribuciones del Ombudsman en América Latina tomando en cuenta los desafíos económicos y políticos que plantea la pobreza y la desigualdad, la marginación y el subdesarrollo; sin olvidar el ámbito de su competencia, manteniéndose en todo momento libre y autónomo, comprometido con la población que ha depositado su confianza en él; y teniendo presente que solamente a través de la acción efectiva y conjunta se puede contribuir al respecto irrestricto de los derechos humanos.

Los Ombudsman están ante la oportunidad histórica para propugnar por el derecho al desarrollo como base para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; en consecuencia, no deben permanecer pasivos ante el fenómeno de la pobreza y la indiferencia de los gobiernos de los países desarrollados y de los organismos financieros internacionales.

La progresiva transformación de los derechos económicos y sociales en derechos objetivos concretos, exigirá del Ombudsman la promoción de valores que incidan en una sociedad más justa. El Ombudsman debe ser promotor de una conciencia nacional en favor del trabajo, del salario justo, de la educación, de la cultura, y de la salud. Su misión deberá ser en un futuro próximo, la de coadyuvar a concretar esos valores en los cuales late la necesidad de armonizar el interés individual y el interés colectivo.

Para ello es indispensable insistir en la democratización de las instituciones, especialmente de los organismos de decisión de las Naciones Unidas. Es necesario, asimismo, promover un sistema internacional de equidad, y económica y social, que impida que los efectos de la crisis afecten a los países menos desarrollados y los beneficios se concentren en las naciones económicamente más desarrolladas.

El compromiso de los Ombudsman pretende, no sólo hacer un llamamiento a la justicia y a la solidaridad; sino lo que es más importante, apelar a nuestra condición de miembros de la

misma especie humana para afrontar, entre todos, los dos retos más importantes que tiene hoy América Latina: la lucha contra la miseria y la desigualdad, y lograr que el ser humano conviviendo en paz, protagonice su presente y su futuro ejerciendo sus derechos fundamentales con libertad y justicia. En esta labor, todos nosotros, estamos empeñados.

CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE EN LATINOAMÉRICA SOBRE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

El presente trabajo es producto de una revisión de la doctrina, bibliografía, y de la normativa vigente en Latinoamérica de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), a fin de disipar las dudas que algunos colegas y público en general, pudiesen tener con referencia a la presencia y vigencia de los MARCs en las normativas legales latinoamericanas. Pretendemos entusiasmar al lector para que utilice la mediación, la conciliación y el arbitraje como alternativa válida y eficiente para la resolución de los conflictos, demostrando que tienen una sólida sustentación amparada por marcos legales nacionales e internacionales, en cuanto a su utilidad y beneficios les invito a que lean los artículos que hemos escrito en la columna "Punto a Favor" de *Ámbito Jurídico*. La mediación, la conciliación y el arbitraje constituyen algunos de los MARCs que más éxito han tenido universalmente. Muchas son las causas para que estos procesos hayan calado muy hondo dentro de las sociedades, sin distinción de nacionalidades, culto, costumbres y barreras idiomáticas. Son varias las razones que justifican dicho éxito tales como que se basan en el principio de autodeterminación, son económicos, eficaces y reflejan la voluntad de las partes de buscar una solución propia al conflicto. Otra razón, de orden social, la constituye la crisis de los sistemas de justicia a nivel mundial, la cual posee motivaciones diferentes de acuerdo a la realidad de cada nación, no obstante tienen que ver con que la justicia puede ser muy cara, muy lenta, muy adversarial o litigiosa y tristemente muy pervertida, o seamos claros corrompida. Evidentemente, en algunas instancias la administración de justicia es diáfana, clara, justa, honrada y apegada a la normativa vigente. En otras latitudes es completamente lo contrario y para colmo está pervertida o sesgada. La triste y terrible consecuencia es que la sociedad no tiene acceso a una solución justa, rápida, económica y eficiente de las controversias. Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos representan una posibilidad cierta, para contribuir a que los miembros de la sociedad puedan ejercer el principio de autodeterminación, que les permite alcanzar soluciones propias a sus disputas. No nos cansamos de recalcar que son medios alternativos, nunca sustitutivos de la justicia ordinaria. El poder judicial ha sido, es y seguirá siendo elemento fundamental de sustentación de los sistemas democráticos. Los MARCs forman parte de los sistemas de administración de justicia de las naciones, las cuales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, les norman y reglamentan. Muchas veces se me ha pedido mi opinión en cuanto a si conciliación y mediación son iguales o diferentes, mi percepción es que la conciliación y la mediación, están muy ligados en cuanto a su origen, naturaleza y metodología; no obstante, a mi manera de ver, se diferencian en cuanto a su objetivo. Por medio de la conciliación, se pueden proponer fórmulas conciliatorias con el objetivo de superar la disputa a fin que las partes continúen en sociedad. El objetivo de la mediación es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, sin ganadores ni perdedores. El mediador, es un tercero neutral que conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento absteniéndose de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo. La opinión generalizada de los estudiosos de la materia, es que al conciliador en el ejercicio de sus funciones se le está permitido opinar e inclusive proponer soluciones a las partes en conflicto. Sin embargo el mediador bajo ningún concepto deberá colocarse en dicha situación ya que su función es la de facilitar las negociaciones ante las partes, el mediador genera las soluciones que las partes voluntariamente adoptan. Muchas razones de carácter teórico y ético se esgrimen para apoyar la idea de que el mediador como persona neutral e imparcial dentro del proceso no puede ni debe emitir opinión ni proponer y mucho menos imponer la solución a las partes en disputa. En mi opinión, desde el punto de vista práctico el mediador que incurre en dicha práctica, corre el

riesgo que si la solución al conflicto que propuso o impuso, fracasa, las partes pueden recriminarle la responsabilidad de haberles inducido o conminado, a tomar una decisión que posteriormente piensan les perjudicó. Por otra parte, deseo compartir la siguiente reflexión producto de mi experiencia en la materia. El tema se refiere a los medios alternativos de resolución de conflictos y los enormes beneficios que dichos medios le prestan a las partes, proporcionándoles vías eficaces, rápidas y económicas, para encontrar solución del conflicto ya sea conciliándolo, mediándolo, sometándolo a un arbitraje o a cualquier otro proceso alternativo de resolución. Resumiendo, sin desestimar las consideraciones doctrinarias y las argumentaciones a favor o en contra de las semejanzas o similitudes entre la conciliación y la mediación, lo importante es que su común objetivo de contribuir a resolver los conflictos que agobian nuestros sistemas judiciales y a mejorar las relaciones entre los integrantes de nuestra población.

La Dra. Adriana Polonia en una excelente conferencia titulada “Mecanismos de Controversia en la Región. Los ADR en Latinoamérica” dictada en Washington USA, en Octubre 2.000, aclara interesantes conceptos sobre la materia al manifestar “En el primer momento la mediación y la conciliación tenían el mismo contenido jurídico, esto es, formulas no adversariales de solución de controversias por medio de las cuales las partes enfrentadas en un conflicto, buscaban la participación de un tercero imparcial, neutral y especialmente capacitado, para buscar conjuntamente una fórmula de acuerdo que les permitiera dar por terminada su disputa de manera parcial o total. 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 EE.UU. De manera que pese a que existían dos definiciones diferentes su objetivo y efecto jurídico era el mismo”.

Pasamos a realizar un recuento puntual de las normativas pertinentes a la MARC, con énfasis en la mediación y la conciliación, vigentes hasta el año 2.000, en los países latinoamericanos, comenzando por nuestro país y luego alfabéticamente el resto de las naciones, en esta investigación nos apoyamos en el excelente trabajo titulado “Resolución Alternativa de Conflictos. Estado actual en el panorama Latinoamericano”, brillantemente presentado por la Dra. Gladys Stella Álvarez, Presidenta de la Fundación Argentina Libra, en las Primeras Jornadas Universitarias Sobre Resolución Alternativa de Conflictos, en la República Dominicana, 1.999.

VENEZUELA: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorgó rango constitucional a los MARCs, en su artículo 258, el cual dictamina: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. Así mismo, en el Art. 253 encontramos: “El sistema de justicia está constituido por..... Los medios alternativos de justicia”. Por otra parte, en el primer párrafo del artículo 258, nuestra constitución dicta: “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades” otorgándole igualmente rango constitucional. Al constatar la presencia que el legislador, a través de los años le ha concedido a la conciliación en nuestro ordenamiento legal, nos encontramos con datos estadísticos sumamente interesantes, como que en nuestros códigos la palabra conciliación es mencionada 44 veces, en las leyes orgánicas en 70 oportunidades, 88 en leyes y decretos leyes, 56 en decretos y reglamentos y por último 38 veces en normas y resoluciones administrativas (estas estadísticas no incluyen las referencias hechas en las leyes recientemente decretadas por vía de la Ley Habilitante). Evidentemente, no vamos a puntualizar todas estas menciones, pero a título informativo señalaremos algunas de las leyes en la cual la conciliación está plasmada como medio para resolver los conflictos, a saber LEY ORGÁNICA DE JUSTICIA DE PAZ , LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO: Art. 3, 117, 408, 470, 478 al 489, 490, 525, 589, 592, 655, 656. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Art. 201, 311, al 315. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Art.: 257, 258, 259, 260, 262, 388, 799. 800. CÓDIGO CIVIL: Art.1982. CÓDIGO DE COMERCIO: Art.: 540,962, 1005, 1104,1110. CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL: Art.: 25, 156, 159, 409, 411,421, 422.

En lo referente a la mediación, el análisis estadístico refleja que es mencionada en diversas oportunidades en nuestros códigos, leyes, leyes orgánicas, decretos, reglamentos, normas y resoluciones administrativas nacionales, pero en la gran mayoría de los casos la referencia se hace más bien en sentido de intermediación de funcionarios o agentes en el ejercicio de sus funciones. No obstante, encontramos excepciones como el Decreto No. 3.152 donde se establece que la Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá un procedimiento de conciliación, mediación y solución alterna de conflictos. En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, reafirma a la mediación como modo de solución de conflictos junto con la conciliación, en diversos artículos como el 194, que se refiere a la acción en la libertad sindical. En dicho reglamento en el artículo 202 se establece el Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), adscrito al Ministerio del Trabajo y la Comisión Nacional de Arbitraje y Mediación (Art.216)

En cuanto a la normativa vigente para el arbitraje, en 1998 se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial. Por último, comentamos que actualmente se encuentra para su estudio, en la Asamblea Legislativa, un Anteproyecto de Ley de Mediación.

Es conveniente resaltar que prácticamente todos los tratados, convenciones y acuerdos de integración, a los cuales nuestro país está suscrito o es miembro, acogen la conciliación, la mediación y el arbitraje como medios alternos de resolución de los conflictos que se presenten entre los países firmatarios, y entre los particulares y dichos países. Así pues, nos encontramos con que Venezuela fue firmataria de la CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (New York, 10 de junio de 1958). CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (Panamá 1975). Además encontramos la LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL (Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo 1). La UNCITRAL contiene Reglas de Conciliación, recomendadas por la Asamblea General de la ONU en 1980. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y Convención para la solución de disputas de inversión entre Estados ciudadanos de otros Estados, ratificada por 89 países. **ARGENTINA:** LEY DE MEDIACION Y CONCILIACION. Ley 24.573. Boletín Oficial, 27 de octubre de 1995. Art.1: "Instituyese 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 de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia".

Esta ley estableció un plazo de vigencia de 5 años el cual fue prorrogado.

BRASIL: El 23/09/96 se sancionó la Ley de Arbitraje N° 9307 y el 24/11/97 se estableció en Brasilia, la "Corte Brasileira de Arbitragem Comercial". En el campo de la mediación cabe mencionar el Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem - Inama, seccional Sao Paulo. Antes de la Ley 9307 del 23/9/96, no existía ninguna ley especial sobre el arbitraje, pero las reglas principales se encuentran Código de Processo Civil Brasileiro (capítulo XIV del título 1 del libro IV), así como en el Código Civil Brasileiro (capítulo X del título II del libro III).

CHILE: El arbitraje está normado en El Código de Procedimiento Civil, en el Título VIII Del Juicio Arbitral Art. 628 ejusdem.

COLOMBIA: Al igual que Argentina ha sido pionero en Latinoamérica en la instauración de la solución judicial o extrajudicial de conflictos, durante tres lustros los legisladores colombianos han promulgado leyes sobre la materia, actualizando las normas, hasta llegar a la última modificación que resultó en la LEY 640 DE 2001 SOBRE CONCILIACIÓN. Dicha ley fue promulgada en Enero 2001 y entró en vigencia en Enero de este año, mediante la ley se hizo obligatoria la conciliación antes de acudir a otras instancias judiciales ordinarias. Con esta

nueva ley se espera no solo descongestionar los despachos judiciales del país, mediante conciliación se podrán arreglar asuntos de custodia, cuidado personal, visitas y protección de menores, fijación de cuotas alimentarias, declaración de la unión marital de hecho y las disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de contratos civiles y comerciales, tales como compraventa, arrendamiento y prestamos entre otros. Con la aplicación de la ley 640 se espera además solucionar, antes de pasar a los estrados judiciales, cerca del 65% de los 600 mil casos que anualmente entran a la justicia ordinaria en Colombia, lo que implica una descongestión de por lo menos 390 mil casos al año

COSTA RICA: LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL LEY No. 7727. Publicada en 1.997.

CUBA: En el **CÓDIGO DE FAMILIA** se establece que cuando la Fiscalía conoce del caso y verifica que los padres han incumplido con los deberes que le asisten al amparo del artículo 85 del Código de Familia, el mediador estudia el expediente preventivo y las diferentes actas de advertencias formuladas a estos. El mediador comienza primero con tratar de lograr un acercamiento con la familia, con esos padres y con el menor respectivamente, con el objetivo de lograr no tener que llevar el caso a la vía judicial, sino amerita llegar a tales extremos y cabe aún la posibilidad de resolver el caso extrajudicialmente. Igualmente en los casos en que esta etapa de mediación no resulte, el Fiscal actuante procede a iniciar un expediente prejudicial, donde hará constar todos estos elementos y antecedentes del caso y decidirá si tramitará, según proceda ya sea un proceso Civil Ordinario de Suspensión o privación de la patria Potestad.

ECUADOR: Los medios alternativos de resolución de conflictos fueron reconocidos por la Nueva Constitución de Ecuador, sancionada el 18 de junio de 1996. El 04/09/97 se dictó la ley RO/145 que regula en Arbitraje Doméstico y el Arbitraje Internacional y la Mediación.

EL SALVADOR: El Salvador tiene desde antigua data prevista la conciliación tanto en la legislación civil, familiar, de tránsito, laboral, y actualmente en penal de menores y de adultos. En la mayoría de los casos está prevista intraprocesalmente y en casos específicos con carácter previo al juicio (extraprocesal). Está regulada en varios cuerpos normativos, entre ellos: Ley Procesal de Familia, Código Procesal Penal, Ley del Menor Infractor

GUATEMALA: Ley de Arbitraje (Decreto 67/95 publicado el 1º de noviembre de 1995) que regula el arbitraje nacional e internacional.

MEXICO: De acuerdo con los objetivos del Tratado Norteamericano para el Libre Comercio (NAFTA) se creó el Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas (CAMCA) para suministrar a las partes incluidas en el tratado servicios de RAC. **NICARAGUA:** La ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en 1998, estableció la mediación judicial obligatoria en todas las materias salvo la penal.

PARAGUAY: El 13/11/97 se publicó en el Diario Oficial la ley n° 26.876 que regula, entre otros temas, la Conciliación Prejudicial Obligatoria. La obligatoriedad de la conciliación entrará a regir a dos años de su sanción. En cuanto al Arbitraje, los árbitros actúan conforme a las reglas procesales que las partes hubiesen establecido en el compromiso o, en su defecto, conforme a las del Código de Procedimientos (Art. 717). En cambio, los amigables componedores actuarán según lo previsto en el artículo 735; es decir, «sin sujeción a formas legales».

PERÚ: 13/11/97 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 26.876 que regula, entre otros temas, la Conciliación Prejudicial Obligatoria. La obligatoriedad de la conciliación entró a regir a dos años de su sanción

REPÚBLICA DOMINICANA: Se ha legislado por medio de la LEY DE ARBITRAJE del 15 de Julio de 1.978, también en el Código de Procedimiento Civil, Libro III, Título Único. Del Arbitraje Art. 1003 al 1028.

URUGUAY: LA LEY DE ARBITRAJE. La Ley 15.982 aprobó el Código General del Proceso que en su Título VIII (Art. 472 a 507) trata el Proceso Arbitral. El 26/08/98 se sancionó la ley 16.995 (publicada en el Diario Oficial el 04/09/98) en cuyo artículo 2º se dispone que “en todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación”. Esta norma ha operado negativamente en el desarrollo de la RAC, especialmente de la mediación.

Ciframos nuestras esperanzas en que al concluir la lectura de este trabajo, le hayamos proporcionado suficientes elementos para concluir que la conciliación, la mediación y el arbitraje, efectivamente constituyen unas herramientas jurídicas de inmensa utilidad, reconocidas prácticamente por todas las legislaciones latinoamericanas, desde hace muchos años, ya sea como mecanismos de autocomposición procesal o como procedimientos especiales.

1.5.3. CARACTERISTICAS –DIFERENCIAS

CARACTERISTICAS

Estos mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen características de doble función en tanto que fallara una forma de solución al conflicto generado automáticamente entrara en práctica la segunda alternativa que va de la mano en el mismo acto en cuanto a su actuación para poder conseguir el objetivo del cual se trazan a través de estos mecanismos de solución de conflictos que dicho sea de paso no está permitido en nuestro país ni mucho menos normado, empero una de las diferencias radican sobre todo en lo procesal Estatal o privado. En donde por lo general interviene un Juez retirado y con prestigio por su idoneidad y su imparcialidad. Su dictamen no es vinculante pero las partes se advienen porque valorizan su opinión.

RELEVANCIA SOCIAL y JURIDICA.

Estos Mecanismos de resolución de conflictos han adquirido una gran relevancia social y jurídica dado a que estos procesos como alternativos a la justicia tradicional son más efectivos se les da la oportunidad de que ambas partes en forma consensual resuelvan sus diferencias , plasmándolos en una resolución que tiene todos los efectos jurídicos .