

# PROBLEMAS DE LOS SISTEMAS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EN EL SECTOR JUDICIAL

*Juan Enrique Vargas\**

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. *Justificaciones que comúnmente se dan para los SARC.-* III. *De justificaciones que no dialogan, nacen políticas públicas contradictorias.-* IV. *La necesidad de diseñar una estrategia.-* Anexo: *Resolución Alternativa de Conflictos en América: I. Argentina.- II. Bolivia.- III. Chile.- IV. Colombia.- V. Guatemala.- VI. México.- VII. Nicaragua.- VIII. Panamá.- IX. Perú.- X. Uruguay.*

Los sistemas alternos de resolución de conflictos (SARC), especialmente la mediación, han sido propuestos

---

\* Director del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

en nuestra región como una de las alternativas más prometedoras para reformar y mejorar nuestros sistemas de tutela jurídica. En pocos años, un discurso tan ajeno al tradicional en el medio legal ganó un espacio importante, pasando los SARC a integrar las estrategias reformistas en prácticamente todos los países de la región.

Sin embargo, pese a este apoyo tan amplio y sostenido, existe hoy en día la impresión de que los SARC no logran consolidarse totalmente dentro de las reformas más potentes que se intentan sobre nuestros sistemas de justicia, debatiéndose aún en un ambiente de marginalidad o de resultados limitados. Siguen siendo, pese a sus avances, más una promesa que una realidad. Si bien son varios los países de la región que han dictado legislaciones que expresamente introducen estos mecanismos, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela, la implementación de ellos es precaria cubriendo, en la mayoría de los casos, un porcentaje muy menor de los conflictos en relación a los tribunales. En otros países, como Chile, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, los SARC sólo constituyen experiencias pilotos, impulsadas por instituciones públicas o privadas, no siendo tarea fácil su masificación pues sufren diversos problemas de definición e implementación (Ver al respecto el anexo que se acompaña).

Declarándome un convencido de las enormes ventajas de los SARC, en lo que sigue de este artículo intentaré explorar algunas de las razones, varias de ellas de sobra conocidas, que permiten explicar por qué estos sistemas

no han alcanzado en nuestros países la madurez que, si el discurso fuera coherente con la práctica, debieran tener. Para ello analizaré primeramente, y en términos muy gruesos, las motivaciones o justificaciones que están tras su establecimiento, ya que la pluralidad de ellas y sus contradicciones son el primer indicio que nos permite descifrar los problemas que los SARC deben superar para constituirse en una alternativa de política pública madura en el sector. A este tema destinaré la tercera parte de este trabajo. Finalmente, formularé lo que a mi juicio es la tarea que se debe abordar para enfrentar adecuadamente esos problemas. Quisiera aclarar que mi objetivo es analizar los SARC sólo como una alternativa de política pública en el área de la resolución de conflictos que eventualmente podrían desembocar en una acción judicial, no cubriendo entonces temas sin un contenido jurídico directo como la mediación escolar o de conflictos de pareja.

## **II. Justificaciones que comúnmente se dan para los SARC**

En una tipología muy simple, existen tres grandes motivaciones o justificaciones tras el establecimiento de los SARC. Veamos cuáles son:

- Por una parte, están quienes los promueven como mecanismos para aumentar el acceso a los sistemas de resolución de conflictos. Los sistemas formales, en una muy extendida visión, son engorrosos, lejanos a la gente y caros, por lo que muchas personas, los de menores recursos, se ven excluidos de ellos. Se le critica a los procesos judiciales el ser concebidos en función de los casos excepcionales y no

en los de la norma general. Al tratar de que ninguna situación quede sin una solución procesal, por más extraña que sea, se establecen innumerables vericuetos e instancias que terminan alargando y encareciendo innecesariamente los procesos. La marginación que ello genera en los pobres los lleva, en general, a solucionar en forma deficiente sus problemas o, simplemente, a dejarlos sin solución alguna. En ambos eventos se produce no sólo una situación de injusticia, sino también el germen de conflictos futuros potencialmente más radicales, complejos y violentos. Lo que hacen los SARC no es otra cosa que suplir la provisión de un servicio que el Estado no está en condiciones de entregar a través de los tribunales. Los SARC, entonces, permiten acceder a una solución para problemas que de otra manera no la tendrían.

- Existe una segunda aproximación al tema, justificándose en ella los SARC como mecanismos eficientes para descargar a los tribunales de una parte de la enorme cantidad de trabajo que los abrumba y con la cual no pueden lidiar eficientemente. En este caso, los destinatarios de los SARC no son necesariamente las personas pobres, aquellas que están marginadas del sistema de justicia, sino apa- rejan precisamente un reencauzamiento de aquellos casos que sí logran llegar a los tribunales (cuyos titulares, como se sabe, no son generalmente los más pobres).

Dentro de esta línea de pensamiento podemos, a su vez, distinguir motivaciones diversas.

a) Para unos, su perspectiva no es muy distinta a la planteada anteriormente: los tribunales constituyen un

mecanismo lento y pesado para la resolución de conflictos, razón por la cual es mucho más eficiente acudir a estos otros sistemas, más flexibles y baratos, para solucionar los conflictos. Se sostiene que endémicamente la capacidad de oferta judicial es superada por la demanda, lo que no se soluciona siquiera con la creación de nuevos tribunales, por lo cual resulta indispensable pensar en otros mecanismos que permitan acercar oferta y demanda a costos que puedan ser soportados por el Estado.

Como se ve, en esta posición, al igual que la primera, tanto los SARC como los tribunales no son más que alternativas posibles para la actuación del Estado en la resolución de los conflictos que aquejan a los individuos, debiendo ser utilizada, una u otra, de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias del país y, eventualmente, en forma complementaria conforme al Estado en que se encuentre o la naturaleza del litigio.

b) Una justificación distinta y de mayor radicalidad, parte de presupuestos diferentes. Se cuestiona el por qué el Estado debe intervenir resolviendo todo tipo de conflictos, cuando hay algunos cuyas consecuencias no trascienden a la comunidad, tratándose de conflictos esencialmente privados y que, por lo tanto, debieran ser los personalmente interesados quienes debieran cargar con la tarea y los costos de su resolución.

La idea se aclara si comparamos la situación en que se encuentran los conflictos penales, por un lado, y los civi-

les y comerciales, por el otro. En los primeros existe un interés colectivo muy nítido en su solución: cuando se aclara un delito y se castiga al culpable, no es sólo la víctima quien se ve beneficiada, sino la comunidad toda que se veía amenazada por la acción de ese delincuente, pues cualquiera de sus miembros puede ser una potencial víctima futura. La comunidad entiende, además, que con esa sanción se está mandando un mensaje preventivo a todos sus integrantes, en el sentido de que quien comete un delito es descubierto y sancionado por el sistema, lo cual, al menos en teoría, debería disuadir a potenciales delincuentes a cometer sus crímenes. Adicionalmente, la solución de estos problemas pasa generalmente por el uso de la fuerza (el sistema penal es, como sabemos, la manifestación más brutal del poder estatal), herramienta que no podría ser dejada en manos de los privados sin caer en múltiples abusos y, en definitiva, en problemas mayores que los que se intenta solucionar.

En los casos civiles y comerciales ello no es así o, al menos, el beneficio social es mucho más indirecto y menos nítido y el uso de la fuerza más distante y eventual. Cuando se resuelve un conflicto de esa naturaleza, declarándose nulo un contrato u obligándose a pagar una indemnización o una deuda, es quien ganó en ese juicio el que se beneficia con su resultado. Es cierto que a la comunidad toda le interesa que quien es moroso en sus obligaciones pueda ser obligado a pagarlas, pero le es bastante indiferente que esto se logre a través de una acción directa del Estado o por otros medios. El uso de la

fuerza para compeler al cumplimiento de una obligación, como sabemos, es sólo un recurso residual y bien podría pensarse que sólo ante esa eventualidad nace la necesidad de proveer servicios judiciales estatales. En otros términos, en el común de los casos civiles y comerciales se estaría ante bienes puramente privados y, existiendo en el mercado otras alternativas para proveer ese bien (mediación y arbitraje, este último ya sea directamente o ante el caso de no haber acuerdo), no existiría razón alguna para que el Estado en forma indiscriminada lo produjera y proveyera. Es decir, no habría razones para que el Estado colocara funcionarios públicos para resolver estos casos y para que financiara el funcionamiento de este sistema, estableciendo su gratuidad.

Como se aprecia en esta entrada, a diferencia de las dos anteriores, los SARC ya no se plantean como una posibilidad de acción estatal, pues se los ve como una herramienta puramente privada que está disponible en el mercado para la provisión de un servicio. Ello no quiere decir que el Estado carezca de cualquier rol en la materia, pues bien podrían corresponderle funciones de promoción y de control de estos sistemas, de la misma forma como promueve y controla la provisión de otros servicios que son puramente privados.

Queremos insistir en un punto: aquí los SARC no son vistos como mecanismos que tiene el Estado para economizar recursos en el cumplimiento de sus funciones, sino que como instrumentos que se dan los privados para proveer un servicio que no le corresponde al Estado brindar.

En todo caso, quienes sustentan esta tesis no niegan toda posibilidad de intervención estatal a través de los tribunales en la resolución de conflictos de carácter esencialmente privado. Para ellos ésta se podría justificar cuando:

i. Sea necesario uniformar la interpretación del Derecho. Así, las funciones de casación deberían mantenerse como un reducto privativo de la acción estatal, pues se trata de una labor complementaria a la tarea del legislador, que consiste en proveer información que beneficia indiscriminadamente a todos los ciudadanos y no solamente a las partes en el juicio. El fallo de un recurso de casación lo que hace no es solamente pronunciarse sobre el conflicto que lo motiva, sino principalmente viene a precisar el sentido y el alcance del Derecho, información que es útil para todos los ciudadanos quienes pueden así, en el futuro, ajustar su conducta a esa interpretación jurídica.

Obviamente, para que este efecto se produzca, la jurisprudencia debe ser clara y relativamente estable en el tiempo y, además, debe ser seguida por los restantes órganos que imparten justicia. La falta de jurisprudencia alienta conductas oportunistas: si el fallo de los órganos de resolución de conflictos es una lotería, bien vale la pena, al menos para los que no sean adversos al riesgo, elegir cualquiera de las opciones posibles y luego litigar si se genera un conflicto.

ii. Puede que ya no por razones de eficiencia, sino distributivas, se justifique la intervención estatal financian-



do los servicios judiciales. Al Estado le interesa que todas las personas resuelvan sus conflictos, pues de no hacerse, como se decía antes, pueden generarse problemas mayores. Pues bien, por esa razón el Estado puede estar interesado en financiar la provisión de servicios de resolución de conflictos e, incluso, podría llegar a hacerlo a través de funcionarios públicos (jueces) si esa alternativa fuera económicamente la más conveniente.

iii. Por razones de subsidiaridad, al Estado le puede interesar mantener un sistema residual de provisión de servicios de resolución de conflictos, para atender aquellos casos que, por cualquier motivo, no hayan quedado cubiertos por los sistemas privados de resolución.

iv. Finalmente, se encuentra aquella situación en que no hay alternativa de solución sino a través del uso del poder coactivo del Estado. Obviamente, este poder se relaciona más con la ejecución de las sentencias y los acuerdos que con la labor de adjudicación o de negociación (el proceso de definición de quien tiene la razón o de búsqueda de una solución consensuada).

- Finalmente, hay un tercer grupo de promotores de estos sistemas que los justifican ya no por ser una alternativa más barata, ni por constituir los mecanismos con que cuentan los privados para resolver conflictos en los que al Estado no le interesa intervenir. La razón es muy distinta, justifican la existencia de estos sistemas de resolución de conflictos por razones sustantivas, porque

las soluciones que en ellos se alcanzan son de mayor calidad que las judiciales. Los argumentos son distintos tratándose de la mediación y la conciliación, por una parte, y el arbitraje, por la otra:

a) Tratándose de la mediación y la conciliación, los argumentos se centran en las deficiencias que presenta la adjudicación –esto es, la afirmación de a quién le corresponde el derecho– como método para resolver disputas. La adjudicación, que es la forma como los jueces resuelven los asuntos sometidos a su conocimiento, constituye un juego de suma cero: todo lo que gana uno lo hace a costa del otro. En cambio, sistemas cooperativos, como la conciliación o la mediación pueden acrecentar valor al generar soluciones que mejoren en algo la posición de cada uno de los intervinientes, a través de respuestas creativas y ajustadas a las necesidades de convivencia de las partes. Esto es particularmente cierto, tratándose de problemas surgidos entre individuos que deberán seguir relacionándose en el futuro, en los que la solución de su problema actual marcará la calidad de su convivencia posterior. Es lo que sucede en las relaciones familiares, laborales y vecinales (áreas donde, precisamente, ha sido más exitosa la difusión de estos mecanismos como alternativa de política pública), pero también lo puede ser en el plano de las relaciones comerciales cuando haya cierta habitualidad y el ánimo de su continuación (que es donde ha habido un mayor desarrollo privado de estos sistemas, a través de, por ejemplo, las Cámaras de Comercio).

Por otra parte, se dice que estos sistemas tienen una serie de ventajas adicionales, tales como promover una mayor y mejor comunicación entre las personas, instalando una cultura del diálogo y haciéndolas más responsables de sus propios actos. En definitiva, se afirma que estos sistemas favorecen formas más democráticas y participativas de resolución de los conflictos.

b) En el caso de los arbitrajes, las ventajas sustantivas provienen de la mayor calidad técnica que puede obtenerse en la resolución y las posibilidades de ajustar el procedimiento a las características del caso concreto. Resulta sencillo comprender que por más especializados que se puedan encontrar los tribunales del sistema de justicia, ellos jamás podrán llegar a obtener el grado de competencia técnica que –al menos hipotéticamente– se puede lograr a través de la selección para el cargo de árbitro de un experto en la materia específica en que versa el conflicto.

### **III. De justificaciones que no dialogan, nacen políticas públicas contradictorias**

Esta disparidad de justificaciones apareja, a la hora de diseñar políticas públicas concretas para su implementación, una serie de confusiones y contradicciones que terminan por obstaculizar iniciativas que, en principio, aparecían como muy simples y claras. Fundamentalmente, la incertidumbre sobre el rol estatal que emana de estas diversas entradas o perspectivas, se ha convertido en el

principal obstáculo para el crecimiento y masificación de estos sistemas, o para que su aplicación sea todo lo exitosa que se esperaba. Es común verse entrampado en discusiones como las siguientes:

1. Para algunos el Estado debe intervenir activamente no sólo promoviendo, sino que proveyendo de SARC a la comunidad, única forma de lograr los beneficios de aumento de acceso y de descongestión que ofrecen.

2. Para otros el Estado debe alejarse de ellos, pues su intervención los desnaturaliza, tiende a formalizar algo cuya gracia está precisamente en la informalidad, incluso en su marginalidad. O bien debe alejarse de ellos, por desenvolverse en un área esencialmente privada, donde no es necesaria ni conveniente la actuación estatal.

Un ejemplo de las distorsiones que lleva la intervención estatal es su establecimiento con carácter obligatorio, como etapa prejudicial forzosa a la que se debe concurrir previamente a la interposición de una demanda ante los tribunales. Se señala que ello atenta contra la voluntariedad, elemento que está en la base de estos sistemas, acotándose, además, que es ambiguo –por decir lo menos– que estos sistemas, establecidos como una instancia previa obligatoria, acorten los procesos y abaraten costos.

Incluso entre quienes están de acuerdo con que el Estado se haga cargo de ofrecer este tipo de servicios, hay

diferencias entre los que piensan que el financiamiento estatal debe beneficiar solamente a los más pobres y quienes creen que debe ser generalizado.

3. Por otra parte, también se dividen quienes están de acuerdo en la intervención estatal en la materia, en cuanto a si ella debe ser sustitutiva o bien adicional a la acción del Estado. Es decir, si en este área debe mantenerse siempre la alternativa jurisdiccional o si directamente debe excluirse o, al menos, deben cobrarse tasas a quienes hagan uso de ella teniendo recursos suficientes para poder solventarla.

Este tipo de contradicciones favorecen la posición de quienes se oponen al establecimiento de estos sistemas, ya sea por razones de fondo o por intereses puramente gremiales. Muchos de los más comunes argumentos críticos contra los SARC son proporcionados, paradójicamente, por quienes los apoyan. Ustedes podrán reconocer fácilmente de qué fundamentación de los SARC nacen las siguientes críticas paradigmáticas:

a) Estos sistemas no son aceptables, pues no constituyen más que una “*justicia de segunda clase*”, un *second best* al cual accede al Estado por su incapacidad de promover para todos una justicia de primera clase: la judicial, la de los tribunales.

b) Se los critica también por favorecer a los poderosos, a quienes se percibe con una mejor posición negociadora,

lo que les permite asegurar que en mecanismos de esta índole sacarán la mejor parte. Esta crítica no alcanza solamente las situaciones límite (como los asuntos penales o la violencia intrafamiliar), sino también a los conflictos laborales y a cualesquier otro en que haya una mínima desigualdad entre las partes (incluso los comerciales). Se echa de menos la intervención estatal, igualando la posición de las partes.

c) En este mismo sentido, se opina que la mayor libertad para alcanzar soluciones a través de los SARC es una forma que permite torcer, muchas veces, la voluntad del legislador, siendo que uno de los objetivos de las leyes es precisamente la igualación de todos los ciudadanos.

d) Se representa el enorme *déficit* que ellos tienen desde el momento en que no generan jurisprudencia, es decir no producen ningún tipo de externalidades sobre el resto de la comunidad. Ante las mediaciones, por ejemplo, la sociedad no sabe si se están resolviendo y cómo los conflictos, no pudiendo ajustar entonces su conducta a partir de esa información. No existe tampoco ninguna previsibilidad en ellos, lo que una vez se resuelve en un sentido, a la siguiente puede resolverse en otro, con lo que nuevamente se vulnera la idea de igualdad ante la ley.

e) Se arguye que con ellos se lesiona el derecho a defensa, sobre todo cuando se los acepta sin la intervención de letrados asesorando a las partes y con mediadores provenientes de profesiones distintas de la legal.

#### **IV. La necesidad de diseñar una estrategia**

Por todo lo dicho, nos parece ineludible en el estadio actual en que se encuentra la evolución de los SARC realizar una discusión más profunda y sistemática respecto a sus justificaciones y objetivos, dotándolos de un marco conceptual más potente que pueda dar respuesta a los conflictos y a las críticas que se generan, así como promoviendo un diálogo entre las diversas posiciones que los sustentan.

Este diálogo debería permitir un acercamiento sustantivo entre las distintas posiciones y una delimitación más precisa de las áreas en que existen diferencias, no en lo aparente, sino en lo sustantivo. La discriminación más precisa entre diversos tipos de asuntos, o las diversas etapas o situaciones en que éstos se encuentran, debería permitir la convivencia de justificaciones diversas nacidas de situaciones disímiles. Quizás uno de los problemas sea colocar a todos los SARC dentro de una misma categoría y, más allá aún, sea justificar la aplicación de cada uno de ellos de la misma forma, en circunstancias que se usan para la resolución de conflictos de naturalezas muy disímiles.

Sin embargo, no me parece razonable aspirar a que tras un ejercicio de esa especie puedan generarse consensos de tal amplitud, que permitan superar todas las diferencias apuntadas. Ello no sólo no aparece como posible, sino incluso puede no ser conveniente. No es la dispari-

dad de motivaciones en sí la que perjudica a los SARC, sino más bien la falta de claridad en ellas. Es más, motivaciones plurales tras una política pública y hasta contradictorias muchas veces constituyen la única vía de generar un amplio apoyo en su favor.

Para reafirmar este argumento quisiera citar un ejemplo, véase el caso de la reforma procesal penal tendiente a sustituir sistemas inquisitivos escritos por acusatorios orales, que tan fuerte impulso ha tenido en América Latina en los últimos años. En una visión algo simplista podría sostenerse que hay tras ella dos grupos de sostenedores: para uno esta reforma tendría por finalidad mejorar el estándar de garantías que permite controlar el accionar punitivo estatal (básicamente a través de la introducción de juicios propiamente tales); para otros ella tiene sentido al permitir mejorar los niveles de eficiencia en la represión del delito (fundamentalmente a través de la especialización de la función investigativa en Ministerios Públicos poderosos). No pueden haber quizás motivaciones más contradictorias y, sin embargo, la experiencia ha demostrado que sectores que sustentaban unas y otras han podido unirse para concretar este tipo de reformas. Quizás el caso chileno sea el más paradigmático en este sentido, pues la alianza explícita de sectores políticos muy disímiles tras la reforma, con motivaciones diversas entre sí, fue lo que hizo posible que esta fuera la única reforma de envergadura que afecta al Estado, aprobada en sus diversas instancias por unanimidad de los actores políticos y técnicos.



En definitiva, lo que muchas veces nos cuesta asumir es que para transformar en políticas de Estado reformas complejas, en áreas donde hay temas valóricos o ideológicos importantes en juego, es necesario renunciar a una identidad total en las motivaciones de los grupos comprometidos. Ello no es lo importante o, más bien, es difícil que ello sea factible, precisamente por las diferencias que cruzan a la sociedad que en ese caso no sólo no pueden obviarse, sino incluso pueden verse exacerbadas. Lo que debe perseguirse, a través de negociaciones y la formación de alianzas político/técnicas, es que los distintos grupos, productos de sus particulares motivaciones y del análisis que hagan sobre las consecuencias que habrán de tener unas determinadas reformas, se adhieran a un proyecto común.

Para que ello sea posible, nos parece necesario seguir los siguientes pasos que, creemos en el caso de los SARC, no se han cumplido:

- Un diagnóstico certero sobre la realidad en la que se persigue incidir, fundado no en experiencias personales ni en la mera intuición, sino en antecedentes sólidos sobre el funcionamiento concreto de las instituciones.

- Un diálogo profundo que permita explicitar los fundamentos e intereses que están detrás de cada uno de los grupos que pudiera aprobar una reforma para masificar los SARC (como puede verse, lo que proponemos no es muy distinto a un proceso de mediación). De ese diálogo

deberían surgir con nitidez los espacios de consenso y de disenso y, fundamentalmente, las posibilidades de reforma que satisfacen a uno y otros, independientemente de las motivaciones que cada uno tenga para ello.

- Un trabajo técnico adecuado para elaborar las propuestas de política pública que plasmen los consensos anteriores. Este trabajo tiene que alcanzar tanto los aspectos normativos que están involucrados, como todos los otros que requiere la implementación de un cambio de esta naturaleza, ya sea en términos de diseños institucionales, mecanismos de gestión, sistemas de financiamiento, programas de acreditación y capacitación, etc.

Este trabajo técnico debe hacerse cargo de la pluralidad de motivaciones que hay tras estas políticas, intentando dar satisfacción en la mayor medida posible a todas ellas. Indudablemente esto implicará renunciamentos, lo que es parte de cualquier proceso de negociación política. Es curioso que muchas veces olvidamos esto: las reformas a la justicia son reformas políticas (si son serias, siempre implican una redistribución del poder político) y, por lo tanto, para su éxito requieren de negociaciones y de formación de alianzas políticas.

- Una vez llegado al consenso con respecto a las políticas a impulsar, debe exigirse la plena lealtad respecto de la totalidad de sus contenidos. Aunque a una de las partes le interese más una porción de la reforma que otra, deberá adherir al proyecto en su globalidad y velar por su

integridad. Indudablemente no se trata de apelar solamente a la buena fe con respecto a esto, sino a los intereses de los distintos grupos, que sólo se verán resguardados, si hay una actitud de colaboración recíproca.

Para que todo lo anterior sea posible es vital el trabajo técnico que saca la reforma de la arena política contingente. Esto –se ha demostrado– es perfectamente posible tratándose de reformas a la justicia y particularmente asequible en el caso del establecimiento de sistemas alternos de resolución de conflictos, pues es un tema más pacífico, más aceptado que otros. Sin embargo, en este caso, a mi juicio, la omisión de los pasos anteriores está impidiendo aprovechar las oportunidades que brinda una interesante alternativa de política pública, capaz de generar consensos potentes precisamente por apelar a intereses tan disímiles que se encuentran presentes en nuestras sociedades.

## ANEXO

### RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN AMÉRICA

El presente trabajo consiste en compilación de datos sobre Resolución Alternativa de Conflictos en algunos países de América, elaborados sobre la base de la siguiente guía:

- ¿Cuáles son los mecanismos de solución alternativa de conflictos que prevé la legislación de su país? ¿En qué ámbitos se prevén? ¿Son de carácter judicial o extrajudicial? ¿Cómo se articulan?
- ¿Cuál ha sido la experiencia en la utilización de estos mecanismos? ¿En qué ámbitos y qué mecanismos se han arraigado en la práctica?
- ¿En qué medida la implementación de estos mecanismos han contribuido a mejorar el sistema de administración de justicia? ¿Han cumplido con la finalidad para la cual fueron propuestos?

- ¿Existen en su país propuestas para la inclusión de estos mecanismos? ¿En qué consisten?

Esta guía fue remitida a través de la *Red Latinoamericana y del Caribe por la Democratización de la Justicia* a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, jueces y abogados que de algún modo se encuentran vinculados a esta temática.

Los diferentes trabajos enviados por cada uno de los colaboradores constituyen un aporte muy valioso para conocer el modo en que se incorporan y se llevan a la práctica los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos en varios países de América. El *dossier* tiene como finalidad aportar nuevas ideas, críticas y proyecciones en la materia.

## I. ARGENTINA

Mirta López González y Claudio Cholakian (Grupo de Apoyo de *Sistemas Judiciales* en Buenos Aires)

Los métodos de resolución alternativa de conflictos que en general se conocen pueden clasificarse en aquellos en los que participa una autoridad reconstituida (administración central, justicia, etc.) y aquellos en los que las partes son las protagonistas y el mediador, conciliador o árbitro sólo contribuye al entendimiento entre las mismas.

En la Argentina, a pesar que ya existían en la legislación el arbitraje y la negociación colectiva, no se habló de métodos de resolución de conflictos hasta que se sancionó la ley de mediación.

La legislación argentina regula tres mecanismos de resolución alternativa de conflictos: a) mediación; b) conciliación; y c) arbitraje.

a) La mediación está regulada por la Ley 24.573 y si bien prevé dos modos de designación de los mediadores, uno por sorteo judicial y otro por elección de las partes, el procedimiento es privado, pues se desarrolla fuera del control jurisdiccional quedando el impulso del proceso de mediación librado a la decisión de las partes.

El mediador es un mero conductor. El objetivo de su intervención es facilitar el entendimiento entre las partes, creando un ámbito adecuado para que las pretensiones de una sean debidamente escuchadas por la otra, de tal modo que ambas vayan elaborando el acuerdo.

La mediación y la conciliación laboral son los métodos típicos de resolución alternativa de conflictos fuera del ámbito estatal (sea jurisdiccional o administrativo).

En nuestro medio, ambos procesos se desarrollan en ámbitos privados, con infraestructura propia del mediador o conciliador. Las partes deben concurrir con sus letrados al domicilio del mediador o conciliador, donde se

desarrolla el proceso en una o más audiencias, según sea la voluntad de las partes. El mediador o conciliador sugerirá la finalización del proceso cuando entienda que no hay progreso en las negociaciones.

b) La conciliación (Ley 24.635), es sólo de utilización en el ámbito laboral. Este procedimiento resulta únicamente aplicable a conflictos derivados de las relaciones individuales del trabajo, mientras que en los conflictos colectivos la Ley 14.250 (y sus modificatorias) prevé otro procedimiento también denominado conciliación.

El mencionado en primer término es desarrollado en forma similar a la mediación, ya que si bien el conciliador es sorteado por el Ministerio del Trabajo (para la mediación el sorteo está a cargo de la Cámara de Apelaciones del fuero), el proceso se desarrolla en el ámbito privado y las partes pueden disponer de éste (la diferencia con la mediación es que el acuerdo laboral debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo, pero esto tiene que ver con la naturaleza de los derechos del trabajador que requieren siempre tutela por parte del Estado, sea del Poder Judicial o del Ministerio de Trabajo).

La conciliación laboral en el ámbito de los derechos colectivos tiene un desarrollo público pues se desenvuelve en el Ministerio de Trabajo quien oficia de conciliador. Este procedimiento se puede aplicar a los conflictos entre empresas y sus trabajadores, entre empresas y trabajadores de una actividad, entre diferentes organizaciones gremiales por cuestiones de encuadramiento sindical, etc.

c) Por último, el arbitraje está previsto en diversas leyes. Existe arbitraje en el procedimiento previsto por la ley del consumidor, en las regulaciones de las Bolsas de Comercio, de Cereales, se prevé aún en el caso de contratos internacionales en el marco del Mercosur, etc.

En muchos Códigos de Procedimientos Civiles y Comerciales se regula el procedimiento arbitral, y en los contratos que se suscriben en el marco de ciertas operaciones (Bolsas) se establecen cláusulas arbitrales particulares.

Es decir, el arbitraje funciona en forma privada, las regulaciones de los Códigos de Procedimientos actúan subsidiariamente y pueden ser adoptadas, pero no resultan obligatorias.

### **Mecanismos:**

Como ya se mencionó, la mediación, tal como se encuentra regulada y se la ha implementado, es de índole privada, y sólo se ha desarrollado en forma experimental la mediación judicial en el ámbito del derecho de familia.

Quizás pueda confundirse y pensar que el procedimiento intentado era el de conciliación, pero técnicamente se trataba de mediación.

Puede decirse que esa experiencia ha tenido algún éxito si por tal entendemos haber salido del proceso formal, lo que siempre significa un avance.



Sin embargo, la mediación en la que la figura del magistrado está presente no siempre es recomendable, pues podría objetarse que –de ese modo– se rompe la libertad e igualdad de las partes para resolver sus conflictos.

No planteamos que el procedimiento en el que participe el juez no sea posible o superador del proceso formal y escrito, pero no se trata de un proceso de mediación.

La mediación y la conciliación laboral son obligatorias, es decir son una instancia previa obligatoria a la promoción de las acciones. Esto ha planteado diversos escenarios.

En primer término, podemos decir que se ha favorecido el reclamo de menor cuantía que, antes de su instauración y por diversos motivos, no se promovía.

Hoy se viabiliza el reclamo y en la mayoría de los casos estas pretensiones son satisfechas en un corto lapso.

Algo similar sucede con el proceso arbitral en materia de derechos del consumidor.

La conciliación laboral mencionada no es otra cosa que un proceso de mediación, pues el conciliador no tiene facultades como las que tienen las autoridades administrativas o jurisdiccionales para imponer ciertas obligaciones a las partes (por ejemplo, en las negociaciones colectivas).

En este caso también resulta obligatoria como instancia previa a la promoción de las acciones judiciales.

Existe una instancia conciliadora, de carácter obligatorio en el ámbito judicial, dentro de un proceso que se ha planteado como esencialmente conciliatorio, pero que de hecho no opera en sede judicial de ese modo: en el proceso de divorcio por mutuo acuerdo, las partes deben someterse a dos audiencias ante el juez, quien debe procurar avenirlos.

En la práctica nada de esto sucede y esa instancia que debiera ser conciliatoria, sólo busca la ratificación del escrito de presentación, como si fuera necesaria.

Los fueros Civil, Comercial y Laboral, se han visto sensiblemente favorecidos por la implementación de los sistemas alternativos, ya que es elevado el índice de acuerdos alcanzados.

Por otro lado, si no han podido acordar en la etapa pre-judicial, las partes van mejor preparadas como para conciliar durante el proceso.

Es decir, el conocimiento previo, la exposición de los motivos que cada una hace en las audiencias y los elementos que se exhiben, hacen que las partes puedan comprender mejor el interés de la otra y, por tanto, estar mejor dispuestas al diálogo.

En resumen, los métodos alternativos de resolución de conflictos en Argentina, si bien pueden ser mejorados (de

hecho existe un proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación que introduce un proceso de mediación familiar distinto del actual) han brindado un espacio para el diálogo, el acercamiento y la comprensión que ayudan a que las personas involucradas logren conocer la posición del otro. Y esto es un aporte invaluable para la tolerancia y convivencia cotidiana.

## II. BOLIVIA

Joel Vargas Via (Coordinador del Dpto. de Educación para la Paz e Integración y del Proyecto *Centro de Educación para la Paz y Conciliación* de la Universidad Nur, Santa Cruz, Bolivia).

El marco legal en el que se desenvuelven los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) en Bolivia es la Ley 1.770 del 10 de marzo de 1997. Esta ley especifica al arbitraje y la conciliación, y apenas menciona la mediación como un *procedimiento independiente o integrado a una iniciativa de conciliación*.

Los ámbitos de aplicación en el caso del arbitraje son en materia civil, mercantil, laboral, de entidades aseguradoras, de inversiones y derechos de autor. La ley indica que el arbitraje procede «antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste...». Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley 1.770 de 1997), Art. 3.

En cuanto a la conciliación, la ley indica que ésta puede ser adoptada para solucionar cualquier controver-

sia susceptible de transacción antes o durante la tramitación de un proceso judicial. Los tipos de procesos contemplados son los civiles, administrativos, ante los Juzgados de contravenciones de Policía y Tránsito, y laborales. Cabe resaltar que la conciliación no procede en los casos en el que el Estado sea parte.

Al igual que en la mayoría de los países de la región, la práctica de la conciliación y el arbitraje fue en primer instancia adoptada y promovida por las respectivas Cámaras de Comercio. Esta situación no se ha modificado mucho en Bolivia en los últimos años. Es por ello la notoria proliferación de la práctica de estos medios en el ámbito casi exclusivamente comercial.

No obstante cabe resaltar que existe de alguna manera –sin ánimo de generalizar– en la idiosincrasia boliviana la inclinación por resolver sus conflictos evitando concurrir al ámbito judicial. Esto puede ser el resultado de varias motivaciones, desde la desconfianza en el proceso judicial y en los jueces, pasando por la falta de recursos económicos para costearlos, hasta el desconocimiento de los derechos u obligaciones ante la ley. Por lo anterior se ha incrementado la actuación de organizaciones de base –como son sindicatos, clubes de madres, cooperativas comunitarias y otros– en prácticas de resolución de conflictos, particularmente la conciliación y mediación. Cabe mencionar que estas actuaciones en ningún momento están reguladas por ley y tampoco los actores buscan que lo esté.

Los últimos acontecimientos de la vida económica del país que tienen que ver con la explotación de reservas petroleras, especialmente el gas y la construcción de ductos para su transporte a las plantas refinadoras, han abierto el escenario de los conflictos socio-ambientales y, por supuesto, de prácticas para su resolución. Muchas de las comunidades y comunarios que se han visto afectados por los ejercicios petroleros, han logrado –previos actos de presión y demostraciones– que estas grandes empresas negocien con ellos el resarcimiento de daños no sólo ambientales sino también, en muchos casos, culturales. Estos procesos no han sido del todo claros y a menudo se ha podido conocer que el proceso de resolución de conflictos fue simplemente utilizado.

Los últimos conflictos sociales muestran otro aspecto muy importante en la práctica de resolución de conflictos del país. Cada año, se hacen presentes considerables manifestaciones en las que la participación de terceros es más evidente. En nuestro caso la Iglesia Católica a través de la Conferencia Episcopal y el Defensor del Pueblo, juegan un rol entre mediadores y facilitadores.

El artículo 16 de la Ley de Organización Judicial No. 1.455 de 1993, llama a los jueces por obligación a convocar a las partes a una audiencia de conciliación –en cualquier estado de la causa– con el objeto de dar fin al trámite judicial o por lo menos abreviarlo. Esto último, claro, con las excepciones que la ley establezca. No obstante, es notorio que la aplicación de este artículo es

meramente procedimental. Esto es develado por el poco interés que tienen las partes de participar de las sesiones de conciliación, que distan mucho de ser tales por la escasa y, en algunos casos, nula formación de los juzgadores en materia de conciliación y mediación.

Aunque existe el marco legal, este no es suficientemente claro ni existen las reglamentaciones acerca del tipo de instituciones calificadas para ofrecer servicios de conciliación o de capacitación para ser conciliadores. Por otro lado, es muy poco o ninguno el interés que los gobiernos han puesto en promover la Ley 1.770 y las prácticas de resolución alternativa de conflictos.

Sin embargo existen algunas instituciones, fuera de las Cámaras de Comercio, que de oficio se han propuesto promover la práctica de los MARC. Entre ellos, la Universidad Nur, que posee una carrera (pre-grado) en Relaciones Internacionales con una mención en Resolución de Conflictos y un proyecto de creación del Centro de Educación para la Paz y Conciliación, dirigido a la comunidad.

De igual manera, han sido notorios los esfuerzos de los Colegios de Abogados, quienes están promoviendo la creación de Centros de Conciliación y Arbitraje y de la capacitación de conciliadores en su gremio.

Acerca del éxito o no de la ley y de los mecanismos propuestos, existen dos consideraciones. Por un lado, al no

haber una práctica real y masiva de la conciliación y el arbitraje sería muy difícil una evaluación general, a no ser que se practique un análisis exclusivo de lo que acontece en materia comercial. Por otro lado, si consideramos la verdadera función social de los MARC, podríamos convenir en que su aporte es reducido, pues en ningún momento se toma en consideración a la resolución de conflictos como un medio hacia la transformación de las relaciones humanas.

### **III. CHILE**

Sebastián Cox U. y Clara Salgado M. (Abogados-FORJA).

Los Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos, también llamados “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos-MARC” son, en su mayoría, procedimientos no adversariales y voluntarios que permiten resolver disputas. Aunque la legislación chilena contempla diversas modalidades –de aplicación tanto judicial como extrajudicial– estos mecanismos no constituyen la expresión definida de un sistema ni de una política pública. Los diferentes mecanismos de MARC considerados por la legislación chilena son:

1) *El arbitraje*, como medio alternativo aplicable a conflictos en que las partes no logran llegar a acuerdo y delegan expresamente su resolución en un tercero neutral, denominado árbitro. El arbitraje tiene una amplia apli-

cación en materias comerciales (Ley No. 18.046 sobre Sociedades Anónimas), en materias civiles (Código de Procedimiento Civil, art. 638 y siguientes) y en materias laborales (art. 3.355 y siguientes del Código del Trabajo). En algunas materias, como los conflictos entre socios, es obligatorio; las partes no pueden llevar sus diferencias ante los tribunales, sino que deben ser resueltas por un árbitro.

2) *La conciliación*, conocida comúnmente como un proceso que consiste en la acción de componer y ajustar los ánimos desavenidos. Como procedimiento judicial supone la solución amigable de un conflicto (proceso) con la presencia e intervención directa del Juez, quien propone bases de acuerdo y convoca a las partes a su aceptación. La Ley No. 19.334 (1994) sobre conciliación judicial, la estableció con carácter de obligatoria para todos los procesos civiles, de menores y del trabajo. Asimismo, cabe su aplicación en juicios penales, en los casos de cuasi-delitos, de faltas y de algunos delitos de carácter patrimonial en que no esté involucrado el interés público. También debemos registrar la consideración del Juez Civil como conciliador, en la fase previa al juicio, en los casos de violencia intra-familiar (Ley 19.325 de 1994). Del mismo modo, y en el marco de legislaciones de protección de los derechos de sectores específicos de la población, la Ley No. 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas y la Ley No. 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores, incluyeron mecanismos de solución alternativa de conflictos, ampliando e incentivando el ámbito de su aplicación.



Más recientemente, y en el marco de la Reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley No. 19.696 de octubre del 2000), se han introducido una serie de nuevas instituciones (modalidades) en las que el acuerdo entre algunos de los intervinientes en el proceso puede producir como efecto su paralización/término (principio de oportunidad + suspensión condicional + acuerdos reparatorios) o también su abreviación, evitando el juicio oral a través del procedimiento abreviado. Estas diferentes modalidades contienen ciertos elementos y condiciones de aplicación que responden en algunos casos a la negociación y, en otros, a la mediación así como también a la conciliación.

3) *La mediación*, conocida como método alternativo de resolución de conflictos, supone la búsqueda de la solución en base a la identificación y explicitación de los intereses de las partes y con la ayuda de un tercero neutral denominado mediador(a) y que actúa como facilitador(a) del proceso. No hay legislación específica que considere la mediación.

4) *La negociación*, que consiste en un proceso de mutua comunicación encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos. En la legislación chilena esta modalidad se asimila al contrato de transacción (art. 2.446 y siguientes del Código Civil), y en el ámbito laboral (art. 386 y siguientes del Código del Trabajo).

### **Experiencia y prácticas de aplicación**

La experiencia de utilización de los MARC es tan diversa como sus diferentes modalidades y campos temáticos de aplicación.

*El arbitraje* tiene su mayor utilización en los ámbitos del comercio y es corrientemente incorporado como cláusula entre partes en el campo civil contractual. Importante expresión institucional de lo anterior son los Centros de Arbitrajes de las Cámaras de Comercio, en diferentes regiones del país.

En lo que se refiere a la conciliación, pese a su carácter de obligatoria en procesos civiles, no ha tenido una aplicación práctica por parte de los operadores judiciales. Distinto es el caso en materia de conflictos laborales, donde los operadores llegan a un 75% de acuerdos en el primer comparendo de conciliación.

*La mediación*, por el contrario y pese a su no consideración legal específica, ha venido teniendo una aplicación importante en asuntos y conflictos relacionados con el área de familia, con el área de educación y con el área de lo vecinal y comunitario. Son varias las instituciones –tanto del sector estatal como de la sociedad civil– que han desarrollado Centros de Mediación y que cuentan con programas específicos. Entre las experiencias del sector público/estatal cabe mencionar los *Centros de Mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial* de Santiago, Valparaíso y Concepción; el *Centro de Mediación Anexo a Tribunales* y el *Programa de Asistencia Jurídica –PAJ–* que corresponden a “programas piloto” impulsados y financiados desde y por el Ministerio de Justicia. En el sector privado, además del *Centro de Mediación y Arbitrajes* de la Cámara de

Comercio de Santiago, se desarrollan centros y programas de mediación en universidades y centros académicos (ámbito familiar, principalmente) y en ONG's e institutos especializados (ámbito vecinal, comunitario y medio ambiental).

### **Contribución al mejoramiento del Sistema de Administración de Justicia**

Las diferentes –aunque limitadas estadísticas de que se dispone– muestran un alto grado de satisfacción de los usuarios de las diferentes modalidades de MARC. En el caso de los “programas piloto”, dependientes del Ministerio de Justicia, y de las experiencias de entidades universitarias (CEAF-CREA-U.C. de Temuco) y también de las Organizaciones No Gubernamentales (FORJA-Casa de la Paz-Instituto de Terapia Familiar, entre otros) este nivel de satisfacción alcanza entre el 60% y el 70%. En lo que respecta al cumplimiento posterior de los acuerdos si bien no se han constatado diferencias significativas entre aquellos que son realizados entre operadores de instituciones públicas o privadas, sí se constata una proporción menor (entre 40% y 50% de cumplimiento), entre aquellos que no constituyen título y/o no garantizan de alguna forma su ejecución forzada posterior.

### **Propuestas sobre MARCS:**

En diferentes proyectos de ley que se preparan, se contempla integrar los MARC y/o alguna de sus modalidades

específicas. Así, por ejemplo, en el proyecto que crea los Tribunales de Familia se considera de manera importante a la mediación, y se incluye un reglamento sobre mediadores (perfil, requisitos, etc). En el ámbito de la Justicia de Policía Local también se consideran reformas y, entre ellas, la –adecuación– modernización de las normas que tratan de estos mecanismos.

El arbitraje –como modalidad de resolución alternativa de conflictos– también es materia potencial de reformas a la legislación vigente, encontrándose desde hace tiempo una propuesta en estudio en el Ministerio de Justicia.

Por otra parte, en diferentes ámbitos institucionales, y a propósito de mejorar los niveles de participación, protagonismo y satisfacción de los propios ciudadanos en la resolución de sus conflictos, se vienen planteando “*programas piloto*” de capacitación de mediadores: es el caso del proyecto *Mece Media* (Ministerio de Educación) para la formación de mediadores escolares juveniles; del programa Cultura del Diálogo del Ministerio del Trabajo que forma “*mediadores-comparendistas*” para actuar en el primer comparendo de conciliación y en la negociación entre sindicatos y empresas.

#### IV. COLOMBIA

Eduardo Castillo Claudett (Consultor asociado del *Centro de Estudios por la Paz* (CEPPA-PERÚ) y Director de la Oficina Regional para los Países Andinos del INE-CIP).

Colombia es uno de los países donde mayor desarrollo ha tenido el campo de los medios alternos de solución de controversias (MASC) –como son llamados en ese país– siendo el primero que los asumió como una vía para ayudar a resolver la grave congestión y crisis judicial que se vivía a fines de los ochenta, rescatando de alguna manera cierta tradición en este campo, si se toma en cuenta que ya en 1920 existía una ley que remitía la solución de los conflictos laborales a la negociación y la conciliación entre empresarios y obreros.

Un antecedente central para entender el actual impulso de los MASC lo constituye la Constitución colombiana de 1991, la cual incluyó, dentro de un capítulo tan importante como el de la estructura del Estado (Título V, Capítulo I), la potestad de los particulares de ser investidos transitoriamente *de la función de administrar justicia* en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos *en derecho* o en equidad, en los términos que determine la ley (art. 116, cuarto párrafo, el subrayado es nuestro). Cabe indicar que la definición de los MASC como una forma de administración de justicia es interesante, ya que en otros países –como el Perú– no se les ha querido reconocer carácter jurisdiccional a estos mecanismos, con el fin de no chocar con la potestad exclusiva que en esta materia se suele reconocer al Poder Judicial.

Sin embargo, esta no es la única mención que puede hacerse a nivel constitucional. Cabe agregar que en ella

se abre también la posibilidad de crear juzgados de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios (art. 247). Asimismo, se reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (art. 246). Todas estas normas muestran una noción flexible de la administración de justicia, la que deja de ser un asunto exclusivo del Estado para pasar a ser ejercida por distintas instancias sociales y comunitarias, inclusive reconociéndose la capacidad de los ciudadanos de resolver sus propios asuntos de manera privada.

Al amparo del art. 116, en ese mismo año se dictó la Ley 23, destinada a reglamentar la creación y operación de los Centros de Arbitraje y Conciliación. En solo dos años, 102 centros de este tipo van a constituirse en todo Colombia. Sin embargo, estos centros iniciales mostraron una serie de deficiencias y problemas para su normal funcionamiento, como la falta de capacitación de sus integrantes, la carencia de técnicas gerenciales para el manejo institucional o la escasa divulgación de sus servicios. Frente a ello, se van a desarrollar desde el Estado y la sociedad civil una serie de propuestas para el fortalecimiento de estas instancias, siendo la principal aquella impulsada por el BID con el apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En 1998, se va a dictar la Ley 446 con el fin de regular el uso de la conciliación en diferentes materias, dispo-

niendo la posibilidad de conciliar todos aquellos asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. En general, los asuntos que actualmente pueden ser objeto de conciliación en Colombia incluyen asuntos laborales, civiles y comerciales, de familia, agrarios y contenciosos administrativos, incluyendo conflictos de policía. Esta conciliación se realiza a solicitud de una o de ambas partes del conflicto.

Esto tiene que ver con el tipo de instancias que se reconocen en este país para ejercer la conciliación, que son de dos tipos: judiciales y extrajudiciales. La conciliación judicial es aquella realizada por el juez, el cual puede conciliar en todos aquellos asuntos en los que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia y que versen total o parcialmente sobre materias susceptibles de conciliación. En la actualidad, constituye una instancia obligatoria en todo proceso de carácter civil, comercial, familiar, laboral y contencioso administrativo. Por su parte, en la conciliación extrajudicial podemos encontrar hasta tres instancias distintas: la *institucional*, cuando la conciliación es realizada por los Centros de Arbitraje y Conciliación; la *administrativa*, cuando es llevada a cabo ante un funcionario público en cumplimiento de funciones delegadas –como inspectores de familia, de trabajo, de tránsito y policía, así como los procuradores judiciales delegados en materia contencioso-administrativa– y la conciliación en *equidad*, la que es ejercida gratuitamente por miembros de una determinada comunidad urbana o rural.

En materia de *arbitraje*, el desarrollo legal e institucional ha sido algo menor respecto al de la conciliación, aunque debemos señalar que ambas figuras han sido vistas generalmente como algo complementario. Un primer antecedente se encuentra en la Ley 105 de 1890, donde el arbitraje se incorpora al código procesal civil; posteriormente, en 1923 se dictara la Ley 103, referida al arbitraje internacional. En 1989 se dicta el Decreto 2.279 en materia de arbitraje doméstico, el que será finalmente modificado, a raíz, del nuevo mandato constitucional, en 1991, mediante Decreto 2.651, que modificará el procedimiento arbitral establecido.

### **Situación actual de los MASC**

La normatividad existente alrededor de las MASC, así como el interés de diversos sectores por promover y fortalecer estos mecanismos, ha permitido que en la actualidad tanto los Centros de Arbitraje y Conciliación, como las otras instancias que llevan a cabo audiencias de este tipo, sean espacios aceptados y utilizados por los ciudadanos para resolver sus controversias de manera efectiva. A esto debe agregarse que estos centros han fomentado mucho el desarrollo de labores de capacitación y difusión de estas técnicas a diferentes niveles, llegando incluso a impulsar cursos universitarios, de especialización y maestrías sobre esta materia, como el diplomado implementado por la *Asociación Colombiana de Centros de Conciliación y Arbitraje* (ACERCAR) en la Universidad Cooperativa de Bogotá.



Sin embargo, hasta el momento la conciliación ha constituido una vía netamente voluntaria de las partes para solucionar sus controversias (salvo en materia judicial), lo que si bien no permite mostrar grandes cifras y resultados, sí ha permitido desarrollar una mayor calidad en el tratamiento de los conflictos. Cabe indicar que, de acuerdo a la Ley 446, los acuerdos a los que lleguen las partes con ayuda de un conciliador tienen calidad de cosa juzgada, en tanto que al acta que recoge estos acuerdos se le reconoce mérito ejecutivo, pudiendo ser llevada ante un juez para obligar a su cumplimiento. Asimismo, los acuerdos impulsados por el conciliador en equidad surten efectos similares a los de un contrato de transacción.

En enero del 2001, el Congreso colombiano sancionó la Ley 640, la que dispone que, a partir de enero del siguiente año (2002), la conciliación se convertirá en una instancia prejudicial obligatoria para los procesos civiles, comerciales y contenciosos administrativos. Para algunos sectores, esta ley es positiva en tanto ayuda a fortalecer el uso de la conciliación en los conflictos sociales. Sin embargo, para muchos otros, esta norma puede generar una serie de problemas, incluyendo la sobrecarga de los centros y, como consecuencia, la reducción de la calidad en sus audiencias.

Si bien es algo pronto para saber cuál de los dos grupos tendrá la razón, si tomamos en cuenta que en Colombia se aperturan alrededor de 800.000 nuevos procesos cada año, nos parece aún muy prematuro darle un carácter

obligatorio a la conciliación, lo que puede llevar –como está ocurriendo en otros países– ha distorsionar un proceso que hasta el momento ha sido ejemplar. Forzar el uso de la conciliación como una vía para descongestionar los juzgados no ha sido hasta el momento una buena solución en ninguno de los espacios donde se ha intentado, ni siquiera cuando se cuenta con los recursos suficientes para ello. Por tanto, esperamos que esta decisión pueda ser revisada en el corto plazo, permitiendo de esta manera que sean los mismos ciudadanos los que vayan optando por una salida no violenta a sus controversias, en vez de forzarles hacia este camino.

## V. GUATEMALA

Kenia Herrera (*Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala*).

La legislación de Guatemala prevé como mecanismos de solución de conflictos la mediación, la conciliación y el arbitraje. En el ámbito del Derecho Administrativo, la conciliación y el arbitraje; en el Derecho Agrario, la conciliación; en el Penal, la mediación y conciliación; en el Civil, la conciliación; en el Mercantil, la negociación, evaluación profesional neutral, conciliación o mediación y arbitraje; y en el Laboral, la conciliación y el arbitraje.

La mediación y conciliación en materia penal pueden desarrollarse tanto judicial como extrajudicialmente. Judicialmente se llevan a cabo a través de los mecanis-

mos de salida al procedimiento común (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado, conversión) así como a través del Juicio por Faltas y del Juicio por Delito de Acción Privada.

En el caso de los Centros de Mediación y Conciliación se pretende una mínima intervención judicial, ya que las partes pueden resolver sus conflictos de común acuerdo. Sin embargo, su naturaleza sigue siendo judicial puesto que se necesita autorización del Ministerio Público o síndico municipal y la homologación del acta que contiene el acuerdo.

Extrajudicialmente las partes pueden resolver sus conflictos en los delitos de acción privada, puesto que la ley no lo prohíbe, provocando con ello el desistimiento o renuncia de la persecución penal.

La experiencia con estos mecanismos ha sido muy positiva, puesto que las personas que los han utilizado ven los beneficios tanto en la economía de tiempo, dinero y recursos, como en la solución real de sus problemas y el logro de una reparación efectiva. Además coadyuva al fortalecimiento de una Cultura de Paz, reclamada por la sociedad guatemalteca.

Dentro del ámbito penal los métodos de mediación y conciliación son los más recurrentes y se utilizan principalmente a través de los mecanismos simplificadores

alternos al procedimiento común, como el criterio de oportunidad y, principalmente, la suspensión condicional de la persecución penal.

La implementación de estos mecanismos ha contribuido en varios aspectos:

a) Descarga de trabajo a las agencias de justicia, principalmente al Ministerio Público, permitiéndole enfocarse hacia los delitos de grave impacto social.

b) Mínima intervención del Estado en conflictos que pueden ser resueltos directamente por los actores del mismo, respondiendo al principio de racionalidad del derecho penal moderno.

c) Economía procesal y de recursos humanos.

d) Credibilidad en las agencias de justicia cuando se logra una reparación que efectivamente resuelve el conflicto.

No se puede saber aún con certeza si la implementación de estos mecanismos ha cumplido con las expectativas, puesto que su utilización en el ámbito penal guatemalteco es muy reciente (1996).

El *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales* de Guatemala, realiza actualmente una investigación denominada Observatorio Judicial, cuyo trabajo

de campo está enfocado en la obtención de información sobre la forma de administración de justicia guatemalteca y sus efectos en las comunidades. Una línea de trabajo está enfocada en la utilización de mecanismos de salida al procedimiento común, que es el espacio procesal dentro del cual pueden utilizarse los métodos alternativos de resolución de conflictos. Se entrevistan a funcionarios de justicia, usuarios y comunidades. Las conclusiones nos servirán de insumos para responder a muchas preguntas que subyacen en torno a este tema.

Nota aclaratoria: El *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales* de Guatemala trabaja en el ámbito penal, por lo tanto la información que aquí se suministra sobre RAC está referida a esta materia.

## **VI. MÉXICO**

Robinson Salazar (Investigador en la Universidad Autónoma de Sinaloa, México y asociado al *CIDHEM*).

En México, la legislación contempla alternativas de solución de conflictos sólo en algunos campos o casos y no en toda la legislación.

En el campo del derecho laboral, la conciliación o arbitraje, se dan a través de la Junta de Conciliación, quien se asume como autoridad o tercero en discordia, a fin de que el patrón y el empleado afectado concilien intereses.

Dado que es casi siempre un conflicto de intereses, la resolución del conflicto no es compleja, en la medida en que la parte conciliadora maneja los tiempos y plazos para que se arribe a un buen arreglo.

En el campo comercial o civil, no existe la negociación, sino la conciliación de intereses ante el juez. Casi siempre las partes se ven obligadas a hacerlo, dado que los espacios de negociación están acotados y vigilados por el juez.

En el ámbito penal, no existe ningún tipo de arreglo. No obstante, con la influencia del narcotráfico en algunos espacios del Poder Judicial, se han tenido que instrumentar medidas que están al margen de la ley como es la figura del “Testigo Protegido”, cuya finalidad es incorporar a un delincuente, bajo juramento, para que colabore con la justicia a cambio de una nueva identidad y un lugar de residencia.

Otra forma, la más común en México, es la de resolución de conflicto a través de la tesis de jurisprudencia, donde la Suprema Corte de Justicia, al darse cuenta que hay un conflicto y la ley no lo contempla por los vacíos o lagunas existentes, acude a la argumentación de tomar cinco casos que se hayan resuelto de manera similar sobre la misma problemática y, a partir de ahí, lo convierte en jurisprudencia.

Es indudable que son criterios que están por encima de la Ley, pero que se legitiman al momento en que sirven para resolver conflictos judiciales.

La utilización de estos recursos le ha permitido al sistema político librar escollos y situaciones que bordean la ingobernabilidad. También le han dado uso para legitimar fraudes, crisis económicas, expropiaciones y convertir en deuda pública los errores administrativos del sistema financiero.

En casos de conflictos de carácter mercantil, las movilizaciones, grupos de presión y la desobediencia civil (*Caso del Barzón*, que son deudores hipotecarios) no han logrado alterar el sentido de la ley ni el acto consumado de la Corte Suprema de Justicia, pero sí han aplazado por tiempo indefinido la entrega de sus propiedades o la aceptación de la pérdida de sus propiedades.

Otro campo en donde se ha abusado de la negociación, pero a puertas cerradas, es el de los procesos electorales donde, hace apenas dos años, un conflicto postelectoral no pasaba por la instancia jurídica o por el Tribunal Supremo Electoral, sino que el presidente en funciones negociaba con la fuerza opositora para que el gobernante electo renunciara y se nombrara un interino de consenso hasta convocar a nuevas elecciones. Esto trajo como resultado un crecimiento de la desconfianza en los comicios y un deterioro de los órganos que preparan y organizan las elecciones, Instituto Federal Electoral –IFE–. La práctica se denominó “*concertación*”, la cual ha disminuido notablemente en las últimas elecciones estatales, aunque no se deja de especular que los arreglos por debajo de la mesa siguen funcionando, pero esta vez con otras

reglas del juego y una más sofisticada estrategia de negociación.

La práctica descrita ha empantanado la credibilidad del IFE en algunos segmentos de la sociedad. En otros ha provocado que los partidos de oposición vigilen con mayor cuidado el evento electoral para evitar o contrarrestar los arreglos previos. La instrumentación de este tipo de salidas jurídicas no han contribuido a mejorar la impartición de justicia, sino que han sido utilizadas para legitimar al sistema político o para esconder una actuación al margen de la ley de algún político o protegido del gobierno.

No existe en nuestro país, hasta hoy, alguna posibilidad de legitimar o incluir en la Ley estos mecanismos.

## **VII. NICARAGUA**

Herberto Orozco (*Presidente de la Asociación de Abogados de Nicaragua*).

Los mecanismos de resolución de conflictos que prevé la legislación de Nicaragua son: la negociación, la mediación y el arbitraje.

La negociación se establece extrajudicialmente entre las partes. Puede llevarse a cabo entre grupos particulares o también de persona a persona. En nuestros medios generalmente la negociación es usada en la esfera política y gremial (sindicatos, Estado y sector privado).



Cuando se utiliza este tipo de negociación se involucran a importantes personalidades del país para tratar de asegurar su cumplimiento.

Se puede establecer la negociación de persona a persona y, generalmente, así se hace con la mediación de un abogado y un notario.

La mediación está reglamentada por la ley orgánica del Poder Judicial, estableciéndose que ésta opera en todos los juicios civiles ordenados por el juez una vez interpuesta la demanda a realizarse dentro de los seis días posteriores a ésta, con excepción de los juicios bancarios y los juicios que nacen con mérito ejecutivo.

Para las demandas de propiedad –que son de carácter obligatorio– se creó una oficina especial denominada *Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos* (DIRAC), que está provista de un cuerpo especializado de mediadores.

En la esfera comercial, el juez civil ordena la mediación, previa contestación de la demanda.

En lo penal, la mediación se da en todos los juicios sumarios, en los que la condena no excede los tres años.

En los juicios penales ordinarios, o sea en los juzgados de distrito donde se procesan delitos con penas de 3 a 30 años en algunos casos como hurto, robo, estafa, lesiones

graves, se procede a la mediación generalmente cuando víctima y victimario lo piden a través de sus representantes.

En el área laboral, una vez interpuesta la demanda, se procede a un trámite de advenimiento, que es más o menos una conciliación:

La resolución o acuerdo, mediación o conciliación que se obtiene tendrá fuerza de cosa juzgada material. Toda negociación, mediación o conciliación se puede establecer por acuerdo entre las partes hasta antes de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia definitiva.

El arbitraje está debidamente legalizado en lo que respecta a los problemas de propiedad, y se da cuando una vez fracasada la mediación se procede de manera especial, porque basta que una de las partes pida el arbitraje y éste opera obligando al otro a someterse a este tipo de procedimiento.

También se produce en la esfera comercial generalmente en los conflictos entre sociedades mercantiles. De igual manera se procede al arbitraje en el campo laboral: una vez legalizada la huelga, y habiendo transcurrido los treinta días sin que el conflicto se hubiese resuelto, se procede de dos maneras: por acuerdo entre las partes en cualquier estado del conflicto o de manera obligatoria.

En lo contencioso administrativo se impone la mediación, que también puede darse en cualquier estado del juicio hasta antes de la sentencia.

En su caso, este tipo de resolución alterna de conflictos se puede utilizar tanto en la vía judicial como en la extrajudicial. De manera extrajudicial, generalmente se establecen una o varias reuniones entre los grupos o personas en conflicto, en presencia de un abogado y concluyendo con documentos notariados donde cada una de las partes se compromete al cumplimiento de lo suyo.

Cuando son de carácter judicial, está presente el juez de la causa y cuando es de propiedad, hay mediadores especializados.

El proceso de mediación se ha venido complementando como una necesidad a la resolución del conflicto en el departamento nicaragüense de León, el cual ha sido dirigido y organizado a través del decanato de Derecho de la Universidad Autónoma de Nicaragua desde hace aproximadamente unos cinco años. En materia de propiedad, la utilización del mecanismo de la mediación tiene alrededor de un año de implementación. En las esferas penal y civil se usan desde hace dos años aproximadamente y en materia laboral desde 1974. Todos estos mecanismos de mediación en las distintas esferas judiciales y extrajudiciales se han venido utilizando obedeciendo a las leyes establecidas para este órgano.

Debido al poco conocimiento de la sociedad, la implementación de estos mecanismos no ha tenido un desarrollo que represente importancia en la resolución de los conflictos. No obstante, su arraigo en la práctica desde

hace más de dos años, ha servido de manera parcial para la descongestión judicial.

Un factor importante para que no se haya cumplido el cometido de este tipo de solución alternativa de conflictos, es la desconfianza que tiene nuestra sociedad sobre todo el sistema de administración de justicia, debido al alto grado de corrupción que existe en este medio.

Otro elemento de desconfianza de la sociedad hacia este tipo de solución alterna de conflictos se debe a que, exceptuando los casos de problemas de propiedad, los conciliadores y mediadores son los mismos jueces que conocen la causa y no tienen una buena preparación en este terreno.

Aunque estos mecanismos ya existen en nuestro medio, se han hecho algunas propuestas a la Corte Suprema para capacitar a un cuerpo de abogados que sean los llamados a involucrarse como el primer escalón de los conflictos judiciales para intermediar y dirigir la mediación o la conciliación, para que el juez de la causa no se vea contaminado ni parcialice su sentencia interlocutoria o su sentencia definitiva.

## VIII. PANAMÁ

Roxana Lemkin (Grupo de apoyo de *Revista Sistemas Judiciales* en Buenos Aires).

El método tradicional empleado en Panamá para la solución de controversias fue siempre el jurisdiccional. El

mismo ha sido y es vital para la sociedad panameña. No obstante, con el avance de los tiempos, el crecimiento de la población y, por ende, el aumento de litigios con la consecuente sobrecarga en los tribunales (muchas veces con resultados negativos), motivó al Estado a redefinir las bases del sistema de administración de justicia.

El 5 de julio de 1999 se aprobó el Decreto Ley No. 5 sobre el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación. Estos institutos son métodos alternativos de resolución de conflictos.

El título I de dicha ley trata sobre el arbitraje. Aparece como un método adversarial, mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse, somete las controversias surgidas o que puedan surgir con otra persona, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo arbitral con eficacia de cosa juzgada.

El decreto ley no establece los casos que pueden ser sometidos a arbitraje, sino que nombra taxativamente cuáles son las materias que no podrán ser solucionadas mediante dicho método: las que surjan de factores que no sean de la libre disposición de las partes entre ellas; las relacionadas con el desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de derecho. Establece dos formas de solucionar el conflicto: será de derecho, cuando el poder conferido por las partes a los árbi-

tros sea para resolver la cuestión conforme a las reglas de derecho; y será de equidad, si los árbitros hubieren de resolver conforme a su leal saber y entender, sin sujeción a las reglas de derecho. La clase de arbitraje será determinada por las partes en el convenio, o con posterioridad y, en su defecto, se entenderá que el arbitraje es de equidad. En el arbitraje de derecho, el árbitro deberá ser abogado.

El arbitraje puede ser institucionalizado o *ad-hoc*. Es *ad-hoc* el practicado según las reglas de procedimientos especialmente establecidas por las partes para el caso concreto, sin remisión a reglamento preestablecido y, en todo caso, con sumisión a dicho decreto ley. El institucionalizado, se aplicará cuando sea practicado por una institución de árbitros autorizada por el Ministerio de Gobierno y Justicia y haya sido elegido por las partes en el convenio arbitral.

En el caso en que se haya realizado un convenio arbitral, los efectos sustanciales del mismo obligan a las partes a cumplir con lo pactado y a formalizar la constitución de un tribunal arbitral. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada. Los jueces o tribunales que conocieron de cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, deberán inhibirse del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda.

El tribunal arbitral dictará un laudo que producirá efecto de cosa juzgada. Por lo tanto, no cabrá recurso

alguno, al menos que medie algunos de los vicios reconocidos en el Código Civil o si el procedimiento utilizado por el tribunal no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes o de acuerdo al presente decreto ley.

El capítulo II del Decreto 5/99 está dedicado a la conciliación y a la mediación.

La conciliación es un método adversarial, extrajudicial y voluntario para la solución de controversias. En el mismo, interviene un facilitador imparcial, llamado conciliador, que trata de encontrar, junto con las partes del conflicto, una salida positiva a dicho trance.

Podrán someterse a dicho trámite las materias susceptibles de transacción, desistimiento y negociación.

La conciliación puede ser institucional, cuando se desarrolle a través de centros autorizados por el Ministerio de Gobierno y Justicia; o *ad-hoc*, cuando sea llevado a cabo por personas independientes.

El acuerdo al que arriben tendrá carácter de título ejecutivo, pudiendo ser elevado a laudo arbitral cuando así las partes lo requieran, para lo cual se constituirá un tribunal arbitral de conformidad al procedimiento del presente decreto. De otro modo, en caso de incumplimiento, se dará intervención a los tribunales ordinarios para que se efectivice la ejecución del título, de acuerdo al procedimiento normado para dicha materia. Otra característica

importante es que este instituto se puede utilizar aún iniciado el proceso ordinario. Para ello, las partes deberán comunicar al juez su deseo de solucionar el conflicto mediante una conciliación. En dichos casos, el juicio se suspende y se deberá informar al juez sobre el resultado dentro de los 45 días siguientes. Si se lograron resultados, el juez dará por terminado el proceso. En caso contrario, lo continuará.

El método más utilizado en Panamá para la resolución de conflictos es la mediación. Se caracteriza por ser un sistema no adversarial, voluntario y el cual puede ser extrajudicial o judicial, cuando las partes lo plantean en cualquier etapa del juicio. Además ésta puede ser pública o privada, dependiendo de si la misma se lleva a cabo por un mediador del servicio del Estado, o a nivel privado, siempre y cuando tenga autorización del Ministerio de Gobierno y Justicia.

Los tipos de conflictos que pueden ser sometidos a mediación son: las disputas de negocios, los casos suscitados en el derecho de familia (régimen de visitas, alimentos, separación de hecho, tenencia de hijos), las disputas entre vecinos, sucesiones (división de herencia), inmuebles, daños personales/reclamos, seguros y casos de mala *praxis*.

Al igual que en la conciliación, en la mediación interviene un tercero imparcial llamado mediador. La misión del mismo es propiciar, estimular, escuchar y dar guía a



las partes para que ellas mismas encuentren una solución satisfactoria al problema que entabla el conflicto, siempre manteniendo el grado de confidencialidad que se le es exigido. A diferencia del juez, o del árbitro, el mediador no decide, ni declara resolución alguna de la controversia del conflicto. Este no infiere autoridad alguna, ni impone solución sobre los intereses que las partes resuelven.

El acuerdo firmado por las partes en conflicto tendrá carácter de título ejecutivo. Por lo tanto, si alguna de las partes incumple el acuerdo, podrá ser exigido en sede judicial.

La sociedad ha respondido positivamente a este cambio, sin embargo, es prematuro sacar conclusiones sobre su efectividad.

Es importante destacar que la República de Panamá ha estado interviniendo en distintos congresos y foros mundiales para seguir perfeccionándose en la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Dicho país tuvo activa participación en la *“Primer Conferencia Mundial sobre Arbitraje”* y en la *“XVIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial”*, ambas celebradas en la ciudad de Panamá.

A partir de esta nueva concepción, se plantea el interrogante sobre si estos métodos son compatibles con el sistema de administración de justicia vigente.

Como dijimos al comienzo de este breve comentario, el sistema judicial es lento, burocrático y está colapsado. El mismo produce inseguridad en las personas, que sienten que no se les reconocen sus derechos. Por ello, frente a este escenario, surgió la necesidad de incorporar un sistema distinto, además del jurisdiccional, que constituyera una solución integrada a través del diálogo y la cooperación, conformando mecanismos de justicia participativa. Este objetivo está alcanzándose a través de las técnicas anteriormente mencionadas. Para ello, la comunidad jurídica pone el acento en su difusión constante, tratando de lograr un cambio cultural en la forma de percibir y atacar el conflicto.

La sociedad está empezando, en forma lenta, a concebir a la justicia de una manera diferente, al encontrarse con procedimientos que resuelven sus diferencias con mayor celeridad, menor costo y en forma más positiva.

Por ello, estos métodos se han vuelto una herramienta indispensable para mejorar la calidad del sistema de administración de justicia.

## **IX. PERÚ**

Eduardo Castillo Claudett.

En el Perú se encuentran reconocidas las dos formas de conciliación: la judicial y la extrajudicial. La conciliación judicial existe desde hace mucho tiempo atrás si tenemos

en cuenta que la Justicia de Paz –institución vigente desde la época colonial– es una justicia esencialmente conciliadora. Sin embargo, será a fines de los ‘80 cuando la conciliación empiece a ser reconocida por el sistema judicial formal, al ser incorporada como una etapa específica dentro de los procesos que atañen a los derechos de los niños o adolescentes (art. 1 del Código del Niño y del Adolescente, Decreto Ley No. 26.102).

Posteriormente, a fines de 1992, se dicta la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (Ley No. 26.260), que otorga a los fiscales provinciales de familia la potestad de convocar a agresor y víctima a una audiencia de conciliación, para buscar una solución que permita el cese de los actos de violencia (arts. 13 a 16). Pero es en 1993 cuando la conciliación judicial adquiere su pleno reconocimiento, al ser incorporada como una forma especial de conclusión del proceso civil, permitiendo a las partes conciliar en cualquier estado del proceso siempre que no se haya expedido sentencia de segunda instancia (Capítulo I, Título XI del Código Procesal Civil). Asimismo, el CPC dispone que el juez fije una audiencia conciliatoria luego de saneado el proceso, a fin de que las partes lleguen a un acuerdo o fijen mejor los asuntos bajo controversia (arts. 468 a 472).

Por su parte, la conciliación extrajudicial empieza a ser objeto de regulación en el mismo período, siendo adoptada inicialmente como un mecanismo para resolver reclamos o conflictos entre la administración pública y los ciu-

dadanos. Entidades como el *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* (INDECOPI), el *Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones* (OSIPTEL) o la *Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud* (SEPS), empiezan a establecer así normas e instancias específicas para tal efecto. En noviembre de 1997, el Estado dicta la Ley No. 26.872, o Ley de Conciliación Extrajudicial, declarando de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, a fin de propiciar una cultura de paz. Esta norma se constituirá en la principal fuente de regulación de dicho mecanismo, otorgándole las siguientes características:

a) Se la entiende como un instituto privado, que si bien se fundamenta en la libre voluntad de las partes debe ser ejercida a través de Centros de Conciliación autorizados y supervisados por el Ministerio de Justicia;

b) La limita a derechos individuales de carácter disponible, no siendo conciliables conflictos de carácter penal (salvo la reparación civil) o en los que sea parte el Estado;

c) Le reconoce carácter obligatorio, siendo una etapa previa a la interposición de una demanda civil, laboral o familiar en el sistema judicial, siempre y cuando cumpla con los requisitos fijados en dicha ley;

d) Le da a las actas de conciliación título de ejecución de sentencia, pudiendo ser llevada directamente ante el juez civil en caso de incumplimiento.

Con respecto al arbitraje, desde enero de 1996 se encuentra vigente una Ley General de Arbitraje –Ley No. 26.572–, por la cual pueden someterse a este mecanismo las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse (art. 1). Cabe indicar que, a diferencia de lo que ocurre con la conciliación, pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieren a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público entre sí (art. 2).

Finalmente, con respecto a la negociación, ésta se encuentra regulada principalmente como un mecanismo de solución de disputas entre empresas y organizaciones laborales o trabajadores, a través de la Ley de Negociación Colectiva (Decreto Ley No. 25.593). No existen otras normas que se refieren a esta figura, la que mantiene su naturaleza desregulada, sujeta a la voluntad de las partes, en caso de otras materias o controversias.

Los resultados e impactos logrados por cada uno de estos mecanismos han sido diversos, por lo que cabe dife-

renciar cada caso. Con respecto a la conciliación judicial, por ejemplo, las evaluaciones hechas a las audiencias y actas de conciliación expedidas por fiscales y jueces de paz, en materia de violencia familiar han sido generalmente negativas, lo que ha llevado a criticar esta competencia judicial, especialmente desde las organizaciones de mujeres. Una tendencia distinta, aunque no menos negativa, es la referida a las conciliaciones en materia civil. Durante el proceso de reforma judicial, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial dio un fuerte impulso a esta figura, fijando incentivos económicos a aquellos jueces que llevaran a cabo mayores audiencias conciliatorias. Esto permitió que la conciliación fuera ampliamente utilizada en el sistema de justicia civil, posibilitando de esta manera reducir la carga de juicios, si bien algunos estudios muestran que ello condujo a la imposición de acuerdos a las partes, distorsionando su carácter voluntario.

Con respecto a la conciliación extrajudicial, la falta de voluntad política para darle fuerza a este mecanismo motivó que la Ley 26.872 entrara recién en vigencia en marzo de 2001, aunque en forma parcial, como etapa previa y obligatoria a la interposición de demandas civiles en tres distritos judiciales: Lima, Arequipa y Trujillo. Esta limitación ha generado cierta frustración entre aquellos interesados en la vigencia plena de la norma, si tomamos en cuenta que en julio del presente año se cuenta ya, a nivel nacional, con más de 7.000 conciliadores acreditados, 51 Centros de Formación de Conciliadores, 230 Centros de Conciliación debidamente autorizados y 27

Centros de Conciliación de carácter gratuito gestionados por el Ministerio de Justicia.

Por otro lado, la Secretaría Técnica de Conciliación (STC) del Ministerio de Justicia ha realizado recientemente un diagnóstico sobre el tema que no muestra un panorama favorable al respecto. Por ejemplo, de las 5.701 audiencias de conciliación realizadas entre enero y junio de 2001 ante los centros de conciliación de dicha entidad, sólo culminaron en forma adecuada el 35% de las mismas. Por su parte, de las 3.969 audiencias realizadas en el mismo período por centros privados de conciliación, apenas el 23% terminaron en forma satisfactoria. Asimismo, la STC encontró que el 14% de estos centros de conciliación no estaban en funcionamiento, el 16,1% no tenía registrada ninguna conciliación y el 15,3% no aseguraba la presencia de un abogado al momento de suscribirse el acta de conciliación con acuerdo.

Finalmente, la situación del arbitraje parece ser, en comparación, mucho mejor que el de los otros mecanismos, si bien el uso del mismo parece estar limitado a sectores profesionales y comerciales. Una experiencia importante al respecto es la que viene llevando a cabo el *Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional* de la Cámara de Comercio de Lima, al igual que los centros arbitrales de otras cámaras de comercio de provincias, los que vienen recibiendo apoyo de USAID.

En resumen, el panorama de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Perú parece enfrentar

aún muchas dificultades, siendo evidente que su regulación no ha permitido alcanzar, hasta el momento, la finalidad por la que fueron promovidos desde la década anterior, como es desconcentrar, descongestionar y hacer más ágil la administración de justicia. Las críticas a la manera en que se ha venido utilizando la conciliación en el ámbito judicial, por ejemplo, son una evidencia de la falta de una orientación clara sobre cómo aplicarla e implementarla, más allá de la capacitación de los jueces y fiscales en el manejo de los mismos.

Este problema –que se extiende también al ámbito de la conciliación extrajudicial– parece indicar la necesidad de que el Estado diseñe y aplique una política clara sobre el tema, que apunte a una mayor difusión sobre el uso de los MARCs entre la población, a una capacitación de calidad de árbitros y conciliadores, a la implementación de sistemas de monitoreo que garanticen el respeto de los terceros hacia la voluntad de las partes y, en general, a una mayor participación de la sociedad civil en el proceso de consolidación de estos mecanismos. Ello podría hacerse, por ejemplo, a través de la vinculación de los MARCs con una serie de experiencias que se vienen produciendo a este nivel, como la formación de Mesas de Concertación Institucional en diversas provincias del país, o mediante la formación de Centros Comunales de Conciliación, propuesta hecha por el APRA ante el Congreso de la República. Asimismo, sería necesario el desarrollo de enfoques que permitan el tratamiento adecuado de ciertos conflictos, como los que involucran a mujeres, jóvenes o sectores campesinos.



## **X. URUGUAY**

Roberto Leo, Laura Rosemberg y Joaquín Pieroni.

Como contrapartida de la sobrecarga de tareas de los tribunales de justicia latinoamericanos y su consecuente demora en la resolución de los litigios, en la República Oriental del Uruguay los métodos alternativos de resolución de conflictos muestran un crecimiento lento pero seguro, e indican una tendencia que difícilmente pueda ser revertida.

Este proceso fue alentado por el Banco Interamericano de Desarrollo mediante el otorgamiento de préstamos no reembolsables, dado que el aumento de conflictos significa mayores costos empresarios, menos eficiencia individual y menor competitividad. Por ello, se estima que la demanda de métodos aptos para solucionar controversias será cada vez mayor, como necesidad social y empresarial.

Desde hace dos años se han instaurado en Montevideo en materia civil y cuasi penal (contravención) tribunales de mediación que funcionan dentro del Poder Judicial, con jueces nombrados especialmente para esta nueva experiencia.

El Código General del Proceso prevé como obligatoria la conciliación en la Parte I (Disposiciones Generales), Título IV, Capítulo II.

Las excepciones a dicho régimen se encuentran enumeradas en el artículo 294 (procesos ejecutivos, de amparo, de desalojo urbano y rural, de revisión de precio de arrendamientos rurales, de expropiación, juicios de divorcio, de familia, laborales –en cuyo caso la conciliación se debe intentar por vía administrativa–, concursos, concordato, moratoria, quiebra y liquidación judicial de las sociedades anónimas). En materia penal, la mediación sólo está prevista para el delito de injurias.

Salvo los casos exceptuados, los juzgados no pueden dar curso a ningún expediente sin que el Escribano Actuario anote en la carátula del expediente que se realizó la tentativa de conciliación. En caso de incumplimiento, se apercibirá a quien resulte culpable y se suspenderá el procedimiento hasta que se agregue el recaudo que acredite dicho trámite. No obstante ello, serán válidas las actuaciones ya cumplidas.

Para el caso de desconocerse el domicilio del demandado o que éste resida fuera del departamento en que tiene asiento el juzgado, se podrá dar trámite a la demanda, sin haberse dado cumplimiento a la conciliación previa, si el actor pide que al emplazarse al demandado se lo cite también para el previo juicio conciliatorio.

La asistencia letrada es obligatoria desde el comienzo y hasta su culminación, en todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, salvo en los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 UR –unidades reajustables– (artículo 2 de la Ley 16.995).

La propuesta de conciliación aceptada por las partes o los convenios hechos por ellas ante el Juez de Paz, tienen fuerza ejecutoria entre las personas obligadas y ante el juez competente. Cuando se trate de derechos del menor o incapaz, el convenio será sometido por el representante legal a la aprobación del tribunal competente, so pena de nulidad.

Por su parte, el artículo 223 del mencionado código faculta a las partes a conciliar o transar la *litis* en cualquier estado del proceso, antes de que exista sentencia ejecutoriada.

Otra forma alternativa de solución de conflictos es el arbitraje, previsto en el artículo 472 del Código General del Proceso. A diferencia de la conciliación, este modo de resolver las controversias puede ser voluntario y ello puede decidirse al celebrar un contrato o en un acto posterior, y es posible hacerlo aún respecto a las controversias surgidas entre las partes durante un juicio y en cualquier estado de éste. El compromiso asumido de someter la controversia a un arbitraje supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones derivadas de la celebración del contrato.

La prueba ante los árbitros se rige, salvo convenio en contrario entre partes, por el procedimiento del Código General del Proceso. Los árbitros podrán requerir la colaboración de los tribunales ordinarios cuando los testigos rehusaren presentarse voluntariamente a declarar, cuan-

do se necesitaren informes que sólo pudieran darse por mandato judicial, o fuere necesaria la asistencia de la fuerza pública.

A fin de dar respuesta a particulares situaciones de conflicto, los legisladores confiaron en la conciliación y el arbitraje como el mecanismo adecuado para reestablecer el orden social alterado.

En dicho sentido, la Ley 10.440 establece la creación de un Jurado de Conciliación y Arbitraje en cada departamento de la República respecto del precio y demás condiciones de los contratos de arrendamiento de predios destinados a explotación agrícola o ganadera; cuando se denuncie que el contrato no guarda relación con la situación económica de los mismos predios, en la medida en que la situación sea consecuencia directa de la sequía que afecte al territorio nacional.

Como antecedente de igual política en la solución de controversias, cabe citar a la Ley 10.427 por la que se creó un Tribunal de Conciliación y Arbitraje compuesto de seis miembros, a los efectos de resolver un pedido de aumento de salarios para el caso de los obreros despedidos por la Sociedad Comercial de Montevideo. A tal efecto, el tribunal poseía diversas atribuciones: examinar los libros de contabilidad de la empresa, requerir informes y recibir las declaraciones que estimara necesarias.

Actualmente en el área laboral, la Organización Internacional del Trabajo, en una estrecha coordinación

con el servicio de relaciones laborales y legislación del trabajo y con el apoyo del ETM Santiago, Oficina Buenos Aires, realizó un Taller sobre Mediación dirigido a funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del Uruguay, haciendo uso del Manual de Mediación elaborado por LEG/REL. Esta actividad contribuyó a la formación de mediadores en conflictos colectivos, algunos de los cuales a su vez estarían en condiciones de multiplicar las acciones de formación.

En el área internacional, específicamente para el caso de las negociaciones extra fronteras, y en atención a la creación de mercados comunitarios, se hizo necesaria la creación de organismos para dirimir las controversias manteniendo la neutralidad, que en razón del conflicto de intereses ya no se reconoce a los tribunales locales.

En efecto, a fin de favorecer la inversión y el comercio en el país y en la región, en especial la integrada en el ámbito del MERCOSUR, se cuenta con el *Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR* de la Bolsa de Comercio del Uruguay.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son administrados por el *Centro de Conciliación y Arbitraje* y se encuentran a disposición de los empresarios y comerciantes para que puedan resolver sus controversias en forma rápida, segura, confiable y económica.

El Centro tendrá conocimiento cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias que surjan entre ellas darán lugar a conciliación, de acuerdo con el procedimiento del Centro de Conciliación y Arbitraje; o que una de las partes acuda unilateralmente al Centro, a los efectos de requerir la intervención del mismo en un procedimiento de conciliación a los efectos de resolver el conflicto que mantiene con su contraparte.

Los árbitros o conciliadores pueden ser designados por las partes o por el Centro, conforme lo pactado.

A su vez, la República Oriental del Uruguay suscribió la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que es aplicable a las resoluciones dictadas en procesos civiles, comerciales o laborales. Al momento de ratificación, los Estados firmantes pueden hacer reservas conforme lo normado en el art. 1 de la presente Convención o, por el contrario, hacerlas aplicables también a las resoluciones que den fin al proceso, o a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional, o a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados de un delito.

La República Oriental del Uruguay manifestó que ratifica de modo expreso esta Convención sin reservas, reafirmando su espíritu, decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto al efectivo desarrollo de la comunidad.

Con el objeto de consolidar el desarrollo de los institutos que ofrecen una alternativa diferente a las soluciones brindadas por el Estado, a través de un convenio, la Bolsa de Comercio, el BID y la Fundación Libra, capacitaron a aproximadamente a 200 mediadores, quienes realizaron un curso introductorio, entrenamiento y pasantías en Buenos Aires.

Como resultado de dicho emprendimiento, algunos mediadores participaron en la creación de la Asociación Uruguay de Profesionales en Resolución Alternativa de Disputas, que desarrolló un programa de mediación para escuelas, llamado "*Recuperando Valores*" (1998).

Esta actividad se encuentra diseñada a efectos de construir una cultura de mediación, desde la primera instrucción de la persona. Funciona de manera eficiente en relaciones problemáticas entre compañeros. La experiencia resultó positiva tanto para los alumnos como para los centros educativos y logró el apoyo institucional de la Dirección e Inspección (que regula los claustros estudiantiles). En vista de ese apoyo, se realizó un curso introductorio de mediación dirigido a los maestros, donde se trabajó sobre conflictos, comunicación e introducción y la negociación colaborativa; el que se celebró en varias escuelas dentro del marco de los proyectos MECAEP.

En otro ámbito, la Corte de Justicia –en un convenio con el Ministerio de Salud Pública– creó los Centros de Mediación del Poder Judicial, con el objeto de que accedan a la justicia personas de escasos recursos.

En este orden de ideas, se desarrolló en Montevideo un seminario del que participaron importantes especialistas de distintos ámbitos vinculados a la salud y a la justicia, que se reunieron para analizar los posibles métodos alternativos a la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores de servicios de salud.

Se destacó en los talleres las ventajas de esta opción, que aporta una mayor satisfacción en el resultado que se logra, al ser éste el fruto de la búsqueda y elaboración de una solución con la participación de los propios involucrados; a la vez que se mitigan los perjuicios, inconvenientes y el sufrimiento emocional que provoca a ambas partes la concurrencia a las instancias judiciales.

Como desventajas del sistema, algunos señalaron la ausencia de normas que impongan la obligación de la negociación previa y, en segundo lugar, la no aplicación en la vía de hecho de las sanciones procesales previstas para quienes no concurren a las instancias de mediación.

Respecto las propuestas diseñadas, debe señalarse que se consideró necesario propender en una primera etapa, a nivel de las instituciones públicas o privadas, a la creación de una estructura específica y especializada de negociación entre usuarios e instituciones que procuren evitar conflictos; se estimó que la mediación debería ser obligatoria; se apreció necesaria la difusión de los Centros de Mediación del Poder Judicial y que en el futuro se intenten crear centros similares en el sector privado.



En resumen, todo parece confirmar que las transformaciones que se han llevado a cabo son apenas el comienzo de una modificación de un sistema de justicia ideado para una sociedad más estática y menos conflictiva.

Razones de costo-oportunidad y otras atinentes a la naturaleza de los conflictos y a la diferenciación y complejidad social, obligan a considerar mecanismos alternativos al jurisdiccional. Esos mecanismos no son uniformes y poseen distintas funciones, según el tipo de conflicto o el área del ordenamiento al que se pretenda aplicar.

La tutela de los derechos se plantea de una manera distinta según se trate de cuestiones civiles, en un sentido amplio, o de cuestiones penales. Estas últimas, tienen relación más directa con bienes indisponibles y con las garantías de un estado de derecho democrático. En razón de ello, interesa al Estado disponer de un sistema de tutela y juzgamiento garantista. En el área criminal se enfatiza la tutela jurisdiccional. En la civil, en cambio, la oferta de tutela se diversifica.