

Arbitraje y Mediación en las Américas

PARTICIPANTES

Universidad de Buenos Aires y Fundación LIBRA • Cámara Italiana de Comercio en Mendoza, Argentina • Universidad Mayor de San Simón • Universidad Privada Boliviana • Universidad Federal de Santa Catarina • Universidad de Brasilia • Universidad de Chile • Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio • Cámara de Comercio de Medellín • Universidad del Rosario • Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica • Corte Suprema de Justicia de Costa Rica • Universidad de Cuba • Corte de Arbitraje Cubana • Universidad Católica de Guayaquil • Hamline University • Universidad Rafael Landívar • Centro de Conciliación y Arbitraje de Honduras • Universidad Autónoma de Honduras • Universidad Autónoma de Nuevo León, Cuerpo Académico Derecho Comparado • Universidad Politécnica de Nicaragua • Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social • Centro de Mediación del Supremo Tribunal de Justicia de Panamá • Universidad Nacional de Asunción • Universidad Americana de Paraguay • Universidad de la República de Uruguay • Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay y de la Bolsa de Comercio de Montevideo • Universidad Católica Andrés Bello • Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.



Arbitraje y Mediación en las Américas

COORDINADORES

Dr. Juan Enrique Vargas Viancos
Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez



Arbitraje y Mediación en las Américas

COORDINADORES

Dr. Juan Enrique Vargas Viancos

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez



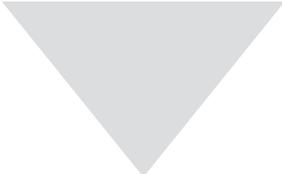
© Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
Holanda 2023, Providencia
Santiago, Chile
Tel. + (562) 2742933
Fax: + (562) 3415769
www.cejamericas.org <<http://www.cejamericas.org>>

Universidad Autónoma de Nuevo León, UANL
Facultad de Derecho y Criminología de la UANL
San Nicolás de los Garza, Nuevo León. México
Phone: +52(81) 8329-4601
Fax: +52(81) 8329-4626
<http://www.facdyc.uanl.mx/>

Equipo Editorial:
Andrea Cabezón P. (Coordinadora de Edición)
Sandra Araneda y Elizabeth Rodríguez

ISBN: 956-8491-10-4
Registro de Propiedad Intelectual: 156.942

Diseño e impresión:
Alfabetas Artes Gráficas
Fono Fax: 551-5657
Carmen 1985 - Santiago



ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRESENTACIÓN | 19 |
| MENSAJE | 21 |
| METODOLOGÍA Y JUSTIFICACIÓN DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LAS AMÉRICAS <i>Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez</i> | 23 |
| 1. Introducción | 23 |
| 2. Resumen del proyecto | 24 |
| 3. Planteamiento del problema e hipótesis | 24 |
| 4. Antecedentes | 26 |
| 5. Objetivos y metas | 27 |
| 6. Metodología | 27 |
| 7. Técnicas | 28 |
| 8. Formación de recursos humanos | 28 |
| Capítulo 1 HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA CULTURAL EN RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS. EL MODELO DE LA “MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA, ANEXA O CONECTADA CON TRIBUNALES CIVILES Y COMERCIALES EN ARGENTINA” DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA <i>Dra. Gladys Stella Álvarez</i> | 29 |
| 1. Introducción | 29 |

| | |
|---|----|
| 2. El modelo argentino de mediación prejudicial obligatoria conectado a los Juzgados Nacionales Civiles y Comerciales de la Nación y Juzgados Civiles y Comerciales Federales | 32 |
| 2.1. Contexto histórico | 32 |
| 2.2. Características | 33 |
| 2.2.1. Aclaración previa | 33 |
| 2.2.2. El modelo de la ley nacional de mediación y conciliación (Ley 24.537 y sus prórrogas) | 33 |
| 2.2.3. Evaluación del sistema | 34 |
| 3. Indicadores de cambio de cultura | 35 |
| 4. Conclusiones | 37 |

Capítulo 2

EL ORDEN FEDERAL Y LOS ARBITRAJES DE LOS TRIBUNALES DEL C.I.A.D.I. EN ARGENTINA

| | |
|-------------------------------------|----|
| <i>Alejandro Pérez Hualde</i> | 39 |
|-------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 39 |
| 2. El caso sometido al Tribunal Arbitral CIADI | 43 |
| 2.1. La doctrina del laudo del Tribunal Arbitral | 44 |
| 2.2. La doctrina del Comité ad hoc | 45 |
| 2.3. El orden federal y el arbitraje ante el CIADI | 46 |
| 2.4. La Nación y los tratados internacionales | 48 |
| 2.5. El alcance material del Tribunal Arbitral del CIADI | 50 |
| 2.5.1. El alcance definido en el mismo fallo del Tribunal Arbitral | 50 |
| 2.5.2. El alcance en el laudo del Comité ad hoc en su resolutivo de nulidad | 51 |
| 2.5.3. Conclusión crítica | 51 |
| 3. Consecuencias de la desvinculación del contrato causa de la inversión | 52 |
| 4. Conclusiones | 53 |

Capítulo 3

SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN ARGENTINA

| | |
|---|----|
| <i>Dra. Denise Lorena Los Pacheco</i> | 57 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1. Historia de los métodos alternos de solución de conflictos | 57 |
| 2. Dónde estamos | 60 |
| 3. Hacia adónde vamos | 62 |
| 4. Conclusiones | 64 |

| | |
|--|-----|
| Capítulo 4 | |
| EVOLUÇÃO RECENTE DA ARBITRAGEM NO BRASIL | |
| <i>Welber Barral</i> | 67 |
| Capítulo 5 | |
| LA MEDIACIÓN EN BRASIL | |
| <i>André Gomma de Azevedo</i> | 73 |
| 1. Introducción | 73 |
| 2. Perspectivas autocompositivas del Derecho procesal, la mediación forense en Brasil y su lenta transición hacia procesos constructivos | 79 |
| 3. Tendencias de la autocomposición en Brasil | 86 |
| 4. Conclusiones | 88 |
| 5. Bibliografía | 94 |
| Capítulo 6 | |
| ARBITRAJE DOMÉSTICO E INTERNACIONAL EN CHILE: EN BÚSQUEDA DE LA ARMONÍA | |
| <i>Elina Mereminskaya</i> | 97 |
| 1. Introducción | 97 |
| 2. Principales rasgos del arbitraje doméstico | 98 |
| 3. Naturaleza del arbitraje doméstico e internacional..... | 105 |
| 4. Incorporación del arbitraje comercial internacional en el sistema jurídico chileno y su relación con la justicia ordinaria..... | 106 |
| 5. Epílogo | 111 |
| 6. Bibliografía | 111 |
| Capítulo 7 | |
| EVOLUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS CIVILES Y COMERCIALES EN CHILE | |
| <i>Karin Helmlinger Casanova</i> <i>Javier Cruz Tamburrino</i> | 115 |
| 1. Consideraciones generales acerca de los métodos alternativos de resolución de controversias en Chile | 115 |
| 2. La negociación: Un enfoque preventivo | 118 |
| 3. La mediación: un eficaz espacio de protección | 119 |
| 4. La conciliación: necesaria en el arbitraje | 120 |
| 5. Las ventajas del arbitraje institucional | 121 |
| 6. Los avances en el ámbito internacional | 123 |
| 7. Conclusiones | 125 |

Capítulo 8

¿POR QUÉ EN COLOMBIA SE HABLA DE CONCILIACIÓN Y NO DE MEDIACIÓN?

Dra. Bibiana Bernal Mesa

Federico Restrepo Serrano127

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 127 |
| 2. Mediación y conciliación: diferencias y similitudes | 128 |
| 2.1. Definiciones | 128 |
| 2.1.1. ¿Qué es la mediación? | 128 |
| 2.1.2. ¿Qué es la conciliación? | 129 |
| 2.2. Clasificación | 130 |
| 2.2.1. Clases de mediación | 130 |
| 2.2.2. Clases de conciliación | 131 |
| 2.3. Asuntos mediables y asuntos conciliables | 132 |
| 2.3.1. Asuntos que se pueden mediar | 132 |
| 2.3.2. Asuntos que se pueden conciliar | 132 |
| 2.4. El mediador y el conciliador | 133 |
| 2.4.1. La figura del mediador | 133 |
| 2.4.2. La figura del conciliador | 134 |
| 2.5. Mediación y conciliación: una relación de género a especie | 136 |
| 3. Algunos problemas de la conciliación en Colombia | 137 |
| 3.1. ¿En Colombia cumple o no el conciliador funciones jurisdiccionales? | 139 |
| 3.2. ¿En Colombia existe un divorcio entre la justicia formal y la informal? | 139 |
| 3.3. ¿En Colombia resulta eficaz la figura de la conciliación respecto de la resolución de los conflictos de los ciudadanos? | 140 |
| 4. Conclusiones | 141 |

Capítulo 9

EL ARBITRAMENTO EN COLOMBIA

Dr. Carlos Andrés Uribe Piedrahita143

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 143 |
| 2. La jurisdicción arbitral en Colombia y su panorama normativo | 143 |
| 3. Visión constitucional del arbitraje | 147 |
| 3.1. La voluntariedad del arbitraje | 148 |
| 3.2. La temporalidad del arbitraje | 150 |
| 3.3. La excepcionalidad del arbitraje | 150 |
| 3.4. La supeditación a la ley del arbitraje | 152 |
| 3.5. Derechos sobre los que versa el arbitraje | 152 |

| | | |
|------|---|-----|
| 4. | Principios de la autonomía del pacto arbitral y el principio de Kompetenz - Kompetenz | 153 |
| 4.1. | Principio de la autonomía del pacto arbitral | 153 |
| 4.2. | Principio de Kompetenz - Kompetenz | 155 |
| 5. | Breve descripción del proceso arbitral | 157 |
| 6. | Conclusiones | 158 |
| 7. | Bibliografía | 159 |

Capítulo 10

EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL EN COSTA RICA

| | |
|--|-----|
| <i>Dr. Roberto Yglesias Mora</i> | 161 |
|--|-----|

| | | |
|-----|--|-----|
| 1. | Introducción | 161 |
| 2. | Concepto | 162 |
| 3. | Planteamiento del problema | 162 |
| 4. | Naturaleza jurídica de la fase prearbitral | 163 |
| 5. | Actos prearbitrales primarios | 163 |
| 6. | Actuaciones prearbitrales secundarias | 164 |
| 7. | El requerimiento arbitral | 164 |
| 8. | La designación del árbitro o del Tribunal Arbitral | 165 |
| 9. | La aceptación del árbitro o Tribunal Arbitral | 166 |
| 10. | La recusación del árbitro | 168 |
| 11. | La interpretación de la cláusula o acuerdo arbitral | 169 |
| 12. | Autorizaciones administrativas y trámites burocráticos | 171 |
| 13. | La intervención de terceras partes | 171 |
| 14. | Fin de la fase prearbitral | 173 |

Capítulo 11

LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS EN COSTA RICA

| | |
|----------------------------------|-----|
| <i>Rolando Vega Robert</i> | 175 |
|----------------------------------|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | Introducción | 175 |
| 2. | El desafío de los sistemas judiciales ante el congestionamiento | 177 |
| 3. | Breve reseña del RAC en Centroamérica | 178 |
| 4. | La experiencia del RAC en Costa Rica | 180 |
| 4.1. | Antecedentes generales | 180 |
| 4.2. | Promulgación de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social | 181 |
| 4.3. | Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos | 182 |
| 4.4. | Centros privados de solución de controversias | 182 |
| 5. | Desarrollo de la conciliación judicial | 184 |
| 6. | Hacia una cultura de paz | 188 |
| 7. | Conclusiones | 190 |

| | |
|-----------------------|-----|
| 8. Bibliografía | 192 |
|-----------------------|-----|

Capítulo 12

ESTRATEGIAS Y TÁCTICAS DEL MEDIADOR COMERCIAL

| | |
|---|-----|
| <i>Dr. Armando Castanedo Abay</i> | 193 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 193 |
| 2. Macroobjetivos del mediador comercial. ¿Qué llega?; ¿qué actúa?; ¿qué sale?; a, en y de | 194 |
| 3. El camino “alfombrado” del mediador hacia una relación comercial conflictual | 195 |
| 4. Presupuestos básicos y manejo del conflicto comercial por el mediador especializado | 198 |
| 5. Objetivos procedimentales del mediador comercial en su actuación profesional | 200 |
| 5.1. Consejos prácticos | 201 |
| 5.1.1. Tomar el control del argumento base, provocando un sentimiento de seguridad en los clientes | 201 |
| 5.1.2. Estableciendo distancias negociadoras entre los mediados, o la determinación de necesidades apartando estas de los deseos y los caprichos de los mediados | 202 |
| 6. La utilización del canal comunicacional por el mediador comercial | 203 |
| 6.1. La manera física y expresiva que utilizan los mediados ofrece más información crítica para el proceso de mediación que sus propias palabras | 204 |
| 6.2. El discurso de generalización y el de especificación | 204 |
| 6.3. La interpretación de las percepciones | 205 |
| 6.4. El dominio del proceso dialógico cooperativo | 206 |
| 7. Conclusiones | 207 |
| 8. Bibliografía | 208 |

Capítulo 13

LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO ARBITRAL. UNA VISIÓN PANORÁMICA A LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

| | |
|--|-----|
| <i>Dr. Ernesto Salcedo Verduga</i> | 209 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 209 |
| 2. Los árbitros tienen facultades jurisdiccionales | 211 |
| 3. Características y requisitos de las medidas cautelares | 215 |
| 4. Principales fuentes normativas que determinan el régimen de asistencia judicial a las medidas cautelares en el ámbito latinoamericano | 218 |

| | |
|---|-----|
| 5. El órgano competente para ordenar medidas cautelares | 219 |
| 6. Ley aplicable al procedimiento arbitral | 222 |
| 7. Medidas cautelares a solicitar antes del inicio del arbitraje | 223 |
| 8. Medidas cautelares posteriores al inicio del proceso arbitral, pero antes de la constitución del Tribunal | 224 |
| 9. Medidas cautelares a adoptarse con posterioridad a la constitución del Tribunal | 224 |
| 10. Medidas posteriores a la expedición del laudo | 225 |
| 11. Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje del Ecuador | 225 |
| 12. Conclusiones y propuestas | 228 |
| 13. Bibliografía | 230 |

Capítulo 14

INTERNATIONAL COMMERCIAL NEGOTIATION AND ARBITRATION

| | |
|-----------------------------|-----|
| <i>Joseph L. Daly</i> | 231 |
|-----------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| 1. Introduction | 231 |
| 2. Negotiation necessities | 231 |
| 2.1. Getting to yes | 231 |
| 2.2. Effective Legal Negotiations and Settlement | 235 |
| 2.3. Preparation for Negotiation | 236 |
| 2.3.1. Targets | 236 |
| 2.3.2. Opening Position | 237 |
| 2.3.3. BATNA and WATNA | 237 |
| 2.4. Interests and Positions | 238 |
| 2.5. Creating Options | 238 |
| 3. Stages of negotiation | 239 |
| 3.1. Orientation | 239 |
| 3.2. Information Stage | 240 |
| 3.3. Competitive Stage | 240 |
| 3.4. Crisis Stage/Closing Stage | 241 |
| 3.5. Cooperative Stage | 241 |
| 4. Transnational and cross cultural negotiations | 242 |
| 4.1. Lescant | 243 |
| 4.1.1. Language [L] | 243 |
| 4.1.2. Environment and Technology [E] | 243 |
| 4.1.3. Social Organization [S] | 244 |
| 4.1.4. Contexting and Face-Saving [C] | 245 |
| 4.1.5. Authority Conception [A] | 245 |
| 4.1.6. Non Verbal Communications and Face-to-Face Negotiations [N] | 246 |
| 4.1.7. Time [T] | 246 |
| 4.2. Choice of Law; Choice of Forum and Choice of Dispute Resolution Mechanism | 246 |

| | |
|---|-----|
| 4.3. Negotiation as a Healing Process | 247 |
| 5. Arbitration of international disputes | 247 |
| 5.1. How International Business Resolves Conflict | 247 |
| 5.1.1. Charter of United Nations | 247 |
| 5.1.2. United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award ("New York Convention") | 248 |
| 5.2. Ad Hoc Arbitration | 250 |
| 5.3. Institutional Administered Arbitration | 251 |
| 5.4. Terms of Reference | 252 |
| 5.5. Sample Arbitration Clauses | 253 |
| 6. Conclusions | 257 |

Capítulo 15

LOS ÁRBITROS Y EL *IUS IMPERIUM*. ¿COMPATIBLES O INCOMPATIBLES?

MA. Álvaro R. Castellanos Howell 259

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 259 |
| 2. El acceso y la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos como derecho fundamental | 261 |
| 3. Naturaleza jurídica de las funciones del árbitro | 265 |
| 4. Facultad de decretar medidas cautelares o medidas anticipatorias | 269 |
| 5. Comentarios a iniciativa de ley sobre métodos alternativos de solución de controversias sobre el tema de medidas cautelares y anticipatorias | 271 |
| 6. Conclusión | 274 |

Capítulo 16

LA CONCILIACIÓN EN HONDURAS

Mario A. Bustillo Muñoz 277

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 277 |
| 2. Antecedentes históricos de la conciliación en Honduras | 279 |
| 3. Legislaciones que regulan la conciliación en Honduras | 281 |
| 4. De la conciliación | 283 |
| 4.1. Concepto | 283 |
| 4.2. Elementos importantes de la conciliación | 283 |
| 4.3. Asuntos conciliables | 284 |
| 5. Clases de conciliación | 284 |
| 5.1. Conciliación judicial | 284 |
| 5.2. Conciliación extrajudicial | 286 |
| 6. De los conciliadores | 289 |

| | |
|--|-----|
| 7. Conclusión del procedimiento conciliatorio | 290 |
| 8. Actas de conciliación | 290 |
| 9. Validez y efectos del acuerdo conciliatorio | 291 |
| 10. Conclusiones y recomendaciones | 291 |
| 11. Bibliografía | 292 |

Capítulo 17

EL ARBITRAJE EN HONDURAS

| | |
|---|-----|
| <i>Dr. José María Díaz Castellanos</i> | 295 |
| 1. Antecedentes constitucionales | 295 |
| 2. La reforma en la legislación Hondureña | 296 |
| 3. Generalidades | 296 |
| 4. El convenio arbitral | 297 |
| 5. Los árbitros | 298 |
| 6. Del procedimiento arbitral | 298 |
| 7. Del laudo arbitral | 299 |
| 8. De los recursos | 299 |
| 9. Ejecución del laudo | 300 |
| 10. De los centros de conciliación y arbitraje | 300 |
| 11. El arbitraje internacional. Los convenios ratificados por Honduras | 300 |
| 12. Conclusiones y propuestas | 301 |
| 13. Bibliografía | 303 |

Capítulo 18

PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

| | |
|---|-----|
| <i>Dr. José Guillermo García Murillo</i> <i>Mtro. Luis Héctor Gómez Bivian</i> | 305 |
| 1. Introducción | 305 |
| 2. Marco conceptual | 306 |
| 3. Los fundamentos constitucionales y el arbitraje | 310 |
| 4. Tratados internacionales suscritos por México | 311 |
| 5. Conclusiones | 313 |
| 6. Bibliografía | 315 |

Capítulo 19

LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

| | |
|--|-----|
| <i>José Benito Pérez Saucedo</i> | 317 |
| 1. Introducción | 317 |
| 2. El principio | 318 |
| 3. Crisis de la vía Jurisdiccional | 319 |

| | |
|--|-----|
| 4. Centros de mediación en México | 320 |
| 5. Culturización para obtener la solución | 321 |
| 6. De las leyes de mediación, conciliación y demás métodos alternos | 322 |
| 7. Regulación de los MASC en las entidades federativas | 325 |
| 8. Evolución | 327 |
| 9. Conclusiones | 329 |
| 10. Bibliografía | 330 |

Capítulo 20

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL

| | |
|---|-----|
| <i>Lic. Rosa Guadalupe Esparza Macías</i> | 331 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 331 |
| 2. La conciliación como institución jurídica | 332 |
| 3. La conciliación en materia penal | 334 |
| 4. Reforma integral en el Estado de Nuevo León | 336 |
| 5. Conclusión | 339 |

Capítulo 21

MEDIACIÓN EN NICARAGUA. COMENTARIOS A SU APLICACIÓN

| | |
|--|-----|
| <i>MSC. Alejandro José Castillo Zepeda</i> | 341 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 341 |
| 2. La mediación y su reglamento. Comentario general | 342 |
| 3. La mediación y su aplicación | 344 |
| 4. Análisis de la mediación en casos concretos | 345 |
| 4.1. La mediación y la reconvencción | 345 |
| 4.2. La mediación y algunos juicios especiales | 346 |
| 4.2.1. Del deslinde y amojonamiento | 346 |
| 4.2.2. Cancelación y reposición de títulos de crédito | 347 |
| 5. Conclusiones y propuestas | 348 |
| 6. Bibliografía | 349 |

Capítulo 22

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LAS AMÉRICAS. TEORÍA Y PRÁCTICA.

CASO NICARAGUA

| | |
|--------------------------------------|-----|
| <i>Donald José Alemán Mena</i> | 351 |
|--------------------------------------|-----|

| | |
|--------------------------|-----|
| 1. Introducción | 351 |
| 2. Del arbitraje | 351 |
| 3. La mediación | 356 |
| 4. Conclusión | 357 |
| 5. Recomendaciones | 357 |

Capítulo 23

LA MEDIACIÓN EN PANAMÁ

Mgter. Ricaurte Soler Mendizábal 359

1. Introducción 359
2. El Decreto Ley N° 5 del 8 de julio de 1999, que regula el arbitraje, la conciliación y la mediación 360
 - 2.1. El mediador 360
 - 2.2. Confidencialidad e imparcialidad del mediador 362
 - 2.3. La mediación en Panamá es pública o privada 362
3. Centros de mediación del órgano judicial de Panamá 363
 - 3.1. Proceso administrativo de los Centros de Mediación 365
 - 3.2. El acuerdo 366
4. La mediación judicial en Panamá 368
 - 4.1. Experiencia de la mediación penal 368
 - 4.2. Casos prácticos de mediación penal 369
 - 4.3. Proceso de mediación civil 370
5. Fases para implementar la mediación judicial 371
6. Dificultades y soluciones de la mediación en Panamá 372
7. Conclusiones 373
8. Bibliografía 374

Capítulo 24

EL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR

Carlos A. Filartiga Lacroix 375

1. Introducción 375
2. El arbitraje privado en el MERCOSUR 378
3. El arbitraje en el derecho internacional público del MERCOSUR.
Tratado de Asunción, Principales Protocolos: Brasilia, Colonia,
Las Leñas, Ouro Prêto y Olivos 380
4. Reflexiones finales 384
5. Bibliografía 387

Capítulo 25

LA NECESIDAD DE RECONOCER EL CONFLICTO

María del Pilar Callizo 389

1. Introducción 389
2. El conflicto y la sociedad 390
3. El conflicto y su relación con los medios alternos 391
4. Los medios alternos en el Paraguay 395
5. Centro de Arbitraje y Mediación 395
 - 5.1. Antecedentes 395

| | | |
|------|--|-----|
| 6. | Oficina de Mediación del Poder Judicial | 396 |
| 6.1. | Antecedentes y datos estadísticos de su implementación | 396 |
| 7. | La regionalización de los mercados | 398 |
| 8. | Mediación internacional en el ámbito del MERCOSUR | 399 |
| 9. | Bibliografía | 400 |

Capítulo 26

LA NEGOCIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Dr. Teodosio A. Palomino 403

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Introducción | 403 |
| 2. | Formas de resolver un conflicto | 404 |
| 3. | Los denominados mecanismos alternativos de resolver controversias: (MARC'S) | 406 |
| 4. | La negociación | 409 |
| 5. | Tipos de negociación | 410 |
| 6. | Negociación en base a principios: Método de negociación desarrollado por la Universidad de Harvard | 411 |
| 7. | Reconocimiento legal de los MARC'S y de la negociación | 414 |
| 8. | Conclusiones | 415 |

Capítulo 27

LA MEDIACIÓN: EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Susai Ginzo Carrera 417

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | Introducción | 417 |
| 2. | Generalidades | 418 |
| 3. | Definiciones | 418 |
| 4. | Legislación nacional | 420 |
| 5. | Sistemas de resolución de conflictos | 422 |
| 5.1. | La conciliación | 422 |
| 5.2. | La mediación | 423 |
| 6. | Centro de resolución de conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay: La mediación | 425 |
| 7. | Conclusiones | 429 |
| 8. | Bibliografía | 431 |

Capítulo 28

URUGUAY: EN LA BÚSQUEDA DE UNA POLÍTICA DE ESTADO EN MATERIA DE ARBITRAJE

Dr. Rubén B. Santos Belandro 433

| | | |
|----|--------------------|-----|
| 1. | Introducción | 433 |
|----|--------------------|-----|

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | El Código General del proceso | 435 |
| 3. | El arbitraje interno | 435 |
| 3.1. | Ámbito de aplicación | 435 |
| 3.2. | El acuerdo arbitral | 436 |
| 3.3. | El compromiso arbitral | 437 |
| 3.4. | La autonomía de la cláusula compromisoria | 438 |
| 3.5. | El árbitro | 439 |
| 3.6. | El procedimiento arbitral | 441 |
| 3.7. | El laudo arbitral y los recursos contra el mismo | 442 |
| 4. | Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros | 443 |
| 5. | La jurisprudencia estatal en materia arbitral | 443 |
| 6. | Conclusiones | 447 |

Capítulo 29

LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y LA PRÁCTICA EN VENEZUELA: UNA PERSPECTIVA DE SU SITUACIÓN ACTUAL Y UNA PROPUESTA PARA SU DESARROLLO

Marcos R. Carrillo Perera 449

| | | |
|--------|--|-----|
| 1. | Introducción | 449 |
| 2. | Precisión conceptual | 450 |
| 3. | Fundamento constitucional | 451 |
| 4. | La mediación en la legislación y la práctica de derecho privado y social venezolano | 453 |
| 4.1. | Relaciones de carácter prejudicial | 454 |
| 4.1.1. | La mediación en los contratos | 454 |
| 4.1.2. | La transacción extrajudicial | 455 |
| 4.1.3. | Procedimientos de conciliación institucional | 456 |
| 4.1.4. | Familia, niños y adolescentes | 457 |
| 4.1.5. | Área laboral | 458 |
| 4.2. | Relaciones parajudiciales | 459 |
| 4.2.1. | El arbitraje | 459 |
| 4.2.2. | La conciliación en el CEDCA | 460 |
| 4.2.3. | La Justicia de Paz | 460 |
| 4.3. | Relaciones intrajudiciales | 461 |
| 4.3.1. | La conciliación judicial | 461 |
| 4.3.2. | Procedimiento de divorcio | 462 |
| 4.3.3. | Procedimiento especial de alimentos y guarda de la LOPNA | 462 |
| 4.3.4. | ¿Por qué no han funcionado estas formas de mediación? | 462 |
| 4.3.5. | La mediación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) | 463 |

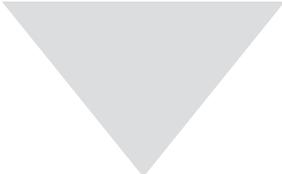
| | |
|---|-----|
| 4.4. Relaciones postjudiciales | 466 |
| 5. Conclusiones y recomendaciones | 466 |

Capítulo 30

ARBITRAJE COMERCIAL EN VENEZUELA

| | |
|------------------------------------|-----|
| <i>Irene Cirino Fasanaro</i> | 469 |
|------------------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 469 |
| 2. Materias susceptibles de arbitraje | 470 |
| 3. Acuerdo de arbitraje | 473 |
| 4. Excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria | 478 |
| 5. Medidas cautelares | 483 |
| 6. Amparo contra laudo | 484 |
| 7. Conclusiones | 485 |
| 8. Bibliografía | 486 |



PRESENTACIÓN

Uno de los problemas que han manifestado tradicionalmente las políticas públicas judiciales ha sido contar con soluciones extremadamente restringidas para problemas variados y complejos. La solución por excelencia ante los conflictos de relevancia jurídica ha sido a través de la vía judicial. Al interior de los tribunales, los procedimientos han sido desarrollados pensando en los casos más complicados, dando así lugar a numerosos trámites, incidentes o excepciones de forma tal que ninguna situación quede sin ser contemplada y sin contar con una vía para su solución. Ello en circunstancias que el 90% de los casos que entra al sistema judicial no es complicado, sino bastante simple y estandarizado. Solo en la justicia civil las cobranzas judiciales representan en la región en torno al 70% de los ingresos y en ellas muy rara vez hay oposición por parte del deudor, generándose así un verdadero litigio entre las partes. El hecho entonces es que en la gran mayoría de los casos hay una inadecuación entre el problema y su solución, lo cual, en términos de políticas públicas, es costoso e ineficiente. Sería lo mismo que construyéramos autopistas de alta velocidad, caras y sofisticadas, para andar en ellas en bicicleta.

No es simple dotar a los procedimientos judiciales de la suficiente flexibilidad para adaptarlos a las particularidades de cada caso. Los procedimientos –para disminuir costos de transacción– vienen preestablecidos en la ley desde mucho antes que se generen los conflictos en los que deberán aplicarse. No resulta tampoco eficiente, desde el punto de vista de la administración del sistema, crear una batería demasiado extensa de procedimientos diversos. Más adecuado parece ser entregarles a las partes, cuando tienen la voluntad y están en condiciones de hacerlo, la posibilidad de acordar vías más simples y expeditas para resolver sus conflictos, en el momento en que ellos se generan. Aquí surge la primera gran motivación

para impulsar políticas públicas judiciales que alienten aumentar la oferta de tutela jurídica desarrollando los denominados “Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos” o MASC. Desde esta perspectiva, los MASC tienen dos ventajas muy claras, permiten ajustar las características del mecanismo de resolución a las particularidades del conflicto, lográndose así soluciones más rápidas, baratas y adecuadas; pero también facilitan identificar a las partes que están dispuestas y en condiciones de asumir directamente los costos de resolver sus conflictos y por ende adjudicarles a ellas mismas su financiamiento. En otros términos, se cumplen así los dos objetivos centrales de cualquier política pública, por una parte lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y, por la otra, focalizar los mismos en los sectores que más los necesitan.

Pero no solo por esas razones es conveniente incluir a los MASC dentro de una política más diversa de oferta de tutela jurídica. También lo es porque algunos de ellos escapan a la lógica judicial de la adjudicación, en la cual es un tercero quien señala a quién le corresponde un derecho o una obligación. La adjudicación no es una particularidad exclusiva de la sentencia judicial, sino también del laudo arbitral, con la ventaja en este caso de que los litigantes pueden escoger un juez con mayor expertizaje en la cuestión a resolver. En cambio mecanismos como la mediación, hacen que sean las propias partes las que construyan una solución, vía un acuerdo y no una imposición de un tercero, lo que es particularmente provechoso tratándose de conflictos que enfrentan a partes que deberán en el futuro continuar relacionándose, que es lo que frecuentemente sucede en los conflictos de familia, vecinales o laborales. Estas mismas vías, cuando operan en forma previa a la intervención jurisdiccional, son útiles incluso aunque no se arribe a un acuerdo total sobre el conflicto, pues permiten circunscribirlo a los temas donde exactamente se produce el disenso.

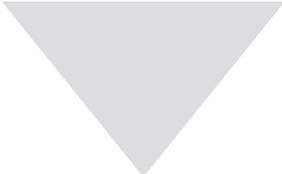
Muestra de la madurez que han ido alcanzando las políticas judiciales en América Latina es la constante expansión que han alcanzado los MASC. La presente publicación da cuenta de esta situación en cada uno de los países de la región, analizándose la situación desde muy diversas perspectivas, ya sea desde el punto de vista conceptual, del avance normativo, o del posicionamiento de estas instituciones al nivel de la cultura de los agentes o el impacto que han alcanzado en términos cuantitativos y de resultados.

Esta mezcla de perspectivas y el amplio abanico de países analizados aseguran que la presente publicación se convertirá en un libro de referencia obligado para todos aquellos interesados en la justicia en nuestra región.

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS

Director Ejecutivo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas



MENSAJE

Es de gran orgullo e importancia para la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la participación de la Facultad de Derecho y Criminología, el coordinar en conjunto con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, la realización de este libro.

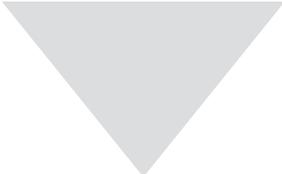
América Latina ha ido a paso firme construyendo una nueva visión del Derecho, sobre la base de los Métodos Alternos, es por eso que es un privilegio trabajar en colaboración con instituciones y asociaciones que se dedican a fomentar la utilización y educación en alternativas de solución extrajudicial de los conflictos.

El trabajo conjunto de instituciones, crea mayores vínculos con otros países, además de fortalecer en nuestro caso el Cuerpo Académico de Derecho Comparado, integrado por profesores investigadores, con una sólida preparación académica y sobre todo con iniciativa de innovación y estudio.

El trabajo de los Cuerpos Académicos repercute en los Programas Educativos que ofrece la Dependencia, dando como resultado líneas de investigación que van desde la Licenciatura y Maestría hasta el Programa Doctoral. Para lograr lo anterior, debemos conocer la realidad que viven estos métodos en diversos países, para lo que es necesario aprovechar la experiencia de los participantes en la realización de este material.

ING. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ TREVIÑO
Rector de la Universidad Autónoma de Nuevo León





METODOLOGÍA Y JUSTIFICACIÓN DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LAS AMÉRICAS

DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ¹

Sumario: 1. Introducción, 2. Resumen del proyecto, 3. Planteamiento del problema e hipótesis, 4. Antecedentes, 5. Objetivos y metas, 6. Metodología, 7. Técnicas, 8. Formación de recursos humanos.

1. INTRODUCCIÓN

El libro se ubica en el contexto del desarrollo y difusión de la mediación y el arbitraje en los diferentes países del continente americano con la colaboración de instituciones educativas de renombre y asociaciones profesionales que difunden y aplican los Métodos Alternos de Solución de Controversias.

Coordinado y editado por CEJA, “Centro de Estudios de Justicia de las Américas”, y FACDYC, “Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León”, con apoyo de sus cuerpos académicos, derivándose de un proyecto de investigación del Programa de Apoyo a la Investigación Científica y Tecnológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Este trabajo tiene como objetivo primordial identificar puntos neurálgicos de la mediación y el arbitraje en tópicos diversos con la intencionalidad de acercarnos a la realidad que viven estos métodos en sus países, aprovechando la experiencia de los participantes invitados, mismos que entregaron sus trabajos según la metodología diseñada para darle un sentido teórico-práctico, en el contexto del derecho comparado explícitamente

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Posgrado en Dirección y Gestión del Comercio Exterior por el CECO del Ministerio de Economía de España; Especialista en ADR; Miembro del SNI Nivel I y Perfil PROMEP. Actualmente es Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Científico-Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL y coordinador de la misma. Miembro Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. fgorjon@justice.com

de su país, estableciendo estrategias y propuestas contundentes para resolver la problemática identificada o generar estrategias de difusión, teniendo el doble sentido de evaluar posteriormente el desarrollo de la mediación y el arbitraje en nuestro Estado en razón de la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

2. RESUMEN DEL PROYECTO

El contexto en el que se impulsan diferentes leyes de mediación y arbitraje en nuestros tiempos, los diferentes estadios de evolución del derecho en nuestros países y de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC) exigían de forma contundente el desarrollo de esta obra, ya que nuestros principales socios a nivel internacional tienen previstos estos mecanismos, acentuándose por nuestra situación geográfica y el estatus que guarda América Latina en el concierto de naciones, ubicándola como en un referente sociocultural y político de gran influencia para lograr la verdadera globalización.

De igual forma este estudio es idóneo por representar una solución real al conflicto de la impetración de la justicia, aportando elementos suficientes para la generación de una cultura conciliar a diferencia del sistema adversarial, como acertadamente se señala en la ley de MASC del estado de Nuevo León en su exposición de motivos que:

“Queremos que las instituciones responsables de impartir justicia actúen de manera ágil, con apego a los principios de legalidad, honestidad, igualdad jurídica, imparcialidad y transparencia”.

Conformándose como una acción coherente con el entorno internacional de los 17 países participantes.

La presente investigación tiene como fin primordial colaborar en la creación de una cultura sobre la mediación y el arbitraje, estableciendo bases para la difusión de los MASC a través del estudio de marcos jurídicos en América Latina sobre MASC, así como el desarrollo de material técnico académico que permita su mejor comprensión con una visión integral y multidisciplinaria, apoyado por los diversos cuerpos académicos participantes, en colaboración con la Maestría de MASC de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, lo que permitirá la formación de recursos humanos en Negociación, Mediación-Conciliación y Arbitraje de alta calidad.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS

El conflicto de la impetración de la justicia es evidente en los países latinoamericanos, se han generado acciones incipientes hasta este momen-

to por los diversos sistemas judiciales y por los sistemas legislativos para intentar solucionar este problema, acciones que se ven reflejadas en las diversas Leyes de Métodos Alternos de Solución de Conflictos o de reglamentos de instituciones privadas o públicas que administran MASC, con participación del sector académico y social, en la que intervienen miembros distinguidos de la comunidad jurídica local e internacional, leyes perfectibles e influenciadas por la necesidad del impulso de los MASC, pero afectada por intereses diversos que no les permite desarrollarse plenamente como se esperaba según diversas iniciativas señaladas en el transcurso de esta obra.

Ante dicha circunstancia se vuelve de elemental necesidad estudiar y analizar leyes similares de América, por prevalecer en el continente un derecho similar; sin embargo, los esfuerzos por la unificación de criterios sobre la mediación y el arbitraje varían, de igual forma no se han considerado en su totalidad las leyes modelo internacionales que establecen elementos razonables, por lo tanto, este proyecto será un parámetro de una macrocomparación sincrónica de diferentes leyes y experiencias. Por esta razón es necesario identificar las causas por las cuales este fenómeno de unificación no se ha dado, y ver la manera de cómo revertirlo.

| Problema | | |
|---|--|---|
| Variable Independiente | | Variable dependiente |
| Aplicación incipiente de los MASC en América Latina | <p>INDICADORES</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Diversidad de normas reguladoras de los MASC en América Latina. 2. Desconocimiento de los MASC 3. Desconocimiento de las leyes y reglamentos de MASC 4. Variabilidad de criterios | <p>No utilización de los MASC</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>Impetración de la Justicia</p> |

| Hipótesis | | |
|---------------------------------------|---|--|
| Variable independiente | | Variable dependiente |
| Conocimiento y desarrollo de los MASC | <p>INDICADORES</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Investigación 2. Comparación 3. Difusión 4. Implementación 5. Capacitación 6. Internacionalización | <p>Generación de una cultura sobre los MASC en la sociedad en general</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Solución a la impetración de la Justicia</p> |

4. ANTECEDENTES

La mediación y la conciliación se identifican de formas diferentes en cuanto a sus efectos en distintos países del mundo y repetimos dichos errores en nuestras leyes, por lo tanto es de considerar que la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI unifica en su artículo primero fracción tercera a la mediación con la conciliación, empero, a nivel mundial el trato es indistinto y existen corrientes doctrinales muy fuertes que defienden la separación de ambos conceptos o los confunden, es el caso de que algunos tratadistas estadounidenses llaman mediación a lo que en otros países denominamos conciliación, por lo tanto, mientras los países latinoamericanos no adoptemos esta ley modelo como sucedió con el arbitraje, los conceptos seguirán tratándose de forma separada, que para efectos prácticos del procedimiento considero son lo mismo. La mediación y la conciliación deberán seguir la misma lógica en su definición ya que la diferencia doctrinal más importante es que en la mediación el tercero no opina y en la conciliación sí.

En el mismo sentido podemos entender el arbitraje, ya que no es parte del sistema adversarial y la mayoría de los países tienen ratificadas las principales convenciones y observada la Ley Modelo de CNUDMI sobre el tema; sin embargo, el arbitraje es adoptado conforme a su tradición jurídica y por consecuencia genera desconcierto, desconocimiento y falta de aplicabilidad.

A *contrario sensu* de lo que sucede en otros países como es el caso de Estados Unidos donde el 70% de los conflictos entre particulares se resuelven vía MASC, el otro 30% vía Judicial, con apoyo de instituciones y

Centros Privados de Mediación y Arbitraje como es el caso de la AAA que resuelve más de 70.000 asuntos al año, consecuencia de su propio sistema judicial, su tradición jurídica y observación de principios internacionales.

Es importante mencionar que en nuestro país, especialmente en el estado de Nuevo León, es de destacar que hemos elevado al rango constitucional a los MASC. Como principal antecedente de esta nueva etapa que vivimos se reformó el artículo 16 de la Constitución del estado de Nuevo León al establecer en su párrafo segundo *in fine*:

“Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley”.

Esto es un hecho trascendental que asegura un marco jurídico para el desarrollo de los MASC y crea un Centro de Mediación dependiente del Sistema Judicial, ejemplo mundial, a diferencia de otros estados y países en donde se discute el viejo paradigma de la funcionalidad de los MASC, sustituyéndolo por el de “su aplicación”, adecuando nuestro entorno legal al paradigma jurídico del siglo XXI que es “resolver nosotros mismos nuestros problemas”, elevándolo al rango de una garantía procesal constitucional.

5. OBJETIVOS Y METAS

- Analizar la estructura y conceptualización teórico-práctica de las leyes y reglamentos de MASC en América Latina;
- Integrar conceptualmente los contenidos de los MASC dentro del marco del aprendizaje comunicativo multidisciplinario, mediante un texto que promueva la reflexión teórica y práctica del ejercicio de los MASC, en razón del estudio comparado de normas;
- Elaborar material didáctico orientado a la formación de mediadores y árbitros capaces de construir racional y automáticamente sus propios sistemas de solución de conflictos a partir de problemáticas específicas de aplicación ordinaria, que se desprenderán de este estudio.

6. METODOLOGÍA

Los métodos requeridos para la realización son principalmente los siguientes:

- *Método jurídico*: Estudios de leyes y reglamentos en América Latina;
- *Analítico-sintético*: Se estudiarán separadamente cada uno de los aspectos relativos al arbitraje y la mediación. Para su manipulación teórica y la posterior conclusión.

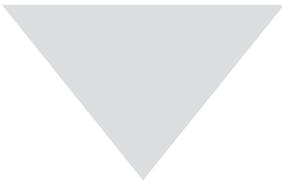
- *Comparado*: El estudio de los MASC se efectuará en diferentes normativas y bibliografía variada dependiendo del país en cuestión o el estado señalado para su estudio con la condicionante de que regule MASC.
- *Exegético*: Observaremos los diferentes marcos jurídicos para normar criterios de análisis crítico, en razón del planteamiento de esquemas lógicos para la construcción racional y automática de sistemas de solución de conflictos.

7. TÉCNICAS

- *Bibliográfica*: Para definir los conceptos generales teórico-prácticos de la mediación y el arbitraje;
- *Documental*: Se analizarán las leyes y reglamentos así como la bibliografía gris relativa al tema, como por ejemplo archivos de las instituciones que puedan aplicar estos métodos, planes de trabajo, informes, circulares, etc.
- *De campo*: Visita a centros de mediación y arbitraje en donde se usan los MASC.

8. FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La investigación, así como sus resultados se tomarán en cuenta como documento de trabajo para los diversos planes de estudios y de desarrollo de las diferentes instituciones participantes, y en nuestro caso particular de la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Controversias, única en su género a nivel de Latinoamérica, de igual manera para los cursos opcionales a tesis del plan de estudios de la licenciatura en Derecho y de las diferentes acentuaciones conforme al nuevo plan de estudios, la investigación contribuye a la consolidación del Cuerpo Académico en Formación en Derecho Comparado con su línea de investigación "Impartición de Justicia", así como de todos los participantes.



CAPÍTULO 1

HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA CULTURAL EN RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS. EL MODELO DE LA “MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA, ANEXA O CONECTADA CON TRIBUNALES CIVILES Y COMERCIALES EN ARGENTINA” DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA

DRA. GLADYS STELLA ÁLVAREZ²

Sumario: 1. Introducción, 2. El modelo argentino de mediación prejudicial obligatoria conectado a los juzgados nacionales civiles y comerciales de la Nación y juzgados civiles y comerciales federales, 3. Indicadores de cambio de cultura, 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de los ochenta, gran parte de los jueces en América Latina estamos comprometidos, de una forma u otra, a superar la crisis que atraviesa el sector justicia. Dos son los pilares de la Reforma Judicial: por un lado, la desjudicialización del conflicto y, por otro, la descentralización de su tratamiento.

Propiciamos cambios en políticas públicas, en especial dentro del segmento “*administración de justicia*”, y redefinimos a este último término de manera tal que incluya la institucionalización de las denominadas alternativas de resolución de disputas (RAD) en forma anexa, conectada o relacionada con el sistema formal. Esta propuesta conlleva, además, un nuevo enfoque de los caminos para una “*solución justa de los conflictos*”³.

² Juez saliente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Doctora en Jurisprudencia, Universidad de Buenos Aires, Presidenta del Consejo de Honor de Fundación Libra, Mediadora Certificada por el Ministerio de Justicia, Directora de la carrera de posgrado en Negociación y Resolución de Justicia en la Facultad de Derecho de la UBA. Ha escrito numerosas obras sobre RAD, recibido premios internacionales por sus iniciativas en el campo de la Mediación y Acceso a Justicia tales como “Special Practical Achievement Award” CPR, New York (1994), “Mary Parker Follet Award”, S.P.I.D.R, Baltimore (1999), Degree of Doctor of Civil Law, honoris causa, University of Windsor, Ontario, Canadá (2005).

³ Álvarez, Gladys S., Highton Elena I y Jassan Elías, Mediación y Justicia, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1996, pp. 1 - 31.

En este sentido la mediación –uno de los mecanismos RAD más aptos para que las partes busquen la solución justa del conflicto de acuerdo con sus intereses y necesidades– instaurada como práctica social, llevará al cambio del paradigma⁴ del tratamiento de la conflictividad. Pasar de lo adversarial y la confrontación a formas participativas de gestión y transformación de los conflictos.

A más de diez años de experiencia es oportuno evaluar los resultados y detectar si se están produciendo cambios significativos.

La pregunta disparadora es:

¿Cómo percibir y verificar los cambios que se operen en el tránsito cultural de una sociedad en la que está instaurándose la mediación?

Una forma es focalizar el análisis en los indicadores de cambio en las subculturas que se entrecruzan en la gestión de los conflictos de interpersonales o intergrupales, nacionales e internacionales.

Así, al hablar del sistema judicial nos enfocamos en la *subcultura de los jueces, de los abogados, de los litigantes y de las instituciones que forman a los operadores del derecho*.

Como jueces pertenecientes a un sistema continental europeo nos preguntamos si el modelo clásico de juez –en cuanto a su función de dirimir conflictos– satisface las necesidades de los justiciables en la actual conformación social. O si se trata de “un modelo saturado”⁵ que requiere ser sustituido por otro.

La respuesta no se hace esperar. En Argentina, en la década de los ochentas, comenzaron las primeras investigaciones para medir la eficiencia y eficacia del servicio de justicia, y de las encuestas posteriores surgió claramente que la insatisfacción de la población con el sistema de justicia superaba el 85%. Estos porcentajes no han variado, y similares resultados acusaron las investigaciones en otros países latinoamericanos⁶.

Un reciente estudio realizado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados relevó el pensamiento de 1.254 profesionales actores del servicio de justicia. De la misma surge que el 87,4 por ciento de los abogados cree que el Poder Judicial no es independiente del poder político y el 97,7 por ciento opina que el sistema judicial no satisface las necesida-

⁴ Thomas Kuhn, refiriéndose a la evolución científica, dice que hay sucesivos paradigmas, este término se usa en las Ciencias Sociales para aludir a un modelo que cae y es sustituido por otro.

⁵ Terminología usada por el sociólogo francés Michel Maffesoli en el reportaje publicado en diario *La Nación*, p. 10, Buenos Aires, 31 de agosto de 2005.

⁶ Álvarez Gladys S. Highton Elena I, Jassan Elías, *Mediación y Justicia*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1ª ed., Cap. I.

des de la población. La encuestadora hizo un estudio similar entre 1.100 personas que no son abogados y los resultados fueron similares⁷.

Si bien nos hemos referido a la crisis en los Poderes Judiciales de América Latina, advertimos que no es una cuestión de sistemas, la insatisfacción también estuvo y está presente en el sistema anglosajón. Lo demuestran las recientes palabras de Lord Woolf, Lord Chief Justice of England and Wales y autor de la Reforma de la Justicia Civil de 1990s:

“...estoy convencido que nuestra actitud hacia el litigio civil en el pasado fue equivocada”...“Era una cultura errónea, muy adversarial, demasiado agresiva y a raíz de ello no servía a nadie. No servía a los tribunales, no servía al público, y no servía a los litigantes que clamaban que se resolvieran sus conflictos”...“los jueces tienen que tener el control del litigio pero hay una cosa más importante que es “asistir a las partes para resolver sus disputas...el costo del proceso judicial es alto, pocas personas están en condiciones de litigar y tienen que disponer de otros mecanismos para resolver sus conflictos de manera tal que solo los que no puedan resolverse sigan el camino de la justicia formal”⁸.

Los intercambios con jueces norteamericanos, y nuevos estudios en Escuelas de Derecho de Estados Unidos, también confirman nuestra visión sobre la resolución del conflicto jurídico que puede ser enunciada así:

El juez antes de aplicar la ley para resolver el conflicto declarando quién resulta vencedor o vencido en el “combate legal”, tiene la obligación de intentar que las partes lo resuelvan conciliando sus intereses y debe propiciar antes o durante el litigio y aún después de la decisión final, toda forma de resolución alternativa y fundamentalmente aquella –como la mediación– en la que las partes recurren a un mediador –que no es el juez– para que facilite la negociación sobre la base de sus necesidades, sin emitir opinión y sin influir directamente en el resultado del acuerdo final.

Instalada la mediación en el Sector Justicia, en forma simultánea ha ido penetrando en los múltiples escenarios que conforman el tejido social generando capacidades en los individuos, y organizaciones, y sentando los valores de la resolución de conflictos pacífica y participativa. Ese es el legado que transmitiremos a las generaciones futuras.

⁷ Diario *La Nación*, 21-10-05, p. 1. Nota por Adrián Ventura.

⁸ Revista *Alternatives*, New York, C.P.R., April 2005.

2. EL MODELO ARGENTINO DE MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA CONECTADO A LOS JUZGADOS NACIONALES CIVILES Y COMERCIALES DE LA NACIÓN Y JUZGADOS CIVILES Y COMERCIALES FEDERALES

2.1. Contexto histórico

En 1990 se lanzó la RAD. Junto con profesionales de la abogacía y jueces, propusimos al Ministerio de Justicia un Plan Nacional de Mediación cuyo objetivo central fue el desarrollo de la mediación no solo anexa, conectada o relacionada con el tribunal, sino la instalación de Centros de Mediación Comunitaria, la creación de Centros de Mediación Institucionales –dentro de organismos no gubernamentales–, tales como Colegios Profesionales, Fundaciones, Asociaciones Civiles, que en tal carácter pudieran administrar, monitorear y evaluar los programas, la calidad del servicio y el nivel de satisfacción de los usuarios. También se tuvo en cuenta el desarrollo de Programas de Mediación Escolar tanto a nivel primario como secundario, así como también la incorporación de la RAD en la currícula de las facultades, especialmente en la de las Facultades de Derecho. Este plan se encuentra cumplido en su totalidad. Han participado numerosas instituciones de la sociedad civil, entre las que quiero mencionar a la Fundación Libra que se creó para ayudar a estos desarrollos y cuyo Consejo de Honor presido, Colegios Profesionales tales como los que reúne a escribanos, psicólogos, arquitectos, ingenieros, Cámaras de Comercio, entre otros.

Luego de una Experiencia Piloto de Mediación conectada con los Juzgados Civiles se sancionó en octubre de 1995 la Ley 24.537 que instituye la mediación prejudicial y obligatoria para una amplia gama de casos civiles y comerciales. Está en vigencia desde abril de 1996 en los Juzgados Nacionales y Federales Civiles y Comerciales de la Capital Federal.

Convocados por organizaciones no gubernamentales de Argentina se han realizado desde 1993 diversos encuentros latinoamericanos de Resolución Alternativa de Conflictos. Con carácter internacional cabe mencionar el éxito de la 4ª Conferencia del Foro Mundial realizada en Buenos Aires y que precedió a este 5º Encuentro.

En países como Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, entre otros, hemos ofrecido asistencia técnica y entrenamientos en mediación. Comenzando con el sector judicial se ha expandido el movimiento a otros sectores (comunitario, escolar, empresarial, entre otros).

2.2. Características

2.2.1. Aclaración previa

La República Argentina es un país organizado bajo un Sistema Federal de Gobierno. De las 24 provincias, 8 han legislado sobre mediación anexa o conectada con los tribunales, de ellas 3 han adoptado el modelo de mediación prejudicial obligatoria anexa a los tribunales; las restantes tienen diversas legislaciones y programas, incluidas leyes de mediación víctima-victimario. El Registro de Mediadores, mayoritariamente, lo administran los Tribunales Superiores de Justicia. En algunos casos está consagrada la interdisciplina, al menos luego de la etapa inicial.

2.2.2. El modelo de la ley nacional de mediación y conciliación (Ley 24.537 y sus prórrogas)

Comenzaremos haciendo una aclaración terminológica. Aunque sabemos que no hay criterio unánime, pero sí mayoritario, nosotros denominamos *conciliación* al mecanismo por el cual un tercero ayuda a las partes a negociar sobre la base de sus intereses y necesidades, pudiendo emitir opinión. En la ley de conciliación laboral obligatoria vigente en nuestro país desde 1996, el conciliador puede proponer a las partes fórmulas de acuerdo. Si la conciliación es intraprocesal (Art. 360 Código Procesal), es el juez quien debe conducir la audiencia, y si no logra un avenimiento ofrecerá a las partes otras formas de resolución alternativa (mediación, arbitraje, evaluación neutral, etc.) Llamamos "*mediación*" al proceso por el cual un tercero neutral facilita el proceso de negociación entre las partes sobre la base de sus intereses y necesidades. No tiene poder para proponer, dar consejos o intervenir en forma directa en el acuerdo, que es resorte de las partes.

1. La ley ha adoptado un modelo de "mediación clásica-no evaluativa" con garantía legal de confidencialidad.
2. Es prejudicial y obligatoria para una clase de casos (ej., daños, responsabilidad contractual, tenencia, alimentos) y prejudicial y facultativa para otros casos (ej., ejecuciones, desalojos).
3. Los mediadores abogados que han completado el ciclo de capacitación (100 horas) y aprobado el examen, pueden inscribirse en el Registro que lleva el Ministerio de Justicia y quedan sometidos a educación continua.
4. Las partes pueden solicitar el sorteo de mediador en las Mesas de Entradas de las Cámaras sin deducir demanda o elegir mediadores dentro de una lista de ocho.

5. Los servicios de mediación se prestan en las oficinas particulares de los mediadores.
6. El acuerdo celebrado ante un mediador registrado tiene el valor de una sentencia judicial. Se requiere homologación solo cuando en el conflicto están involucrados menores e incapaces.
7. Los honorarios de los mediadores están a cargo de las partes según una escala efectuada sobre el monto del acuerdo.
8. La ley crea un fondo de financiamiento administrado por el Ministerio de Justicia, que, para los casos de falta de acuerdo, adelanta un monto fijo del que pudiera corresponder y finalmente el honorario se carga como costas en el juicio.

2.2.3. Evaluación del sistema

Una primera investigación de campo sobre los resultados de la ley de Mediación y Conciliación fue realizada por investigadores de la Fundación Libra con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer y dentro de un Programa de Estado de Derecho. Se pensó que ella contribuiría a un debate sobre esta materia y estimularía un análisis comparado en América Latina. El objetivo fue evaluar la aplicación de la ley en los primeros años; ello produjo algunos ajustes que se incorporaron por vía de la reglamentación del Ministerio de Justicia.

Necesitamos evaluar el sistema de mediación al cumplirse 10 años de experiencia. Y ello debe incluir tanto los aspectos cuantitativos como cualitativos del programa.

a) Aspectos cuantitativos

La investigación cuantitativa no puede captar por sí sola el resultado de la experiencia, aunque sí podemos afirmar que los números indican que se están logrando las metas de descongestión del sistema y reducción de los tiempos de los procesos.

- Si bien son números parciales, en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, desde abril de 1996 al 31 de agosto de 2005, 183.065 casos fueron derivados a mediación y retornaron al sistema solo el 35,07% para continuar con el proceso judicial. El ingreso de causas contradictorias –alcanzadas o no por el sistema de mediación– fue de 858.396 expedientes.
- También podemos afirmar que la mediación ha ampliado el Acceso a Justicia en un 30%, ya que casos que no hubieran entrado al sistema por su escaso monto, han recurrido a la mediación.
- Alrededor de 4.000 mediadores están inscriptos en el Registro de Mediadores del Ministerio.

b) Aspectos cualitativos

La investigación cualitativa del programa y la de calidad de los servicios de mediación está pendiente y consideramos que es un aspecto clave para el éxito del movimiento. La mediación multidisciplinaria debe hacerse cargo de apoyar la formación y profesionalización de los servicios.

Los métodos apropiados para investigar pueden ser los llamados “focus groups” y las “entrevistas”. Ello permite indagar sobre los puntos de vista y actitudes de los diferentes grupos que usan el sistema y de los patrones significativos⁹.

3. INDICADORES DE CAMBIO DE CULTURA

¿Qué deberíamos investigar para comprobar en qué estadio del cambio cultural nos encontramos? ¿Cuáles serían los indicadores?

Propongo para esta reflexión la elaboración de las variables o indicadores para efectuar mediciones en los siguientes elementos del sistema que conforman la subcultura del sector justicia comprendido en el marco de la ley de mediación. Así por ejemplo:

Los jueces y funcionarios judiciales

1. ¿Qué conductas evidencian una actitud a favor de la inclusión de la mediación y otras formas RAD en los servicios de la administración de justicia?
2. ¿Conducen personalmente las audiencias de conciliación?
3. ¿Cumplen con la oferta de ofrecer RAD?
4. ¿La jurisprudencia de mediación evidencia conformidad y fortalecimiento de este mecanismo?
5. ¿Se han capacitado para emplear herramientas de mediación en sus audiencias de conciliación?
6. ¿Se ha incluido la RAD en los programas de las Escuelas Judiciales?

Los abogados

7. ¿Hay aceptación del proceso de mediación?
8. ¿Se preparan los abogados para la mediación?

⁹ Recientemente en una visita a la Universidad de Windsor, Ontario, Canadá, tomé conocimiento de la investigación sobre la Mediación Civil Obligatoria en Saskatchewan, Ontario, Canadá, a diez años de su vigencia. La Dra. Julie Macfarlane y Michaela Keet dan cuenta de sus resultados en *Alberta Law Review, Special Issue Civil Justice and Civil Justice Reform*, Volumen 42, N° 3 (February 2005)

9. ¿Cómo y en qué medida intercambian información antes de la audiencia de mediación?
10. ¿Los abogados preparan a sus clientes para la negociación?
11. ¿En qué medida se recurre a la mediación privada? ¿Se incluyen cláusulas de mediación en los contratos?
12. ¿Aceptan los abogados la presencia de un mediador no abogado?
13. ¿Requieren la presencia en co-mediación de un mediador no abogado?
14. ¿Se han percibido las ventajas del proceso de mediación aun en los casos en que no se llegue a acuerdo?
15. ¿Se ha incrementado la negociación de buena fe?
16. ¿En qué medida los abogados han comprendido que los clientes son quienes tienen el papel primordial en la mediación?

Los mediadores

Una aclaración merece la inclusión de los mediadores dentro del análisis que estamos proponiendo. No formaban parte de la subcultura judicial cuyo tránsito estamos proponiendo medir. Los incluimos como *agentes del cambio*.

17. ¿Están satisfechas las partes con la conducción del proceso?
18. ¿Están satisfechos los abogados con la conducción del proceso?
19. ¿Se preocupan por el seguimiento del caso?
20. ¿Desean incrementar sus habilidades para hacer más efectivo el proceso?
21. ¿Utilizan la práctica reflexiva durante el proceso y luego de concluida la mediación?
22. ¿Cómo se preparan para transitar del estadio de practicantes a profesionales y de profesionales a artistas de la mediación?
23. ¿Están abiertos a la co-mediación interdisciplinaria?

Las partes

24. ¿Han identificado los clientes los beneficios de la mediación?
25. ¿Reconocen el espacio de la mediación para expresar sus intereses y necesidades cara a cara con la otra parte?
26. ¿Valoran el ser escuchados y escuchar las perspectivas de la otra parte en el conflicto?
27. ¿Luego de la mediación han podido comunicarse con la otra parte en forma directa?
28. ¿Han recurrido a la mediación aun sin consultar a un abogado?

29. ¿Las empresas han incorporado la mediación comercial como etapa previa al litigio?
30. ¿Las corporaciones recurren a mediadores privados?
31. ¿Qué políticas de Estado en RAD se han fijado?

Las Facultades de Derecho

32. ¿Se ha incorporado la RAD en los programas de grado y de posgrado?
33. ¿Se ha ampliado la visión del conflicto?
34. ¿La relación profesional que se transmite al educando está basada en los intereses del cliente?
35. ¿Se incluye como deber profesional el servicio a la comunidad?
36. ¿Se estudia y forma a los profesionales con el deber ético de ampliar el Acceso a Justicia?

4. CONCLUSIONES

De las respuestas a estos indicadores que oportunamente deberán ser validados y con la metodología adecuada de investigación, conoceremos el lugar en el que nos encontramos en el tránsito hacia una nueva cultura y forma de administración de justicia como consecuencia de la incorporación de la mediación.

Se debe recordar que, como operadores del derecho, tenemos un deber que es facilitar y ampliar el Acceso a Justicia: un derecho humano básico. La mediación es un mecanismo apropiado. Acceso a Justicia y no Acceso al Sistema Judicial ya que la Justicia no es solo lo que los jueces deciden, sino también, y sobre todo, lo que la gente puede decidir por sí misma. El poder de las partes para resolver sus conflictos es la expresión de una sociedad democrática y el Acceso a Justicia para los grupos minoritarios es la expresión de una sociedad justa.

EL ORDEN FEDERAL Y LOS ARBITRAJES DE LOS TRIBUNALES DEL C.I.A.D.I. EN ARGENTINA¹⁰

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE¹¹

Sumario: 1. Introducción, 2. El caso sometido al tribunal arbitral CIADI, 3. Consecuencias de la desvinculación del contrato causa de la inversión, 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la severa crisis económica que atravesó en los años 2001 y 2002, son numerosos los procedimientos iniciados por inversores extranjeros en empresas concesionarias de servicios públicos contra la República Argentina ante el CIADI, “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”¹².

¹⁰ Este trabajo tiene como base los que publicamos antes: Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones, en revista “La Ley”, tomo 2001-D-14, con motivo del laudo arbitral ante el CIADI recaído en “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra. c/ República Argentina” –también denominado “Vivendi”–, hoy parcialmente anulado por un Comité Ad hoc. El laudo fue publicado en La Ley del 5 de febrero de 2001, p. 1; y El orden federal y los Tratados Internacionales de Protección Recíproca de Inversiones, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Pérez Guilhou *et al.*, María Gabriela Ábalos coord., Derecho Público Provincial, tomo I, 2ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 201 y sigs. Todo el material vinculado al CIADI citado en este trabajo puede consultarse en internet: www.worldbank.org/icsid

¹¹ Facultad de Derecho. Universidad Nacional de CUYO Mendoza Argentina.

¹² Los casos registrados contra la República Argentina al 20 de noviembre de 2005 son: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Case N° ARB/97/3). Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (Case N° ARB/01/3); CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Case N° ARB/01/8); Azurix Corp. v. Argentine Republic (Case N° ARB/01/12); LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Case N° ARB/02/1); Siemens A.G. v. Argentine Republic (Case N° ARB/02/8); Sempra Energy International v. Argentine Republic (Case N° ARB/02/16); AES Corporation v. Argentine Republic (Case N° ARB/02/17); Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/2); Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/5); Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/7); Continental Casualty Com-

En varios de los casos están comprendidas provincias argentinas como Tucumán (caso “Vivendi”), Buenos Aires (caso “Azurix”), Santa Fe y Córdoba (ambas demandadas por Suez), Mendoza (por EDF y por Asset Recovery Trust) y Tierra del Fuego¹³.

Argentina ha sido demandada ante el CIADI con un total de cuarenta y un reclamos; también han sido objeto de reclamos, ante este mismo tribunal internacional, Estados Unidos Mexicanos en siete oportunidades, Ecuador en cinco casos, Chile en tres, Venezuela en dos, Perú en dos, Estados Unidos en tres oportunidades que figuran hoy como concluidas.

El CIADI funciona en el ámbito del Banco Mundial y ha sido acordada su intervención en numerosos tratados internacionales de promoción y protección recíproca¹⁴ de inversiones celebrados por Argentina entre 1990 y

pany v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/9); Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/10); Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/13); El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/15); Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/17); Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/18); Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/19); Telefónica S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/20); Enersis, S.A. and others v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/21); Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/22); EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/23); Unisys Corporation v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/27); Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case N° ARB/03/30); Total S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/1); SAUR International v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/4); BP America Production Company and others v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/8); CIT Group Inc. v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/9); Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/14); Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/16); France Telecom S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/18); RGA Reinsurance Company v. Argentine Republic (Case N° ARB/04/20); DaimlerChrysler Services AG v. Argentine Republic (Case N° ARB/05/1); Compañía General de Electricidad S.A. and CGE Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/05/2); TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/05/5); Asset Recovery Trust S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/05/11); Lanco International, Inc. v. Argentine Republic (Case N° ARB/97/6); Houston Industries Energy, Inc. and others v. Argentine Republic (Case N° ARB/98/1); Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/99/4); Empresa Nacional de Electricidad S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/99/4); Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic (Case N° ARB/03/12). De todos ellos solo los últimos aparecen, por distintas causas como “terminados”.

¹³ Es el caso “Teyma Abengoa S.A. c/ Provincia de Salta”, con nota de Emilio J. Cárdenas y Juan Carlos Cassagne, en revista “La Ley” del 4 de octubre de 2002, p. 1.

¹⁴ Se trata de tratados suscriptos con cincuenta y siete países; un detalle se puede observar en Sergio I. Rodríguez, Hacia un régimen regulatorio en el nuevo milenio, en Jurisprudencia Argentina, N° 6.207 del 16 de agosto de 2000, p. 13 (nota 21).

2001 con cincuenta y siete naciones¹⁵ y también interviene en arbitrajes por controversias surgidas en el ámbito de otros tratados internacionales como el NAFTA.

Este tribunal arbitral, que está disponible a opción del inversor extranjero perteneciente a uno de los países signatarios, tiene por objetivo expreso la garantía de que las inversiones gozarán de protección y plena seguridad en aplicación del principio de tratamiento justo y equitativo, y de que las partes contratantes de esos tratados de protección recíproca de inversiones no adoptarán medidas de expropiación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación, y dando lugar al pago de una compensación pronta y adecuada. En estos acuerdos se incluyen también normas que establecen un tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales, también uno idéntico al que se le otorgue a la nación más favorecida en otro tratado, reglas sobre transferencia de divisas, y finalmente, normas que autorizan el sometimiento de las disputas que se ocasionen a arbitrajes internacionales.

Para la República Argentina, tanto los tratados de inversiones como su sometimiento al CIADI, tuvieron además un objetivo político comercial de relevancia en la medida en que se persiguió afianzar su confiabilidad internacional para atraer inversiones y lograr bajar el denominado “riesgo país”¹⁶.

Cabe hacer notar que la suscriptora del mencionado instrumento es la República Argentina y que esta, no obstante estar dentro de sus posibilidades conforme al art. 25 del Tratado, no ha acreditado la existencia de sus subdivisiones o estados federales autónomos que la componen de modo de posibilitar la participación directa de alguno de ellos cuando, como en los casos “Vivendi” y “Azurix”, se encuentran afectados de modo directo¹⁷. “El Estado Federal, como centro de imputación normativa, lo componen tanto el Gobierno Central como los gobiernos locales –incluyendo a sus entes administrativos– en el caso, el Estado Argentino es el Estado Nacional –con

¹⁵ Recomendamos consultar de Guido Santiago Tawil, Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional, en L.L., 2000-D, 1106 y sigs.; y Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”, en La Ley de los días 20 y 21 de noviembre de 2002. Un listado completo y detallado de los tratados firmados en ese marco puede consultarse en Augusto M. Morello y Germán González Campaña, El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión, en La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, director Agustín Gordillo, septiembre de 2005, p. 1.

¹⁶ Así lo destaca Guido Santiago Tawil en el prólogo a la obra Protección de inversiones extranjeras de Esteban M. Ymaz Videla transcrito en revista “La Ley”, tomo 1999-C-1258.

¹⁷ Este aspecto que es destacado expresamente por el Tribunal arbitral, ya fue señalado por la doctrina nacional; ver Esteban Ymaz Videla, Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 80.

sus entidades administrativas– y las provincias y municipios –con sus entidades administrativas–¹⁸.

El mencionado artículo 25 (inciso I) del Tratado de Constitución del Centro CIADI, dice que “la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Surge del listado de causas en trámite que otros países tampoco habrían puesto en evidencia su composición federal, como lo son los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de Norteamérica.

El laudo recaído en el caso “Vivendi” es el primero que se produce en el CIADI con participación de la República Argentina y resultó inicialmente favorable a nuestro país. Luego fue cuestionado de nulidad en algunas de sus partes y un Comité ad hoc, designado por el mismo Centro a efectos de resolver los planteos de nulidad, hizo lugar parcialmente esas reclamaciones.

En especial, fue anulada la parte resolutive que cuestionaba al reclamante no haber agotado las instancias judiciales locales contencioso administrativas que el propio contrato de concesión imponía y al que las partes se habían sometido expresamente. Claro está que la Argentina no acreditó haber hecho uso de la facultad que le acordaba el art. 26 del mismo Tratado de CIADI que dice: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”.

El Comité ha adherido a una doctrina que, resumidamente, distingue las cuestiones contractuales de aquellas con fundamento en el Tratado de protección recíproca. En otras palabras, el derecho local rige el contrato mientras que el derecho internacional impera sobre el tratado; y como puede haber violación al tratado sin incumplimientos o responsabilidad contractual, la exigencia de la jurisdicción local solo se impone en el terreno del contrato¹⁹.

Del dictamen del Comité ad hoc surge una distinción doctrinaria que –como veremos– busca desvincular la jurisdicción local sobre el contrato de la internacional sobre los puntos del tratado.

¹⁸ Ymaz Videla, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹ Ver sobre este tema Tawil, Los conflictos en materia de inversión..., cit.

No obstante, han quedado planteadas una serie de cuestiones acerca de su implementación en los países que poseen forma de estado federal y, especialmente, frente a las instituciones públicas de los estados provinciales.

La primera de las cuestiones, sobre la oposición de la composición federal interna quedó zanjada en el laudo del Tribunal arbitral inicial; la segunda, respecto de la aplicación del derecho interno local y de los tribunales del estado federal al contrato celebrado y al que las partes se habían sometido voluntariamente, se resuelve en el laudo del Comité ad hoc de solución de la nulidad planteada.

2. EL CASO SOMETIDO AL TRIBUNAL ARBITRAL CIADI

Podemos resumir los hechos, ya que estos se encuentran detallados en el laudo, luego parcialmente revocado, destacando que la empresa internacional actora, “Compañía de Aguas del Aconquija S.A., que es receptora de inversiones extranjeras en su capital por parte de la “Compagnie General des Eaux” y “Vivendi Universal”, celebró un contrato con la provincia de Tucumán para la concesión del servicio público de distribución de aguas y cloacas.

La inversora extranjera, luego de un largo conflicto, decide concurrir al CIADI para reclamar una indemnización debido a que, sostenía, había sufrido de parte de las autoridades de Tucumán, pero atribuibles a la República Argentina a los efectos del tratado, actos que derivaron en una caída de la tasa de recupero del contrato de concesión; actos que unilateralmente redujeron las tarifas, abusos de la autoridad reguladora y tratos de mala fe.

Debemos tener presente para nuestro análisis, a la luz del decisorio de nulidad del Comité ad hoc, que estos planteos son fundamentalmente de naturaleza “extracontractual”; son hechos del gobierno de la provincia de Tucumán con motivo y con ocasión del contrato de concesión.

Mientras se tramitó el procedimiento, Tucumán debió soportar una serie de presiones que alcanzaron a afectar la provisión de financiamiento por el Banco Mundial a la provincia y a los anuncios de la Nación de resarcirse con la coparticipación federal a distribuir; ambos hechos fueron destacados por la doctrina en su momento con preocupación²⁰.

²⁰ Daniel Lecuona, Arbitraje internacional sobre la concesión del servicio de agua y cloacas de la Provincia de Tucumán. Estado de la cuestión a agosto de 1998, revista *El Derecho*, tomo 180-1213.

2.1. La doctrina del laudo del Tribunal Arbitral

En todos los casos el Tribunal Arbitral efectúa un análisis tendiente a determinar las responsabilidades de la República Argentina y el debido planteamiento de las cuestiones ante esa instancia internacional.

El Tribunal llega a la conclusión de que la actora francesa debió haber concurrido a la instancia de los tribunales contencioso administrativos locales que contempló en forma expresa el contrato de concesión y al que ambas partes se habían sometido voluntariamente. Entendió que sin haber intentado esta reclamación mal podía atribuir a la República Argentina una violación al tratado de protección de inversiones. Podría parecer que esta posición no se compadece con el contenido del convenio que ha suscripto nuestro país con Francia el 3 de julio de 1991 según el cual el inversor de ese origen tendría abierta la posibilidad de concurrir en forma directa al arbitraje sin necesidad de agotar previamente procedimientos locales²¹.

El laudo hace una identificación entre incumplimientos contractuales y violaciones al Tratado. Es contra esta asimilación que se alza la doctrina

²¹ Dice el art. 8 del Tratado de Promoción y Protección de Inversiones celebrado con Francia el 3 de julio de 1991, aprobado por Ley 24.100 - 1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor: o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; o bien al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3. Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. 4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor: al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.; a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). 5. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia incluidas las normas relativas a conflictos de leyes y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia. 6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia". Se formula asimismo una aclaración: "Las disposiciones de los artículos 6 y 8 no se aplicarán a las inversiones de las personas naturales que son nacionales de una Parte Contratante y que, a la fecha de la inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, hayan tenido su domicilio en el territorio de esa Parte Contratante por un período superior a los dos años, a menos que la inversión provenga del exterior".

que sirve de fundamento al Comité que resuelve la nulidad el día 3 de julio de 2002²². El Tribunal entendió que era necesaria la jurisdicción local a efectos de precisar la existencia o no de incumplimientos contractuales por ser únicamente estos los comprendidos en la protección del Tratado.

Señaló el Tribunal que la jurisdicción del Superior Tribunal local, pactada en el contrato administrativo en forma expresa, no impide la jurisdicción del Tribunal CIADI²³ y la opción por los primeros no hace perder el derecho a concurrir a los segundos en los supuestos previstos por el tratado.

El laudo arbitral del CIADI había afirmado que “no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos hasta que las demandantes hayan hecho valer, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesalmente o substantivamente”²⁴. Esta es la parte del laudo anulada por el Comité en julio de 2002.

El laudo había sostenido que “dada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte del Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán. Los tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán estaban abiertos a las demandantes para que intentaran acciones contractuales en contra de la provincia de Tucumán bajo el Contrato de Concesión”... “No existen alegaciones ante este Tribunal que los tribunales de Tucumán no se encontraran disponibles para conocer de dichas reclamaciones o que carecieran de independencia o equidad para su adjudicación”²⁵.

2.2. La doctrina del Comité ad hoc

El Comité ad hoc ha entendido que “el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones por actos de Tucumán bajo el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones y su decisión con respecto a dichas reclamaciones queda anu-

²² Ver Tawil, Los conflictos... , cit.

²³ Ver punto 53 del laudo.

²⁴ Ver punto 78 del laudo.

²⁵ Ver punto 79 del laudo.

lada”²⁶. Como señala Tawil, “un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa. De conformidad con este principio general, son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del tratado de protección recíproca de inversiones y la de si ha habido incumplimiento de contrato”... “Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencia a su propio derecho aplicable; en el caso del tratado de protección recíproca por el derecho internacional; en el caso del contrato de concesión por el derecho de Tucumán”²⁷.

El Comité ad hoc señala también que “cuando la base fundamental de un reclamo es un tratado conteniendo una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre el demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar de impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado” (párrafo 101) y que “no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un Tratado de Protección Recíproca de Inversiones respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho tratado, desestimar el reclamo sobre la base de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal local” (párrafo 102). Finalmente: “una cosa es ejercer jurisdicción contractual (de competencia exclusiva de los tribunales locales) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones” (párrafo 105)²⁸.

En conclusión: el CIADI no revisa el contrato ni la solución judicial sobre el tema contractual sino todo acto que con motivo de la ejecución del contrato o –en su caso– de la tramitación administrativa y/o judicial de los reclamos originados en él, se traduzcan en una expropiación, sin pronta y adecuada indemnización, de la inversión del inversor extranjero protegido por el tratado de protección.

2.3. El orden federal y el arbitraje ante el CIADI

En la República Argentina las provincias “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas”²⁹, y esta facultad está garantizada en forma expresa por el Gobierno Federal³⁰. De ella deriva en forma implícita la facultad de firmar contratos públicos, como los de concesión de servicios públicos, y de entender en las acciones judiciales que de ellos emanaren.

²⁶ Párrafo 119, ver Tawil, *Los conflictos...*, cit.

²⁷ Tawil, *Los conflictos...*, cit. El autor se refiere a los párrafos 95 y 96 del decisorio del Comité.

²⁸ Los párrafos han sido tomados de la transcripción efectuada por Tawil en *Los conflictos...*, cit.

²⁹ Art. 122 de la Constitución Nacional.

³⁰ Art. 5 de la Constitución Nacional.

“La acción de daños y perjuicios, y, en general, la acción donde se reclame una suma de dinero, sea que tales acciones respondan a la anulación o al incumplimiento de un contrato administrativo, participan de la misma naturaleza del contrato cuya extinción o incumplimiento la motiva”³¹. De ahí entonces que son en principio los Tribunales locales, de provincia, los llamados a resolver las cuestiones que se suscitan con motivo de los contratos que celebra su administración pública.

A tal punto está reconocida en nuestro derecho esta facultad provincial que las leyes y códigos provinciales han incluido la materia contractual administrativa entre las competencias materiales de los tribunales contencioso administrativos específicos³² siguiendo la mayoría de la doctrina nacional³³. También la Corte Suprema ha opinado en sentido del respeto hacia la jurisdicción local afirmando que “la insistencia del Tribunal descansa en el eje de un principio federalista nuclear del que es celoso custodio y con arreglo al cual los aspectos que venimos destacando constituyen materia no susceptible de revisión en la instancia extraordinaria en razón del respeto debido a la atribución de tales estados de darse sus propias constituciones y regirse por ellas”³⁴.

Coherentemente, nuestro país planteó esta situación ante el CIADI pero el Tribunal no aceptó el intento de la República Argentina de sustraerse a esta instancia internacional por pretender que no le eran atribuibles los actos de una provincia, como Tucumán, en un estado federal como el argentino. Dice el laudo que “la República Argentina puede ser responsable, a la luz de los tratados de protección de inversiones, por el accionar de una provincia y, en especial, por el comportamiento de sus Tribunales en lo contencioso administrativo que, muchas veces es el máximo Tribunal de la provincia”.

Por lo tanto, “la provincia miembro de un estado federal puede ser parte en los arbitrajes convocados ante el CIADI”³⁵. El Tribunal interpreta

³¹ Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 127. El subrayado es del autor; cita en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicado en la revista *Fallos*, tomo 236:559.

³² Carlos Roberto Tribiño y Pablo Esteban Perrino, La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 35.

³³ Manuel María Díez, con la colaboración de Tomás Hutchinson, Derecho procesal administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 40 y 47.

³⁴ “Fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, tomos 259:224; 264:72; 266:100; 301:149; etc. citados por Augusto Morello, El recurso extraordinario, Librería Platense, La Plata 1987, p. 87.

³⁵ Dice el art. 25 de las normas básicas que rigen el CIADI: “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente

que se trata de una ampliación de la jurisdicción del CIADI y que solo depende del consentimiento expreso del Estado miembro³⁶ y que en el caso “Vivendi” no existió.

Esta posición ha sido convalidada por el Comité ad hoc al sostener que “aun cuando la República Argentina no es responsable bajo el derecho local por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán –que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos– bajo las reglas del derecho internacional la República Argentina es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales” (párrafo 96).

2.4. La Nación y los tratados internacionales

Surge del texto constitucional argentino que es la Nación la que tiene a su cargo la realización de los tratados de paz y comercio³⁷. La misma norma establece lo que la doctrina ha denominado como el límite al contenido de los tratados que suscribe la Nación. Dice el artículo que “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”³⁸.

retirado. (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria. (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

³⁶ Ver punto 52 del laudo.

³⁷ María Celia Castorina de Tarquini, La provincia y la Nación, en Dardo Pérez Guilhou *et al.*, María Gabriela Ábalos coord., Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Derecho Público Provincial, tomo 1, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 155.

³⁸ Art. 27 de la Constitución Nacional.

Nadie duda de que la organización federal y el esquema de facultades propias de las provincias, no delegadas a la Nación como poder central³⁹, constituyen “principios de derecho público establecidos en esta Constitución” y que estos prevalecen sobre los tratados que no estén enumerados en el mismo texto constitucional⁴⁰ ya que estos tienen rango constitucional⁴¹. Respecto de los demás es aplicable el principio pero siempre a la luz de lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

La pregunta que nos formulamos es: ¿podría la provincia pretender sustraerse al sometimiento al arbitraje pactado en un tratado internacional debidamente celebrado por la Nación?; ¿podría plantear la existencia de un orden federal incompatible con la jurisdicción del tratado? Entendemos que no.

Del texto expreso de la Constitución, desde antes de la reforma constitucional de 1994, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes⁴², por lo que concluimos en que la provincia no puede sustraerse al tratado so pretexto del ordenamiento público interno.

Por lo dicho entonces, el eventual planteo por una provincia de algún reparo de orden público interno contra el régimen impuesto por los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, y que no fuera fundado en la falta de competencia de los firmantes (art. 46 Convención de Viena), no tendría otros efectos más que internos y nunca respecto del país extranjero y de su inversor protegido por el tratado ya que, como señala Colautti, el conflicto se plantearía “sin perjuicio de la eventual responsabilidad internacional”⁴³.

“El Estado federal no puede alegar su especial régimen de distribución de las competencias constitucionales para sustraerse a sus obligaciones internacionales”⁴⁴.

Ha sostenido la Corte que “cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino”. (...) “La mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida

³⁹ Art. 121 de la Constitución Nacional.

⁴⁰ Ver listado del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁴¹ Carlos E. Colautti, Los tratados internacionales y la Constitución nacional, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 31.

⁴² Corroborado por la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso “Cafés La Virginia”, ver revista *La Ley*, tomo 1995-D, 277.

⁴³ Colautti, op. cit., p. 30.

⁴⁴ Charles Rousseau, citado por Tawil, Los tratados de... , op. cit., p. 1118, nota n° 59.

por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante”⁴⁵.

En conclusión, “el ejercicio de los poderes por parte de los gobiernos de provincia debe armonizar con los tratados internacionales suscriptos por la Nación. Esto es así, por cuanto dichos tratados poseen una jerarquía constitucional que incluso es superior a las leyes y –además– por ser fundamental la supremacía de la Constitución sobre los actos de los gobiernos locales (art. 31 CN)”⁴⁶.

2.5. El alcance material del Tribunal Arbitral del CIADI

2.5.1. El alcance definido en el mismo fallo del Tribunal Arbitral

El mismo Tribunal, en el punto revocado, dejaba establecido cuál es campo de acción: “cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir solo: a) si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 o b) si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o c) si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o d) se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores”⁴⁷.

Es evidente que los supuestos eran altamente comprensivos por cuanto preveía las posibilidades de falta de acceso a la Justicia, de injusticia procesal o material y, con amplitud, mencionaba “otro modo” de denegar los derechos garantizados al inversor. Era también total el alcance de las causas.

La revisión de la justicia material de la solución judicial alcanzada ante los tribunales provinciales suponía lisa y llanamente el análisis de todos sus aspectos materiales y aun de la ponderación de los hechos y de la prueba.

El Tribunal Arbitral internacional dejaba entendido que no solo alcanzaba su accionar sobre los aspectos contractuales de la relación comercial del inversor extranjero protegido sino también sobre aquellos aspectos reglamentarios y de policía que se aplicaban a esa relación. Por ello afirma el laudo que “no se limita a analizar los actos que habría cometido Tucumán

⁴⁵ Corte Suprema de la Nación Argentina, caso “Méndez Valles, Fernando c/ Prescio, A.M”., publicado en revista *La Ley*, tomo 1996-C, 502 (considerando 6°), con nota de Germán Bidart Campos, La naturaleza federal de los tratados internacionales, revista *La Ley*, tomo 1996-C, 499.

⁴⁶ Emilio J. Cárdenas y Juan Carlos Cassagne, Las medidas cautelares y los tratados internacionales de protección de inversiones: una jurisprudencia novedosa –y prudente– de la Corte, en revista *La Ley*, del 4 de octubre de 2002, p. 2; los autores citan a Jorge Reinaldo Vanossi y Alberto Dalla Vía, Régimen constitucional de los tratados, Abeledo-Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, p. 291.

⁴⁷ Ver punto 80 del laudo.

y revisar su atribución a la República Argentina sino que analizará esos actos a la luz del cumplimiento prometido por las partes en el contrato de concesión”⁴⁸.

El Tribunal Arbitral manejaba un concepto lineal en cuanto a que si el motivo de la relación jurídica del inversor que pide protección fue un contrato de concesión, desde allí enfocaba el total del tratamiento recibido por el inversor; aun los aspectos de naturaleza policial, como el control del servicio público por parte del ente regulador, caían –para el laudo– bajo la óptica del contrato de concesión.

2.5.2. El alcance en el laudo del Comité ad hoc en su resolutive de nulidad

Como lo señalamos antes, el Comité ha distinguido con claridad los aspectos contractuales, sobre los que reafirma la diferencia que tienen estos con los de naturaleza internacional. Es elocuente la afirmación en el sentido de que “una cosa es ejercer jurisdicción contractual (de competencia exclusiva de los tribunales locales) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones”⁴⁹.

2.5.3. Conclusión crítica

De lo dicho surge que la intervención y entendimiento del Tribunal Arbitral, sea que fuere antes o después de haberse producido un fallo de orden local, versará sobre aspectos relacionados únicamente con el tratado y con las personas físicas o jurídicas de los inversores externos que son efectivamente protegidos por ese régimen.

La eventual revisión de un resolutive judicial provincial por un Tribunal Arbitral, desde el punto de vista de los Tratados que nos ocupan, podría acarrear algunas consecuencias –para la República Argentina– en beneficio de algún inversor extranjero protegido, accionista de la sociedad parte del proceso judicial provincial sin que esos mismos efectos alcancen jamás a la entidad jurídica argentina de la que es socio inversor extranjero, o a los otros socios locales, ni afecte la validez del fallo judicial local en lo que se relaciona con el contrato en cuestión.

En otras palabras, podemos concluir en que, a la luz de la doctrina del Comité ad hoc, ha quedado mejor precisado el alcance de la eventual “intromisión” del Tribunal del CIADI en la materia judicial local sobre los

⁴⁸ Ver punto 64 del laudo.

⁴⁹ Párrafo 105.

contratos administrativos en general y de concesión de servicios públicos en particular.

Pero puede ocurrir, y es muy posible que así sea, que la desigualdad –esta vez a favor del extranjero inversor– surja como consecuencia del mismo laudo arbitral que ordene la reparación a uno solo de los socios de situaciones que afectaron a la sociedad receptora de la inversión y que, conforme a la legislación local, a la que todos se sometieron, no la tuvieran por formar parte del riesgo propio de la actividad comercial comprendida.

3. CONSECUENCIAS DE LA DESVINCULACIÓN DEL CONTRATO CAUSA DE LA INVERSIÓN

La separación conceptual entre el contrato y la protección de la inversión permite la desvinculación de la base del negocio que es el contrato que sirvió de causa a la inversión. Si a esta desvinculación se agrega admisión de acciones indirectas⁵⁰ posibilitadas gracias a la separación de la conducta del mismo accionista, que opera por su propio derecho, y que también lo hace por los derechos de la sociedad argentina donde invirtió, el cuadro de complicación para la determinación del alcance de la jurisdicción del tribunal CIADI se convierte en muy amplio y susceptible de reclamaciones por los estados perjudicados.

La separación del contrato trae como consecuencia la separación del entendimiento del tribunal provincial local pero también trae otras consecuencias perjudiciales para el Estado federal. Con el contrato quedan también desvinculados principios de derecho público local –y en muchos casos también Nacional– que rigen en materia de contratos públicos en general y de los vinculados a servicios públicos en especial.

Así es como se observa con preocupación el apoyo de los tribunales CIADI a la pretensión de contractualizar facultades públicas que son intransferibles mediante contrato alguno, como la de fijación de tarifas exigibles por la prestación de los servicios públicos⁵¹. Este principio rige en la jurisprudencia de los Tribunales de la Argentina desde principios del siglo XX y no se ha visto modificado luego de la década de los años 90 ni aun después⁵²; lo que autoriza a suponer que los inversores reclamantes debieron tenerlo en cuenta, más allá de los textos que hayan logrado hacer

⁵⁰ Ver Gabriel Botín, El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional, en Suplemento Actualidad de revista *La Ley*, del 3 de noviembre de 2005, p. 2.

⁵¹ Así ha ocurrido en el caso CIADI “CMS Gas Transmission Company v. República Argentina” (ARB/01/8).

⁵² Ver nuestro Tarifas y renegociación de contratos, en Suplemento Especial de la revista *La Ley*, director Agustín Gordillo, El contrato administrativo en la actualidad, mayo de 2004, Buenos Aires, p. 54 y sgs.

firmar a funcionarios del poder administrador de turno en contra de los mencionados principios de derecho público.

Con esta desvinculación, más la acción indirecta, el extranjero inversor pasa a ser un privilegiado que tiene más derechos que el inversor local que debe atenerse a los principios de derecho público que rigen los contratos de servicios públicos, en el primer caso, y de la ley de sociedades comerciales, en el segundo. El extranjero se coloca en el “frasco” que lo protege de la economía local, como lo señalan con acierto desde la doctrina especializada⁵³.

La misma desvinculación y la acción indirecta han permitido también que la estrategia de las empresas concesionarias de servicios públicos en la Argentina adquiera un doble ángulo de acción. Por una parte se formula el reclamo ante el CIADI y por la otra se somete al régimen de renegociación de contratos públicos establecido por la legislación argentina y que se encuentra en pleno trámite⁵⁴. La existencia de dobles indemnizaciones, o superpuestas, deberá ser revisada oportunamente por parte de los tribunales locales llamados a hacer operativos los laudos obtenidos en estas condiciones tan particulares.

El trámite de la renegociación constituye para el CIADI *res inter alias* para las partes del reclamo ante el Tribunal Arbitral por cuanto ella transcurre entre las sociedades destinatarias de la inversión y el Estado argentino o los estados locales provinciales⁵⁵.

Esta posibilidad ha merecido la crítica de la doctrina especializada la cual ha convocado a que la Corte Suprema de la Nación revise los laudos de tribunales CIADI que se pretenda ejecutar a efectos de verificar si son razonables y, en todo caso, si no están violando principios de derecho público nacional sobre la base de lo que denomina es una desnaturalización de esos tribunales internacionales⁵⁶.

4. CONCLUSIONES

El incremento notorio de los planteos ante estos tribunales especiales del CIADI hace absolutamente necesario que cada país con sistema federal acredite en cada caso ante el Centro Internacional sus subdivisiones internas. Además debe establecer mecanismos eficaces de participación de manera de no dejar de lado la participación de la provincia en la gestión y

⁵³ Morello y González Campaña, *op. cit.*

⁵⁴ Ley 25.561 y Dec. 311/2003.

⁵⁵ Así se señala expresamente en el considerando nº 52 del caso CIADI ARB/03/7 “Camuzzi Internacional S.A. v. República Argentina” en su resolución sobre excepciones a la jurisdicción del 10 de junio de 2005.

⁵⁶ Miguel Ángel Díaz, La desnaturalización del CIADI y la defensa del Estado, en *El Dial*, revista electrónica del 29 de agosto de 2005.

defensa de su propio accionar administrativo y el judicial de sus tribunales locales ante el Tribunal Arbitral del CIADI.

Debe determinarse el grado y alcance de la participación, al menos coadyuvante, de la provincia pero de ningún modo puede mantenerse este estado de cosas en que las provincias se ven obligadas a permanecer en actitud de meras espectadoras de un proceso que puede tener consecuencias decisivas para su futuro inmediato y aun mediato. Tampoco se subsana con una participación informal o “de facto” como integrante de la parte “República Argentina”. La procedencia de las eventuales acciones de regreso que se generarían luego de un resultado adverso a la Nación en el arbitraje internacional hacen necesaria –si no imprescindible– la participación activa de la provincia involucrada.

El defensor del patrimonio público de la provincia interesada, que es normalmente su Fiscal de Estado, debe tener participación activa en el proceso coadyuvando con la Nación en la defensa de los intereses locales.

En todos los casos, la participación provincial no desplaza la conducción que le cabe a la Nación en tanto y en cuanto podría, como lo ha hecho⁵⁷, revocar posibles acuerdos directos entre la provincia y el inversor demandante si estos “afectaran las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación”⁵⁸.

En igual sentido, debe preverse un sistema informativo a la Nación sobre la marcha de los contratos celebrados por las provincias al amparo de los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones.

La Nación debe ser informada de la marcha de los mencionados contratos, en especial, ser notificada de los reclamos que puedan poner en funcionamiento, eventualmente, su responsabilidad en el futuro, a efectos del posible planteo de la cuestión federal trascendente.

No sería posible, sin grave mengua al régimen federal, una limitación de la capacidad provincial para contratar ya que sería equivalente a su anulación como entidad jurídica. Por ello se recomienda, únicamente, la implantación de un sistema de información y seguimiento acordado entre provincias y Nación con la finalidad de que la segunda pueda tener bajo control y previsión aquellos casos que eventualmente pueden desembocar en una responsabilidad del conjunto nacional.

El ordenamiento jurídico argentino contempla la posibilidad de que la Corte Suprema pueda intervenir en ejercicio de su competencia originaria a requerimiento del Estado Nacional o de los afectados.

Entendemos que, frente al reclamo formal de un inversor protegido por un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones, en el senti-

⁵⁷ Así lo hace notar Tawil, respecto de un acuerdo cerrado por Santiago del Estero, en *Los tratados de...*, *op. cit.*, p. 1125.

⁵⁸ Ver art. 124 de la Constitución Nacional.

do de que se están atropellando las garantías aseguradas por dicho compromiso internacional, es facultad de la Nación interesarse en el tema y, en su caso, accionar contra la provincia a fin de resguardar la eventual futura responsabilidad internacional. Recordemos la doctrina del fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁵⁹, luego ratificado con más contundencia en “Méndez Valles”, que dice “lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”⁶⁰.

La misma Corte Suprema ha sostenido en varias oportunidades que “a ella le corresponde, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, aplicar, en la medida de su jurisdicción, los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la república quede comprometida”⁶¹. Sobre la base de esta doctrina es que el máximo Tribunal argentino aceptó su competencia originaria y ordenó una medida precautoria a fin de que el Poder Ejecutivo de la provincia de Salta se abstuviera de ejecutar un impuesto por vía de apremio hasta tanto se agotara la instancia amigable previa de seis meses que contemplan los tratados de protección recíproca de inversiones suscriptos por la República Argentina con los estados de Suiza y España, países de origen de los inversores accionistas de la empresa Teyma Abengoa S.A.

Por su parte, la Nación debe reformular su participación en los tratados de protección recíproca de inversiones mediante su oportuna denuncia o a la hora de su reconducción por su vencimiento de plazo⁶², e introducir la advertencia expresa respecto del agotamiento de las vías de reclamo local cuando se trata de contratos públicos, sea que fueren nacionales o locales. Asimismo, debe introducir la advertencia respecto del desdoblamiento de acciones y superposición en su caso, que podrían producir indemnizaciones duplicadas por la misma causa jurídica.

⁵⁹ Revista *La Ley*, tomo 1992-C, 542.

⁶⁰ Esta cita ha sido extraída del fallo, con la misma finalidad que la transcribimos nosotros aquí en este punto, por Colautti, *op. cit.*, p. 30.

⁶¹ Revista *Fallos de la Corte Suprema*, tomo 318:1269 y Dictamen Procurador General de la Nación en el caso “Teyma Abengoa S.A. c/ Provincia de Salta”, en revista *La Ley* del 4 de octubre de 2002, p. 1.

⁶² Ver en especial las recomendaciones a este respecto de Morello y González Campaña en la obra ya citada.

En conclusión, la globalización no nos trae nuevos controles, porque el trato equitativo y justo, y la transparencia, ya eran plenamente exigibles según nuestra propia legislación vigente. Lo que sí nos trae es el fenómeno de que frente a la posibilidad cierta de que esas garantías contractuales elementales sean verdaderamente controladas por terceros tan ajenos e independientes como son los tribunales extranjeros, ahora sí nos preocupemos por cuidar su pleno respeto.

Podríamos decir que a través de estos instrumentos vamos perdiendo el “control” del control. La facultad de controlar los actos públicos y ejercer imperio sobre su validez o no y de sus consecuencias es un privilegio del que gozan aquellos que lo hacen con seriedad y con verdadera justicia.

SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN ARGENTINA

DRA. DENISE LORENA LOS PACHECO⁶³

“Lo que caracteriza el grado de civilización de una sociedad no es la mayor o menor conflictividad de sus integrantes, sino el modo en que sus conflictos se solucionan”.

William Ury

Sumario: 1. Historia de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, 2. Dónde estamos, 3. Hacia adónde vamos, 4. Conclusiones.

1. HISTORIA DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El movimiento de los métodos alternos de solución de conflictos en Argentina comienza en la década de los 90. Según lo enseña Frank Sander⁶⁴, los objetivos de este movimiento son:

- a) Disminuir la sobrecarga de trabajo en la administración de justicia, reduciendo el costo y la tardanza en la solución de conflictos;
- b) Aumentar el interés y la participación de los ciudadanos en la solución de conflictos;
- c) Propiciar el acceso a la justicia. En este punto coincido con la Dra. Gladys S. Álvarez⁶⁵, al hacer referencia a “acceso a justicia” y no

⁶³ Abogada, graduada de la Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Formación en Métodos Alternos de Solución de Conflictos a través de distintos programas de capacitación. Máster en Derecho en Métodos Alternos de Solución de Controversias de la Universidad Autónoma de Nuevo León (U.A.N.L.). Actualmente se desempeña como Catedrática en la División de Estudios de Posgrado y Licenciatura de la Universidad Autónoma de Nuevo León, donde imparte clases de la especialidad. Es Instructora, asimismo, de los “Cursos de Formación de Mediadores en el Contexto de la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León”, 2005.

⁶⁴ Sander, Frank E. A., Professor of Law, Harvard Law School, Cambridge, EE.UU. Goldberg, Stephan B.; Green, Eric D.; Sander, Frank E. A.: Dispute Resolution.

⁶⁵ Álvarez, Gladys Stella; La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado. I. Introducción, p. 3.

“acceso a la justicia”, de manera que no se prevea solamente la solución de conflictos ingresando exclusivamente al sistema judicial, sino que se amplíe el abanico de posibilidades a otras formas desjudicializadas de solución.

- d) Dar a la ciudadanía una forma más efectiva de solución de conflictos.

Si los objetivos propuestos en este movimiento se materializan en la sociedad, entonces obtenemos como resultado un sistema más eficaz de solución de conflictos basado en la coexistencia del sistema judicial y los métodos alternos de solución de conflictos. Pues no se persigue desplazar o reemplazar al proceso judicial, sino brindar otras instancias de cooperación basadas en los intereses y necesidades de las partes para la solución de conflictos.

Para alcanzar estos objetivos se inició un programa de modernización del Sistema Judicial Argentino con medidas como: la creación del Consejo de la Magistratura para garantizar la selección y designación de jueces idóneos; proyectos de mejoramiento de la infraestructura edilicia, tecnológica y de recursos humanos; el Programa Nacional de Mediación⁶⁶; reformas de los códigos de procedimientos; adopción de los juicios orales; el Decreto Ley N° 1480/92 en donde se declara de interés nacional la institucionalización de la Mediación como método no adversarial de resolución de conflictos.

Así, con una acción conjunta del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, se aprueba la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación, el Decreto 1021/95 y las modificaciones establecidas en el Decreto 477/96. Se establece la mediación prejudicial con carácter obligatorio que entra en vigencia en abril de 1996. Se prevé como una etapa obligatoria previa al juicio en cualquier materia, excepto las causas excluidas del artículo 2, y siendo optativa para el demandante en casos de ejecución y juicios de desalojo según lo menciona el artículo 3 de dicha ley.

A través de estas normas se establecen las pautas que dan forma al proceso de mediación, caracterizado por provenir sus mayores impulsos de quienes tienen a su cargo la solución jurisdiccional de las controversias, es decir, del propio sistema judicial.

⁶⁶ Álvarez, Gladys: La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado. 5. El aprendizaje de la RAD en Argentina. Hace mención al Programa Nacional de Mediación que introduce la temática RAD y la mediación en Argentina. En este se prevé la difusión e implementación de la mediación en la sociedad argentina, para lo cual se celebran convenios con organismos educativos, con la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y de cooperación técnica con las distintas provincias del país. Su objetivo central era el desarrollo de la mediación no solo anexa, conectada o relacionada con el tribunal, sino la instalación de Centros de Mediación Comunitaria, Centros de Mediación Institucionales y el desarrollo de Programas de Mediación Escolar en primaria y secundaria.

Antes de avanzar es importante dejar en claro algunos conceptos. Si bien en buena parte de la literatura los términos conciliación y mediación son utilizados como sinónimos, vale la pena intentar trazar algunas diferencias entre ellos.

El concepto de conciliación en los países de Latinoamérica suele utilizarse para hacer referencia a un proceso judicial formal, incorporado al proceso civil, donde un funcionario judicial intenta que las partes resuelvan su controversia proponiéndoles o sugiriéndoles diversas alternativas de solución.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación recoge el término y lo regula normativamente, brindándole facultades al juez para convocar a una audiencia de conciliación presidida por él. En ciertos casos como el divorcio, causas laborales, etc., las audiencias están previstas con carácter obligatorio, aunque son la excepción; en otros, es una opción del juez a la que puede acudir en cualquier estado del proceso como un intento de acercar a las partes a una solución mutuamente acordada.

En la Argentina se ha dictado la Ley 24.635 que instituye la conciliación laboral obligatoria en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a cargo de conciliadores que, para ser admitidos en el Registro del Ministerio de Justicia, deben ser abogados, con conocimientos de derecho laboral y con cursos especiales aprobados⁶⁷.

Por su parte el concepto de mediación suele utilizarse para hacer referencia a una técnica por medio de la cual las partes son quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un tercero imparcial, quien no tiene facultades de decisión y no les propone o sugiere ninguna alternativa de solución. El proceso es confidencial, voluntario, flexible, cooperativo, rápido, económico, privilegiando las relaciones entre las partes, por señalar algunas de las características.

El arbitraje era históricamente la forma más utilizada para la solución de conflictos privados. Su estructura tiene semejanza con el proceso judicial, en que las partes someten a un tercero la solución del conflicto, quien pronunciara un laudo. Es igual que el sistema judicial heterocompositivo, pues la solución le es impuesta a las partes por un tercero.

A nivel nacional existen en la Argentina disposiciones en los Códigos, de forma que regulan el juicio arbitral: en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPN): Libro VI está previsto el Juicio Arbitral: Título 1: Juicio Arbitral. Título 2: Juicio de Amigables componedores. Título 3: Pericia arbitral. Los principales aspectos regulados tienen que ver con que pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción (CPN, Art. 736). Los requisitos que debe reunir el compromiso arbitral, mecanismos de designación de árbitros, etc.

⁶⁷ Highton, Elena y Álvarez, Gladys: Resolución Alternativa de Controversias en América Latina: Experiencia y Desarrollo de RAC en Argentina, Cap. I, p. 33.

Hay también varias instituciones privadas que administran sistemas arbitrales.

Cada una de estas instituciones tiene un Centro de Arbitraje que cuenta con un Reglamento que regula su procedimiento y asegura su funcionamiento. Las principales son:

- a) Tribunal de Arbitraje General de las Bolsas de Comercio de Buenos Aires. Creado en 1962. Compuesto por tres árbitros permanentes nombrados por el Consejo de la Bolsa por concurso, que actúan como árbitros y amigables componedores. Puede acudir al Tribunal por la materia o cuestión arbitrable, no exigiéndose la calidad del socio, ni la previa inscripción del contrato en la Bolsa. El procedimiento es más ágil que el proceso judicial.
- b) Cámara Arbitral de Cereales y afines.
- c) Tribunal Arbitral Permanente de la Cámara Argentina de Comercio. El crecimiento progresivo de los conflictos, tanto a nivel individual como de la pequeña y mediana empresa, han motivado a la Cámara Argentina de Comercio, con 80 años de trayectoria en la Argentina, a relanzar su centro de solución de controversias, el cual actúa bajo la denominación "CEMARC". Esto gracias al **"Programa BID –FOMIN– CAC Red Nacional de Centros de Mediación y Arbitraje"** que ha permitido fortalecer el CEMARC a través de instancias de capacitación, foros internacionales, difusión y otras actividades relacionadas con una misión de prevención y solución de conflictos, como una manera de generar un clima favorable para la negociación y el crecimiento comercial en Argentina.
- d) Tribunal de Arbitraje General y Mediación, establecido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

A nivel de las Provincias: Cada una tiene sus propios Códigos de Procedimiento, por lo que en los niveles provinciales hay regulados distintos sistemas arbitrales que, en términos generales, siguen los lineamientos del ámbito nacional.

Por último, hay un proyecto de ley que se encuentra en estudio en el Senado de la Nación para que se incorpore la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional al sistema jurídico argentino⁶⁸.

2. DÓNDE ESTAMOS

La Ley 24.573, de Mediación y Conciliación, incorporada al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, instituye con carácter obligatorio

⁶⁸ www.sice.oas.org

la mediación previa a todo juicio (Art. 1°), quedando las partes exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

La voluntariedad propia de este sistema alternativo de resolución de conflictos es desplazada en la primera sesión de mediación, que es para las partes involucradas, obligatoria. Tal circunstancia hace que el mediador se esfuerce por ayudar a los litigantes a encontrar una motivación propia para estar allí, más allá del mandato legal. Quizá en esto radique el éxito innovativo de la mediación prejudicial obligatoria⁶⁹.

Es importante distinguir dos momentos relacionados con la voluntariedad:

1. El momento en que se accede a la mediación: la Ley 24.573 establece la mediación “obligatoria” previa a todo juicio, donde hay una obligación o un deber de las partes de cumplir con este requisito previo de someter el conflicto a la mediación.
2. El quedarse, permanecer o retirarse del procedimiento de mediación: aquí la voluntariedad de las partes es una de las características del proceso de mediación, no estando obligadas a llegar a un acuerdo. Las partes son libres de retirarse en cualquier momento.

Esto es sintetizado en una sola frase por Juan Carlos G. Dupuis al decir, *“Lo único obligatorio es concurrir a la convocatoria, mas no continuar el trámite de la mediación”*⁷⁰.

El Ministerio de Justicia de la Nación (hoy Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) cuenta con un centro de formación de mediadores y un Registro de Mediadores (instaurado por Ley 24.573). Además, existen varias instituciones privadas que se especializan en los MASC, en el ámbito del Colegio de Abogados de Capital Federal, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en el Colegio de Escribanos, entre muchos otros. A través de estas y anteriores acciones mencionadas, desde y por el sistema Judicial se le ha dado gran impulso a la mediación. Todo esto, con el fin de cumplir con los objetivos del movimiento de los métodos alternos de solución de conflictos en un comienzo señalados.

En relación al arbitraje, Argentina ha ratificado con reservas la Convención de Nueva York de 1958, el 14/3/89. Dicha convención fue aprobada por Ley 23.619. Las reservas se refieren a que Argentina, en base a la reciprocidad, aplicará la Convención solo respecto de laudos arbitrales hechos en territorio de otro país miembro de la Convención sobre cuestio-

⁶⁹ López Faura, Norma: El poder de la mediación en Mediación. Una respuesta interdisciplinaria. Ed. EUDEBA, p. 223.

⁷⁰ Dupuis, Juan Carlos G.: Mediación y Conciliación. Ed. Abeledo-Perrot. Cap. V: Derecho Argentino: Recepción Legal del Instituto, p. 84.

nes legales que sean consideradas de naturaleza comercial para la ley nacional. Asimismo, la Convención será interpretada de acuerdo a los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigentes o de las modificaciones que de ella resulten.

Forma parte de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por Ley 24.353. Se aprobó dicha Convención de CIADI y se ratificó el 18/10/94.

Ha ratificado la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), de 1975. Dicha convención fue aprobada por Ley 24.322, y se ratificó el 5/1/95.

En el orden doméstico solo pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción comercial (CPN, Art. 736).

El arbitraje internacional comprende la solución de controversias que exceden el marco territorial de Argentina, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes; o cuando la sede del arbitraje o el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones exceden los límites del Estado.

El arbitraje es una *solución complementaria* del sistema judicial. La interrelación de la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral necesariamente debe basarse en la coordinación y el equilibrio, ya que ambos contribuyen a solucionar conflictos y a tutelar los intereses de los particulares, asegurando el acceso a la justicia.

El arbitraje de consumo es constitucional y se encuentra garantizado por la Constitución, en tanto ha sido concebido lo previsto en el artículo 42, que determina que: "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos provenientes de las relaciones de consumo". Instando a la puesta en funcionamiento en todo el país de los arbitrajes de consumo.

3. HACIA ADÓNDE VAMOS

El arbitraje internacional y el arbitraje local se están desarrollando con dinamismo. Simplemente como una muestra, el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que es el principal tribunal de arbitraje en la Ciudad de Buenos Aires, ha incrementado aceleradamente el número de casos recibidos en los últimos años⁷¹.

⁷¹ Aguilar, Fernando: Versión corregida por el autor de su exposición en la Conferencia "Arbitraje Internacional: algunas cuestiones prácticas", que se desarrolló el 29 de mayo de 2003 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

La justicia estatal que con su *imperium* no puede ser reemplazada y por ello debe coexistir con los tribunales arbitrales. Lo bueno del arbitraje radica en que se asienta sobre la autonomía de la voluntad de las partes. Su debilidad es que carece de fuerza obligatoria, y, en definitiva, debe siempre construirse sobre la base de un sistema de justicia que en última instancia haga cumplir los laudos con independencia de la voluntad de las partes rebeldes, inclusive usando la fuerza del Estado si fuera necesario. El apoyo del sistema estatal puede manifestarse al comienzo para la constitución del tribunal cuando la cláusula de arbitraje no es lo suficientemente clara o es defectuosa o cuando se trate de un arbitraje ad hoc.

También el arbitraje requiere el auxilio de la justicia estatal en el caso de requerírsele medidas cautelares que aseguren en forma anticipada el cumplimiento efectivo del laudo.

Pero donde la justicia interviene necesariamente es en el cumplimiento de los laudos extranjeros. Es allí donde los jueces deben afinar el análisis para restringir las nulidades a los casos de evidente violación del derecho de defensa y de violación de los principios de orden público internacional.

Por todo ello, es acertado el enfoque que ve en ambos sistemas un todo complementario, en el que la administración de justicia estatal se ve beneficiada por el alivio de tareas y el ahorro de recursos y, por otra parte, el arbitraje puede crecer, confiando en que los jueces de todos los países de la tierra otorgarán al laudo el carácter de una verdadera sentencia que debe ser cumplida.

Sin duda, el sistema de arbitraje no es perfecto, pero la posibilidad de elegir el juez, el menor tiempo involucrado para llegar a la solución del conflicto, la reducción del costo en casos de litigios complejos o de grandes montos involucrados, sumado a la aceptación por los tribunales de los laudos extranjeros como sentencias legítimas ejecutables, convierten hoy al arbitraje en un instrumento indispensable para asegurar la paz social, la inversión y la modernización de nuestras economías⁷².

El país ha sido parte en distintos arbitrajes internacionales desde principios del siglo XIX, pero en las últimas décadas se sometió a arbitrajes internacionales en materia comercial ante foros o tribunales arbitrales, en forma creciente. Al firmar Tratados Bilaterales sobre inversiones, suscribir y ratificar convenciones internacionales referidas a la ejecución de laudos arbitrales, modifica el sistema y admite la posibilidad de someter directamente el conflicto al arbitraje internacional, abandonando la Doctrina Calvo en lo referido al sometimiento de disputas en el plano internacional sin recurrir previamente a los de la justicia local.

Se permite al inversor extranjero el poder optar desde un comienzo por el arbitraje en el ámbito internacional, o bien por la jurisdicción nacional si así lo prefiere. La elección es definitiva.

⁷² *Ibid.*

Debe reconocerse la relevancia de la incorporación de los métodos de solución de controversias en el país, como generador de inversiones y motor de la economía.

Casi todos los países han tenido una gran crisis en sus sistemas judiciales, caracterizados por la insatisfacción generalizada de la sociedad, tribunales sobrecargados de trabajo, demoras, críticas al sistema judicial en general. A medida que la insatisfacción aumentaba, se hicieron presentes los métodos alternativos de solución de conflictos, y especialmente la mediación.

En los últimos diez años, de vigencia de la Ley 24.573, surgieron múltiples centros, programas, acento en la enseñanza, difusión para la solución de conflictos. El Banco Interamericano de Desarrollo, también intervino apoyando el proceso a través de préstamos, demostrando así el gran interés que suscita la introducción de estos métodos en el área.

Hoy en día, los países, las instituciones, los modelos económicos y políticos, y las estructuras sociales sufren alteraciones provocadas por cambios que son cada vez más rápidos y significativos.

Mientras esos cambios drásticos suceden, sin llegar a asimilar qué es lo que ha pasado, sino solo a adaptarnos al cambio, el derecho acumula más complejidad y la conflictividad aumenta día a día surgiendo nuevos desafíos. El sistema jurídico actual no llega a dar respuesta a los nuevos interrogantes, cuando ya aparecen otros.

Es así que es una necesidad de nuestros días el tener que recurrir a configuraciones más flexibles y dinámicas, utilizando métodos alternativos que vengan a *complementar* el sistema judicial. Es importante tener claro esto último, pues no se busca con los métodos alternos de solución de conflictos reemplazar el sistema judicial.

4. CONCLUSIONES

- Debemos ser conscientes de la existencia de cambios más rápidos y profundos en la sociedad, lo que trae aparejado más conflictos y estos a su vez producen mayores costos. Por ello, la demanda de métodos aptos para solucionar controversias será en consecuencia cada vez mayor.
- El modelo de métodos alternos de solución de conflictos argentino, presenta un gran avance desde sus inicios, 10 años atrás. Ha constituido un gran logro la formación en esta nueva cultura de solución de conflictos al evidenciarse su conocimiento desde distintos ámbitos de la sociedad, cumpliendo con uno de sus desafíos: la necesidad de consenso⁷³.

⁷³ Highton, Elena y Álvarez, Gladys: Resolución Alternativa de Controversias en América Latina: Experiencia y Desarrollo de RAC en Argentina, Cap. I, p. 45.

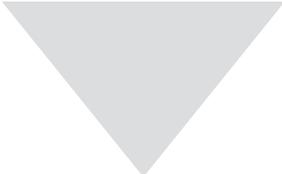
- No son una moda pasajera, sino realmente un cambio que ha venido a quedarse. Porque se adaptan al cambio y se actualizan con mayor facilidad que las Instituciones Públicas⁷⁴.
- La Mediación, a través de la autonomía de la voluntad, permite a las personas involucradas en un conflicto la búsqueda de la solución, en un universo mucho más amplio que el que brinda el sistema judicial.
- La mediación, el arbitraje, así como las nuevas modalidades para solucionar conflictos significarán el necesario complemento que permitirá y facilitará la solución de conflictos a nivel interno y externo.
- La seguridad jurídica como principio del derecho debe ser preservada a toda costa, igualmente debe respetarse el principio *Pacta sunt Servanda*⁷⁵. Pues si no es así, se genera temor e incertidumbre lo que trae aparejado problemas políticos y económicos.
- En base al resultado de una investigación realizada recientemente contenida en el libro "Clínica de Mediación..."⁷⁶ para averiguar la representación que tienen las partes de la mediación, el resultado arrojó que las partes la conciben como una nueva práctica social tendiente a una transformación cultural, como un modo de gestión de la vida social. Es este sentido, el que alienta a comprometernos con el futuro de esta práctica⁷⁷.

⁷⁴ Poniaman, Alejandro: El impacto de los Métodos Alternativos de resolución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y su incidencia en los acuerdos de integración. <http://www.iadb.org/mif/v2/speeches/poniaman.html>

⁷⁵ Loc. Latina: "Los pactos han de cumplirse".

⁷⁶ Finkelstein, A. Brandoni, Florencia y Risolia, Matilde: Acerca de la Clínica de Mediación. Relato de casos. Cap. V. Investigación sobre la inscripción subjetiva y la configuración del imaginario social de la mediación, p. 207.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 227.



CAPÍTULO 4

EVOLUÇÃO RECENTE DA ARBITRAGEM NO BRASIL

WELBER BARRAL⁷⁸

A arbitragem é provavelmente o melhor exemplo destas tentativas descoordenadas do Mercosul para harmonizar os direitos nacionais através de regulamentação regional. O Mercosul propõe uma legislação bastante atualizada sobre arbitragem –materializada na Decisão 03/98, aprovada pelo Conselho do Mercado Comum⁷⁹– que está confusamente amalgamada com acordos regionais e multilaterais sobre a matéria. Este acordo, cuja compatibilidade com os direitos nacionais existentes à época já era questionável, levou sete anos para ser ratificada. Uma vez em vigor, a Decisão parece muito adiante da prática atual da arbitragem na América do sul.

Apesar deste cenário, pode-se afirmar que as tentativas de harmonizar algumas áreas dos direitos nacionais no Mercosul são válidas para o futuro da integração regional. Este fundamento jurídico comum é, de acordo com a visão proposta aqui, um passo necessário para trazer estabilidade às transações negociadas na região.

Contudo, a forma normativa não é suficiente para promover uma mudança rápida nas práticas comerciais. Outros fatores –como inovação na mentalidade, abandono da tradição judicial conservadora, difusão do conhecimento sobre instituições jurídicas modernas– são igualmente relevantes. Este artigo conclui que o processo de aperfeiçoamento do uso da arbitragem internacional está ocorrendo no Mercosul (e a jurisprudência

⁷⁸ Professor de Direito Internacional Comercial (Universidade Federal de Santa Catarina). Professor Visitante de Direito dos Negócios Internacionais (PennState University Dickinson School of Law).

⁷⁹ Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (MERCOSUL/CMC/03/98), doravante “Acordo do Mercosul”.

citada abaixo reflete isso), embora de forma muito mais lenta do que se esperava ou do que desejada pela comunidade jurídica.

Esta afirmação tem reflexo claro no direito brasileiro. As recentes normas internas e decisões judiciais têm sido geralmente em favor da arbitragem, revertendo a tendência histórica que trouxera má reputação para a América do Sul no mundo da arbitragem.

Há quase uma década, a aprovação da Lei 9.037 trouxe alegria para os defensores brasileiros da arbitragem⁸⁰. Falhas relacionadas ao sistema jurídico anterior tinham sido resolvidas pela nova lei, que incorporou a doutrina mais moderna sobre a matéria. Os autores mais otimistas previam que, em poucos anos, o Brasil se tornaria um centro mundial de arbitragem.

Estas palavras de júbilo não se materializaram, e o entusiasmo inicial teve que ser reduzido diante das barreiras imprevistas, como a difundida ignorância sobre a arbitragem entre os juristas brasileiros e a persistência da tradição formalista⁸¹. Apesar disso, a arbitragem está progredindo no Brasil, e até mesmo de forma impressionante em alguns setores econômicos, embora de forma muito mais lenta do que se previa quando a nova lei foi aprovada. Ao lado disso, a maior utilização de cláusulas compromissórias se explica antes pela ineficiência proverbial do judiciário do que pelas vantagens teóricas do mecanismo arbitral. As inúmeras complicações do judiciário brasileiro, agravadas pelo procedimento formalista, é que têm sido a maior razão para o recurso recente à arbitragem.

Uma das maiores inovações legislativas trazidas pela lei de arbitragem é o caráter obrigatório da cláusula compromissória. A lei alude à “convenção de arbitragem” (como no Acordo do Mercosul), que se refere tanto ao compromisso de submeter à arbitragem controvérsias futuras (cláusula compromissória) quanto à resolução de disputas já existentes (compromisso)⁸². A nova lei adotou uma linguagem liberal ao descrever os efeitos da convenção de arbitragem, asseverando que o árbitro é “juiz de fato e de direito”⁸³ e que o laudo arbitral não está sujeito a revisão pelo

⁸⁰ Lei n. 9.307, republicada no Diário Oficial da União 186, de 1996. Para uma breve análise dessa Lei, veja-se BARRAL, W. O., CARDOSO, F. P. Arbitration in Brazil: The 1996 Act. Mealey's International Arbitration Report, v. 13, n. 8, p. 16-31, 1998; LEE, João Bosco. Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil, Revue de l'arbitrage, 1997, p. 199. Outras idéias são discutidas em BARRAL, W. O., PRAZERES, T. L. Arbitration in Brazil: the early experience. Yearbook Of Private International Law, v. 02, p. 153-168, 2000 e BARRAL, W. O., PRAZERES, T. L. Arbitration in Brazil: MBV x RESIL Revisited. Mealey's International Arbitration Report, v. 16, Jun/01, p. 01-06, 2001.

⁸¹ Reafirmando esses problemas, veja-se MARTINS, P.A. Arbitration in Brazil: A Look at Recent Developments. APR Dispute Resolution Journal, v. 58, p. 68, 2003.

⁸² Lei de Arbitragem Brasileira (Lei n. 9.307/96), art. 4.

⁸³ Id., art. 18.

judiciário, exceto quando viola princípios de ordem pública ou em um dos casos de nulidade que descreve, e que basicamente repetem os da Convenção de Nova Iorque.

Laudos arbitrais estrangeiros, definidos como aqueles proferidos fora do país, têm de ser homologados antes de sua execução, de acordo com as convenções internacionais aplicáveis⁸⁴. Esta homologação estava listada na competência do Supremo Tribunal Federal, mas uma Emenda Constitucional recente transferiu esta competência para o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸⁵, o que pode trazer maior celeridade a este procedimento. As normas federais têm também aceitando a inclusão da arbitragem como o foro apropriado para algumas regulamentações específicas. Assim, a nova lei de sociedades estipula que os acionistas podem usar arbitragem para resolver controvérsias entre si⁸⁶. A mesma tendência pode ser identificada em outras legislações recentes⁸⁷.

A decisão fundamental para a arbitragem no Brasil foi sem dúvida a decisão da SEC-5206 (Resil v. MBV), relacionada à homologação de um laudo estrangeiro proferido contra uma empresa brasileira⁸⁸. Foi o primeiro caso trazido diante do STF após a nova lei, e sua importância deriva da interpretação particular que o ministro Sepúlveda Pertence utilizou. Em sua opinião, o Ministro Pertence declarou a inconstitucionalidade de uma das inovações da lei de arbitragem, que garantia a validade do laudo arbitral mesmo quando uma das partes se recusasse a firmar o compromisso. Essa interpretação teria enfraquecido a execução específica da convenção arbitral e criado incerteza jurídica. Um amargo debate de cinco anos se seguiu àquele voto, até que a maioria do Supremo finalmente asseverasse, em dezembro de 2001, que a lei de arbitragem era completamente constitucional.

A tendência em favor da arbitragem tem sido confirmada por outros tribunais do Brasil, particularmente pelo Superior Tribunal de Justiça. Em termos de arbitragem interna, o caso mais importante foi decidido em 2003, quando o STJ deu uma interpretação ampla para a convenção de

⁸⁴ Id., art. 34.

⁸⁵ Emenda Constitucional Nº 45, de 08.12.2004, art. 1.

⁸⁶ Lei Brasileira de Corporações, art. 109.3.

⁸⁷ Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95), Lei de Telecomunicações (Lei Nº 9.472/97), Lei do Petróleo (Lei Nº 9.478/1997), Lei dos Transportes (Lei Nº 10.233/2001), e Lei de Parceria Público-Privada (Lei Nº 11.079/2004). Disponível em www.planalto.gov.br.

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Pleno, SE 5206 AgR/EP-ESPANHA. MBV v. Resil. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001. Sobre o debate histórico desse caso, veja-se BARRAL, W. e PRAZERES, T. Trends of Arbitration in Brazil. Mealey's International Arbitration Report, v. 15, p. 12, 2000.

arbitragem, de forma a garantir a jurisdição do tribunal arbitral sobre todas as relações contratuais entre as partes em disputa⁸⁹.

Outras decisões da jurisprudência brasileira também têm sido favoráveis à homologação de laudos estrangeiros. O STF, no caso SEC 5573-França⁹⁰, determinou que o requerente provasse a existência somente da convenção de arbitragem, de forma a deferir o reconhecimento do laudo arbitral estrangeiro. Em dezembro de 1999, o Ministro Maurício Correa indicou expressamente num pedido de homologação⁹¹ que, de acordo com os termos da lei de arbitragem, um laudo estrangeiro pode ser homologado sem que tenha sido homologado previamente pelos tribunais do país onde foi proferido, o que era uma exigência bizantina da regulamentação anterior.

O Supremo também tem afirmado repetidamente que somente requerimentos formais podem ser analisados quando da homologação de um laudo arbitral estrangeiro⁹². Assim, no SEC 5573-França, o Supremo advertiu que “se a parte requerente pretende revisar a parte material do laudo arbitral, esta pretensão não é permitida pela atual legislação brasileira”⁹³.

Outra inovação interessante da lei de arbitragem foi positivamente considerada pelo STF. Na legislação anterior, a parte brasileira deveria ser citada por carta rogatória, a fim de que o laudo pudesse ser posteriormente homologado. A nova lei expressamente modificou este entendimento, trazendo legitimidade à citação por correio regular. Foi assim que, no caso SEC 5847-Reino Unido, o Supremo decidiu que se a parte havia contestado o pedido diante o tribunal arbitral, a citação havia sido legítima, malgrado a ausência de uma carta rogatória⁹⁴.

Após a transferência da competência para a homologação de laudos arbitrais estrangeiros para o STJ, somente uma decisão foi proferida. Uma

⁸⁹ STJ, Terceira Turma. RESP 450881/DF. Compushopping Informática Ltda. v. Americel S.A. Rel.: Min. Castro Filho, 11.04.2003. Disponível em www.stj.gov.br.

⁹⁰ STF, SEC 5573/República Francesa. Bouvery International S/A v. Valex – Exportadora de Café Ltda. Re.: Min. Celso de Mello, 11.02.2005.

⁹¹ STF, Tribunal Pleno. SEC 5847/Reino Unido. Aiglon Dublin Limited v. Teka Tecelagem Kuenrich S/A. Rel.: Min. Maurício Correa, 01.12.1999.

⁹² “A Corte, sempre que estiver reconhecendo uma decisão estrangeira, não avaliará o mérito das alegações, porquanto tais alegações foram consideradas pelo juízo competente cuja decisão estamos reconhecendo”. STF, Tribunal Pleno. SEC 3897/Reino Unido. Rel.: Min. Néri da Silveira, 09.03.1995.

⁹³ STF, SEC 5573/República Francesa. Bouvery International S/A v. Valex – Exportadora de Café Ltda. Rel.: Min. Celso de Mello, 11.02.2005.

⁹⁴ STF, Tribunal Pleno. SEC 5847/Reino Unido. Aiglon Dublin Limited v. Teka Tecelagem Kuenrich S/A. Rel.: Min. Maurício Correa, 01.12.1999. Entretanto, tal entendimento é limitado ao serviço de tribunais arbitrais. No caso de decisões judiciais estrangeiras, a carta rogatória ainda é um elemento requerido. Veja-se STF, SEC 5778/EUA. Ty Von Cunningham v. Vilma Lopes Cunningham. Rel.: Min. Celso de Mello, 10.02.2005.

empresa brasileira contestou a homologação de um laudo da Liverpool Cotton Association, argumentando que não havia expressamente concordado com a cláusula compromissória. O tribunal, contudo, decidiu que a contestação fora apresentada, por correio, ao tribunal arbitral, e que aquele ato legitimaria a jurisdição arbitral. Em consequência, o STJ homologou o laudo, citando as obrigações assumidas pelo Brasil pela Convenção de Nova Iorque⁹⁵. Esta decisão indica uma tendência liberal no STJ, uma tendência importante quando se considera o impacto de suas decisões para harmonização das normas federais e sua nova jurisdição para reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras.

Para os advogados brasileiros, esta tendência liberal é alvissareira, diante da possibilidade de reformar no STJ decisões de tribunais estaduais menos esclarecidos com relação à lei de arbitragem. Esta reforma, aliás, pode ser alcançada por meio de recurso especial. Afinal de contas, um dos fundamentos para a interposição de recurso especial é justamente a negativa de vigência, por tribunais estaduais ou regionais, a tratados internacionais em vigor no Brasil, como são a Convenção de Nova Iorque, a Convenção do Panamá e o Acordo do Mercosul⁹⁶.

Os comentários acima permitem algum otimismo com relação à evolução da jurisprudência sobre arbitragem no Brasil, e o número de casos trazidos perante o judiciário é sintomático de seu uso crescente pela comunidade empresarial. Neste sentido, a proliferação de instituições arbitrais pode ser vista como refletindo este otimismo, mesmo que muitas delas não sobrevivam por mais que alguns anos.

Esta breve revisão da evolução recente da arbitragem no Brasil traz um quadro muito diverso da terra arrasada de algumas décadas atrás. A multiplicação de esforços para adotar a arbitragem como meio legítimo de solução de controvérsias levou à ratificação das principais convenções internacionais, à atualização das legislações internas, além da aprovação de um acordo regional que reassevera a doutrina básica sobre arbitragem internacional.

Evidentemente, esta proliferação de regras pode causar preocupação. Não é apenas uma técnica legislativa condenável, mas pode também trazer regras conflitivas para situações particulares, tornando as jurisprudências nacionais ainda mais incongruentes em relação à lei aplicável. Alguns comentaristas já apontaram, corretamente, estes problemas⁹⁷.

⁹⁵ STJ, SEC 856. Têxtil União S.A. v. L'Aiglon S.A. 18.05.2005. Anteriormente, em *Elkem Chatering S/A v. Conan-Cia de Navegação do Norte*, a Suprema Corte sustentou que o serviço postal na parte brasileira foi um meio válido de início de arbitragem. STF, Tribunal Pleno. SEC 5828/Noruega. Rel.: Min. Ilmar Galvão, 06.12.2000.

⁹⁶ Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 105.

⁹⁷ Veja-se KLEINHEISTERKAMP, op. cit., p. 460.

Para minimizar estas críticas, pode-se recordar a tradição de interpretação harmoniosa dos tribunais sul-americanos. A jurisprudência regional tem sido historicamente imaginativa para encontrar interpretações harmoniosas, mesmo nas situações mais remotas. Considerando a prática de interpretação conjunta das normas internas e dos tratados identificados, a jurisprudência talvez consiga evoluir na direção de dar sentido e validade a convenções de arbitragem e laudos arbitrais.

Ironicamente, a proliferação legislativa de regras aprovando a arbitragem também reflete a incurável crença latino-americana de que normas jurídicas podem modificar o comportamento social. Normas redundantes refletem, na maior parte das vezes, a atual boa vontade legislativa com relação à arbitragem, embora ignore o fato da vida de que uma lei atualizada é um fator necessário, mas não suficiente, para mudar uma mentalidade. A promoção da arbitragem na América Latina, e particularmente no Brasil, dependerá fundamentalmente do apoio da comunidade empresarial e do abandono da tradição formalista na solução de controvérsias. Leis e tratados, e sua correta interpretação pelos tribunais locais, são passos importantes. Mas são apenas alguns passos.

LA MEDIACIÓN EN BRASIL

ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO⁹⁸

Sumario: 1. Introducción, 2. Perspectivas autocompositivas del Derecho Procesal, la mediación forense en Brasil y su lenta transición a procesos constructivos, 3. Tendencias de la autocomposición en Brasil, 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal brasileño desde hace ya algún tiempo direcciona una creciente atención a mecanismos autocompositivos (*i.e.*, mediación o conciliación⁹⁹) como forma de asegurar mayor efectividad al ordenamiento jurídico procesal. Esto se debe a que, como corolario de la tendencia del derecho procesal de preocuparse por el acceso a la justicia, se pasó a considerar que el ordenamiento jurídico procesal posee una función doble: un medio a través del cual las personas pueden reivindicar sus derechos

⁹⁸ Juez de Derecho del Tribunal de Justicia del Estado de Bahía (TJBA). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (FD/UnB), Maestro en Derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York - EE.UU. (CLS). Profesor de los cursos de postgrado *latu sensu* de la Fundação Getúlio Vargas en Rio de Janeiro (FGV/RJ) y en São Paulo (FGV/SP). Ex mediador en el Institute for Mediation and Conflict Resolution (IMCR), en Nueva York - EE.UU. Ex mediador en el Harlem Small Claims Court, en Nueva York - EE.UU. Ex Consultor Jurídico en la General Electric Company (GE), en Fairfield, CT - EE.UU.

⁹⁹ Los conceptos de conciliación y de mediación frecuentemente se caracterizan como distintos institutos siendo aquella forma autocompositiva definida por algunos como “una forma de intervención más pasiva y menos estructurada que la mediación” (YARN, Douglas E., Dictionary of Conflict Resolution, San Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999, p. 102). Otros sostienen que “la conciliación es el componente psicológico de la mediación en la que una tercera parte busca crear una atmósfera de confianza y cooperación que sea productiva como negociación” (MOORE, Christopher; O Processo de Mediação. Pôrto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998, p. 177).

Cabe registrar que esa unificación terminológica viene siendo una tendencia moderna ya adoptada en diversos países como Canadá, Gran Bretaña y Australia (SINGER, L. R. Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System. Boulder, CO: Ed. Westview, 1990). Además, en el contexto brasileño, cuando el legislador

(heterocomposición) y/o resolver sus litigios bajo los auspicios del Estado (autocomposición asistida por agentes estatales)¹⁰⁰.

Vale recalcar que la autocomposición está definida¹⁰¹ como la forma de solución, resolución o decisión del litigio por obra de los propios litigantes sin intervención vinculativa de un tercero. Así, en la medida en que las partes consiguen encontrar una forma de adecuación de los intereses originalmente contrapuestos, se considera resuelta la disputa. En la heterocomposición, la justicia está definida a partir de valores impuestos por un tercer juez o árbitro. Por otro lado, en la autocomposición la justicia se alcanza a partir de la anuencia de las propias partes cuanto al procedimiento adoptado y al contenido alcanzado por el discurso argumentativo. Así, si en la heterocomposición la justicia está definida por valores impuestos, en la autocomposición la justicia se alcanza a causa de valores consensuados¹⁰².

buscó inspiración en el derecho comparado para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una estructura semejante a los *small claims courts* norteamericanos, introdujo con los juzgados especiales (Ley nº 9.099/95) lo que en los EE.UU. se denominaba *mediation* (mediación), usando el término “conciliación” posiblemente por ser este el utilizado en Brasil desde las Ordenaciones Filipinas hasta la Constitución Federal actual. Específicamente sobre ese tema, presentando la conclusión de que la conciliación y la mediación serían especímenes de un género común, vide PIREZ, Amom Albernaz. *Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada*. in: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. También tratando tangencialmente el tema vide RISKIN, Leonard, *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* in *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, Primavera de 1996.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Pôrto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988., p. 8.

¹⁰¹ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 77, *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰² Se nota, por lo tanto, el patente abandono del positivismo jurídico que impone el predominio de la norma sobre la voluntad consentida. Por el positivismo jurídico, encontrado en autores como Hobbes, “no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto fuera de la ley positiva” (BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, n. 13 esp. p. 36, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 12). Actualmente, la posición consensuada es que lo justo en cuanto valor puede y debe ser establecido por las partes consensualmente, y que en caso de que estas no consigan alcanzar dicho consenso, un tercero las sustituirá en esa tarea indicando, con base en la ley, lo justo ante cada caso concreto. Por medio de la autocomposición el concepto de justicia se presenta en una de sus acepciones más básicas: la de que la justicia de la decisión es adecuadamente alcanzada en razón de un procedimiento ecuánime que auxilie a las partes a producir resultados satisfactorios considerando el pleno conocimiento de estas cuanto al contexto fáctico y jurídico en el que se encuentran. Por lo tanto, en la autocomposición, la justicia se concretiza en la medida en que las propias partes fueron adecuadamente estimuladas a la producción de dicho consenso y, tanto por la forma como por el resultado, están satisfechas con su término. Se constata que en esta forma de resolución de disputas, el polisémico concepto de justicia gana una definición más, pasando a ser considerado también en función de la satisfacción de las partes cuanto al resultado y al procedimiento que las condujo a ello.

En la orientación para la solución de disputas bajo los auspicios del Estado, la autocomposición sirve no apenas como instrumento para la efectiva realización de derechos materiales¹⁰³, sino que también como forma de reestructurar la relación entre las partes con la intención de capacitarlas de la mejor manera para tratar sus cuestiones con base en sus necesidades e intereses, aunque estas no se encuentren jurídicamente tuteladas¹⁰⁴.

Zamora y Castillo sostenía que el proceso rinde, con frecuencia, mucho menos de lo que debería, “función de los defectos procedimentales, resulta muchas veces lento y costoso, haciendo que las partes cuando es posible, lo abandonen”¹⁰⁵. Cabe añadir a esos “defectos procedimentales”, el hecho de que en muchos casos el proceso judicial, al tratar exclusivamente¹⁰⁶ de aquellos intereses jurídicamente tutelados (*i.e.* derechos), excluye aspectos del conflicto que son posiblemente tan importantes o incluso más relevantes que aquellos jurídicamente tutelados¹⁰⁷. Así, una vez identificado que el sistema procesal “cunde menos de lo que debería” cabe examinar qué orientaciones pueden ser adoptadas para adecuadamente direccionar esa cuestión.

Morton Deutsch, en su obra *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*¹⁰⁸ presentó una importante clasificación de procesos de resolución de disputas al indicar que estos procesos pueden ser constructivos o destructivos. Para Deutsch, un proceso destructivo se caracteriza por la debilitación o ruptura de la relación social preexistente a la disputa, debido a la forma por la cual esta es dirigida. En procesos destructivos hay la tendencia de que el conflicto se expanda o se haga aún más acentuado en el desarrollo de la relación procesal. Como resultado, dicho conflicto frecuentemente se hace “independiente de sus causas iniciales¹⁰⁹” asumiendo características competitivas en las cuales cada parte busca “vencer” en la disputa. Esto proviene de la percepción, la mayor parte de las veces equivocada, de que los intereses de las partes no pueden ser

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito procesal*, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª ed., 1990. p. VII.

¹⁰⁴ Como ejemplo, al preguntarle a las partes qué les ha llevado a aquel proceso de mediación, el mediador está introduciendo la posibilidad de que presenten sus intereses de forma genérica, aunque estos no sean jurídicamente tutelados.

¹⁰⁵ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238.

¹⁰⁶ GOLDBERG, Stephen B. *et alii*, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, Cambridge, MA: Ed. PON Books, 1993.

¹⁰⁷ v. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Pôrto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰⁸ DEUTSCH, Morton, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven: Yale University Press, 1973. Cabe destacar que tres capítulos de ese trabajo están presentes, gracias a la generosidad del Prof. Morton Deutsch y de la Yale University Press, en este 3º volumen de Estudios en Arbitraje, Mediación y Negociación.

¹⁰⁹ DEUTSCH, *op. cit.*, p. 351.

ambos satisfechos. En otras palabras, las partes, cuando en procesos destructivos de resolución de disputas concluyen dicha relación procesal con el desvanecimiento de su relación social.

A su vez, los procesos constructivos, según Deutsch, serían aquellos por los que las partes concluirían la relación procesal con un fortalecimiento de la relación social preexistente a la disputa. Para ese profesor, los procesos constructivos se caracterizan: i) por la capacidad de estimular a las partes a desarrollar soluciones creativas que permitan la compatibilización de los intereses aparentemente contrapuestos; ii) por la capacidad de las partes o del conductor del proceso (e.g. magistrado o mediador) a motivar a todos los implicados a que prospectivamente solucionen las cuestiones sin atribución de culpa; iii) por el desarrollo de condiciones que permitan la reformulación de las cuestiones ante eventuales *impasses*¹¹⁰, y iv) por la disposición de las partes o del conductor del proceso a tratar, además de las cuestiones jurídicamente tuteladas, de todas y cualquier cuestiones que estén influenciando la relación (social) de las partes. Como ejemplo, incluso una pareja en vías de separación puede ser orientada por medio de un proceso constructivo en la medida en que el conductor de ese procedimiento esté apto a motivar a las partes para que, ante la inevitable ruptura del vínculo conyugal, estas puedan desarrollar la mejor relación posible en la fase posterior a la separación, suponiendo, en el ejemplo, que las partes mantendrán algún vínculo por razón de la existencia de hijos.

Así, volviendo al concepto de Zamora y Castillo, el proceso (judicial), de hecho, rinde con frecuencia menos de lo que debería, en parte porque se dirige, bajo su alcance social¹¹¹, la pacificación haciendo uso, mayormente, de mecanismos destructivos de resolución de disputas a las que ese autor mexicano denominó “defectos procedimentales”.

Buscando atender al predicado de efectividad para que, cuando sea posible, sean incluidos procesos constructivos de resolución de disputas, los ordenamientos jurídico-procesales modernos están sufriendo sensibles alteraciones en la medida en que pasan a estar compuestos de varios procesos distintos. Ese espectro de procesos (e.g. proceso judicial, arbitraje, mediación, entre otros) forma un mecanismo denominado sistema pluriprocesal¹¹². Con el pluriprocesalismo se busca un ordenamiento jurídico

¹¹⁰ DEUTSCH, *op. cit.*, p. 360.

¹¹¹ Cf. ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, y DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª ed., 2000.

¹¹² Cf. SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference, 70 Federal Rules Decisions 111*, 1976; STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 13, 1998, p. 303; e BARBOSA, Iván Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* - Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

procesal en el cual las características intrínsecas de cada proceso se utilizan para reducir las ineficiencias inherentes a los mecanismos de solución de disputas en la medida en que se elige un proceso que permita conducir de la mejor manera posible la solución de la disputa en el caso concreto.

En esa complementariedad, se consideran las características intrínsecas o aspectos relativos a esos procesos en la elección del instrumento de resolución de la disputa (e.g., costes financieros, celeridad, secreto, mantenimiento de relaciones, flexibilidad procedimental, exequibilidad de la solución, costes o desgastes emocionales en la composición de la disputa, cumplimiento espontáneo del resultado y recurribilidad). Así, de haber una disputa en la cual las partes saben que aun se relacionarán en el futuro (e.g., disputa entre vecinos) como regla, se recomienda algún proceso que asegure elevados índices de mantenimiento de relaciones, como la mediación. Por otro lado, si una de las partes tiene interés en establecer un precedente o asegurar gran publicidad a una decisión (e.g., disputa relativa a los derechos individuales homogéneos referentes a consumidores) se recomienda un proceso que promueva elevada recurribilidad, necesaria para la creación de precedente en tribunal superior, y que sea poco sigiloso (e.g., proceso judicial). La moderna doctrina registra que esa característica de implicación del proceso a las particularidades de cada litigio proviene del llamado principio de la adaptabilidad¹¹³.

En gran parte, esos distintos procesos ya se están aplicando en los tribunales brasileños como forma de prestar efectividad al sistema. La llamada institucionalización¹¹⁴ de estos instrumentos empezó al final de la década de los 70, en los Estados Unidos de América, en razón de una propuesta del profesor Frank Sander¹¹⁵ denominada *Multidoor Courthouse* (Tribunal Multipuertas)¹¹⁶. Esta organización judicial propuesta por el Tribunal Multipuertas se compone de un Poder Judicial como un centro de resoluciones de disputas, con distintos procesos, basado en la premisa de que hay ventajas y desventajas de cada proceso que deben ser consideradas en función de las características específicas de cada conflicto. Así, en vez de que exista apenas una “puerta”, el proceso judicial que lleva a la sala de audiencia, el TM trata de un amplio sistema con distintos tipos de proceso que forman un “centro de justicia”, organizado por el Estado, en el que las partes pueden ser direccionadas al proceso adecuado a cada dispu-

¹¹³ v. Principio de la adaptabilidad del organismo a las exigencias del proceso in CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I § 54, p. 198 apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª ed., 2000, p. 290.

¹¹⁴ GOLDBERG, Stephen *et alii.*, *op. cit.*, p. 432.

¹¹⁵ SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference*, 70 *Federal Rules Decisions* 111, 1976.

¹¹⁶ Cf. STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities in Ohio State Journal on Dispute Resolution* n° 13, 1998, p. 303.

ta. En ese sentido, se nota que el magistrado, además de la función jurisdiccional que le ha sido atribuida, asume también una función gerencial¹¹⁷, puesto que, aunque la orientación al público sea hecha por un funcionario, al magistrado le cabe la fiscalización y el seguimiento¹¹⁸ para asegurar la efectiva realización de los objetivos pretendidos por el ordenamiento jurídico procesal, o, como mínimo, que los auxiliares (e.g., mediadores) estén actuando dentro de los límites impuestos por los principios procesales constitucionalmente previstos.

Se puede afirmar que, por intermedio del pluriprocesalismo, al magistrado se le ofrecen opciones para que pueda dirigir a las partes en conflicto a un proceso constructivo. Esto se debe a que, como regla¹¹⁹, al presentarse ante determinado tribunal, la parte pasa por un procedimiento de triaje para averiguar qué proceso sería más recomendable para la situación concreta que lo llevó al Poder Judicial. En algunos sistemas procesales, el triaje es incluso compulsorio, la parte no puede dejar de utilizar el proceso indicado por el tribunal¹²⁰.

De los diversos ejemplos encontrados en Brasil de sistemas pluriprocesales (en los que se encuentran, como regla, programas de mediación forense), merecen destaque, por ser bastante ilustrativos y por ya haber obtenido excelentes resultados, el Servicio de Mediación Forense del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, el Núcleo de Conciliación Previa del Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, el Servicio de Mediación de Familia del Tribunal de Justicia de Santa Catarina, el Programa de Mediación en el Sistema Financiero de Viviendas del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, el Programa de Mediación Comunitaria del Tribunal de Justicia de Acre y el Tribunal Multipuertas instituido en el Juzgado Especial en Curitiba por el Tribunal de Justicia de Paraná. Estos proyectos, claramente se proponen a ser modelos de resolución de disputa que puedan configurarse como complementos de la prestación jurisdiccional en primera instancia.

En ese contexto, se constata que poco a poco el juez pasa a ser más que un sentenciador, para ser también un administrador de procesos de resolución de disputas o un “gestor de conflictos”¹²¹, al analizar qué demandas, ante circunstancias y hechos concretos, deben seguir hacia un proceso autocompositivo (e.g., mediación) y cuáles pueden ser solventadas por heterocomposición sin la pérdida de legitimidad o estímulo a la perpe-

¹¹⁷ RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, n° 96, p. 435.

¹¹⁸ Cf. ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *University of Chicago Law Review* n° 53, p. 323.

¹¹⁹ v. STIPANOWICH, Thomas J., *op. cit.*, p. 304.

¹²⁰ GOLDBERG, Stephen *et alii.*, *op. cit.*, p. 433.

¹²¹ RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, *Harvard Law Review*, n° 96, 1986.

tuación de la litigiosidad, incluso tras la sentencia firme¹²². Además, como parte significativa de la “gestión de conflictos” por el magistrado, se constata patente la preocupación con la elección del proceso de resolución de disputas, para que las partes sean dirigidas, siempre que sea posible, a procesos constructivos, como forma de efectivamente producir, ante el jurisdiccional, la pacificación social a que se destina el ordenamiento jurídico, bajo la óptica social.

2. PERSPECTIVAS AUTOCOMPOSITIVAS DEL DERECHO PROCESAL, LA MEDIACIÓN FORENSE EN BRASIL Y SU LENTA TRANSICIÓN HACIA PROCESOS CONSTRUCTIVOS

La moderna Teoría General del Proceso en Brasil¹²³ sostiene que la jurisdicción, en cuanto a función, poder y actividad del Estado por intermedio de la cual este se sustituye a los titulares de los intereses contrapuestos para, imparcialmente, buscar la pacificación de determinado conflicto por medio de criterios justos imponiendo imperativamente determinadas decisiones, está caracterizada básicamente por diversas propiedades fundamentales, una de las cuales merece especial atención: la sustitutividad. Se considera que es atribución del Estado sustituir la voluntad de las partes implicadas en el conflicto para, cuando provocado, definitivamente componer la lid.

Chioyenda sostiene además que la jurisdicción es una actividad secundaria¹²⁴, definiéndola, por lo tanto, como poder estatal atribuido a una determinada autoridad para aplicar la norma al hecho concreto, buscando la composición de lides en razón de que esa resolución de controversia no haya sido alcanzada espontáneamente por las partes. Cabe registrar que, bajo esta óptica, el deber principal o primario de resolución de conflicto está considerado como siendo de las propias partes, debiendo el Estado intervenir únicamente cuando las partes no son bien sucedidas en esta actividad o, según la óptica de Garth y Cappelletti, intervenir para estimular la autocomposición bajo los auspicios del Estado.

¹²² En cuanto a la permanencia de litigiosidad tras la sentencia firme, en otra oportunidad fue definida litigiosidad remanente como aquella que persiste entre las partes tras el término de un proceso de composición de conflictos en razón de la existencia de conflictos de interés que no fueron tratados adecuadamente. Como regla, se constata su existencia en el proceso judicial sea por no tratarse de materia jurídicamente tutelada (e.g., vecinos que permanecen en posiciones antagónicas en razón de comunicación ineficiente entre ambos) sea por no haberse expuesto dicha materia jurídicamente tutelada ante el Estado.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª edição, 1993, p. 131.

¹²⁴ CHIOYENDA, Giuseppe, *op. cit.*, p. 18.

Cabe mencionar que históricamente muchos procesalistas de renombre, como Zamora y Castillo, Goldschmidt, Chiovenda, entre otros, consideraban la conciliación como un mecanismo eficiente de resolución de disputas¹²⁵ y merecedor de incentivos, ya sean doctrinarios o legislativos. Sin embargo, de los diversos ensayos e intentos de implementar mecanismos autocompositivos dentro de sistemas procesales en la segunda mitad del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, no hay cualquier registro fidedigno de éxito de esos ensayos e intentos. De hecho, hay indicaciones de que cuando la autocomposición es impuesta, hay pérdida de su legitimidad, en la medida en que las partes muchas veces no son estimuladas a componer sus conflictos sino coaccionadas. En relación con esa conducta, también denominada de “pseudo-autocomposición”, mucho se ha escrito para criticarla. En ese sentido, vale registrar la opinión de Francesco Carnelutti, según el cual, “desgraciadamente, la experiencia ha demostrado, sin embargo, que no pocas veces (la autocomposición) se degenera en insistencias excesivas e inoportunas de jueces preocupados más bien en eliminar el proceso, que en conseguir la paz justa entre las partes”¹²⁶.

Se puede afirmar que la razón de la falta de éxito de esas propuestas legislativas del final del siglo XIX e inicio del siglo XX proviene de la forma con que la mediación/conciliación era dirigida. De los registros existentes¹²⁷ se constata que esos modelos se basaban fuertemente en una mediación intuitiva en la que cabría al conciliador dirigir el proceso según un criterio subjetivo de “sentido común”¹²⁸.

En razón de los resultados positivos de algunas iniciativas autocompositivas¹²⁹ basadas en la teoría multidisciplinaria, a partir de mediados del siglo XX, poco a poco, la “mediación intuitiva” fue sustituida por una “mediación técnica”¹³⁰. Un ejemplo característico de la utilización de esos

¹²⁵ ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pp. 13, 22 y 31.

¹²⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil - Volume II*, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 70

¹²⁷ v. notas de pie de página de números anteriores.

¹²⁸ Vale mencionar que, contemporáneamente, hay una corriente absolutamente minoritaria pregonando todavía ese procedimiento intuitivo. En ese sentido, v. WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Almed, 1998.

¹²⁹ Cf. AUERBACH, Jerold S., *Justice without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983.

¹³⁰ Para referencias bibliográficas acerca de esas técnicas y procesos de resolución de disputas nos hemos reportado a la dirección electrónica del Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> - bibliografía) donde se puede encontrar una lista detallada de obras. Se destacan, en especial, los siguientes trabajos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*,

instrumentos como alternativas técnicas a la actuación estatal fue la implantación de mediación por los líderes comunitarios¹³¹ en los Estados Unidos al inicio de la década de los 70¹³². Cabe mencionar que esta teoría multidisciplinaria se dio en función del desarrollo de investigaciones aplicadas y volcadas a asegurar mayor efectividad a esos procesos autocompositivos. Como ejemplo, se desarrolló en el campo de la psicología cognitiva una serie de proyectos volcados a la comprensión del modo a través del cual las partes perciben la realidad cuando se encuentran en conflicto¹³³. En el campo de las matemáticas aplicadas se desarrollaron estudios en aplicación de algoritmos¹³⁴ para la resolución de disputas¹³⁵.

En el campo de la economía, se empezó a aplicar conceptos retirados de la Teoría de los Juegos, como el Equilibrio de Nash, que aplicados a la resolución de disputas, sugieren posibilidades para que las partes consigan alcanzar acuerdos sin que haya necesariamente la sumisión a intereses de otros o la concesión mutua¹³⁶. Se nota, por lo tanto, el abandono de la práctica intuitiva de la conciliación en favor de una técnica específica desarrollada para esos nuevos instrumentos¹³⁷.

Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

- ¹³¹ GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992, p. 6.
- ¹³² Existen registros que indican la utilización de medios autocompositivos, en especial la mediación, desde la colonización norteamericana (AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983), pero los primeros registros de mediadores profesionales son de la década de los 40 (AARON, Benjamin, BURGOON, Donald, *et alii* (Orgs.), *The Railway Labor Act at Fifty*, Washington, DC: Ed. National Mediation Board 1977). Sobre la historia de la implementación de la mediación en los Estados Unidos *vide* GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.*, *op. cit.* p. 7.
- ¹³³ Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.
- ¹³⁴ Por algoritmo se entiende el proceso de resolución de un grupo de cuestiones similares, en las que se estipulan, en general, reglas formales para la obtención de resultados, o para la solución de esas cuestiones.
- ¹³⁵ Cf. BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.
- ¹³⁶ Sobre esos nuevos conceptos desarrollados *vide* ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*; PERRONI, Otávio, *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação*; e AZEVEDO, Gustavo Tranco, *Confidencialidade na mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- ¹³⁷ Para más detalles acerca de la metodología pedagógica referente a la formación de mediadores y abogados *vide* SCHMITZ, Suzanne J., *What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 2001; HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 1999; NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 *Washington University Law Quarterly*, 47, 1996.

Otra característica de esa mediación técnica es su procedimentalización. Se entiende que para que las técnicas sean aplicadas de forma adecuada, es necesaria la utilización de una estructura lógica y cronológica. Así, a pesar de poseer un rito más informal que el proceso judicial¹³⁸, la mediación posee una organización lógica, característica de un proceso de resolución de disputas.

Así, como la mediación es un proceso caracterizado por la flexibilidad procedimental, hay mucha divergencia sobre su procedimiento. John W. Cooley, juez federal jubilado, divide el proceso de mediación en ocho fases: i) *iniciación*: momento en el que las partes someten la disputa a una organización pública o privada o a un tercer neutro en relación al conflicto, para que se componga; ii) *preparación*: fase en la que los abogados se preparan para el proceso, recogiendo un conjunto de informaciones, como pueden ser los intereses de sus clientes, cuestiones fácticas y puntos controvertidos; iii) *sesión inicial o presentación*: momento en el que el mediador explica la naturaleza y el formato del proceso de mediación a los abogados y a las partes; iv) *declaración del problema*: cuando las partes, por ya haber estado debatiendo acerca de la disputa abiertamente, delimitan los puntos controvertidos que deberán ser objeto de acuerdo; v) *aclaración del problema*: fase en la que el mediador aísla las cuestiones genuinamente básicas en disputa, buscando relacionar mejor los intereses de las partes con las cuestiones presentadas; vi) *generación y evaluación de alternativas*: momento en el que el mediador estimula a las partes y a los abogados a desarrollar posibles soluciones para la controversia; vii) *selección de alternativas*: etapa en la que las partes, ante la diversas posibilidades desarrolladas en la fase anterior, deciden en cuanto a la solución; viii) *acuerdo*: momento en el que el mediador aclara los términos del acuerdo al que hayan llegado las partes y auxilia en la elaboración del término de transacción¹³⁹.

Respecto a la mediación forense, ante la flexibilidad procedimental antes mencionada, los diversos tribunales de justicia en Brasil también han adoptado procedimientos algo distintos entre ellos. Sin embargo, todos esos procedimientos tienen en común las siguientes fases de procesos auto-compositivos: i) *postulación*, a partir del discurso directo de la parte, de cuestiones e intereses; ii) *identificación*, por parte de los mediadores, de partes, intereses, sentimientos y cuestiones necesarias para el adecuado desarrollo del proceso; y iii) *resolución de las cuestiones* con auxilio de técnicas interdisciplinarias.

Pese a todo, más que poseer fases del proceso de mediación en común, los programas existentes hoy día en Brasil se han orientado explícita

¹³⁸ Cf. BACELLAR, Roberto Portugal, Juizados Especiais – A Nova Mediação Paraprocessual, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

¹³⁹ Cf. COOLEY, John W, A advocacia na mediação, Brasília: Ed. UnB, 2000.

o implícitamente a transformar el proceso estatal de resolución de disputas en un proceso constructivo, un medio por el cual las partes puedan, de forma eficiente, tratar sus cuestiones, necesidades e intereses a punto de permitir que los vínculos sociales existentes entre esas partes puedan salir fortalecidos.

Por una parte, esos programas sencillamente prestan efectividad a la característica sustitutiva de la jurisdicción, en la medida en que crean un mecanismo de resolución de disputas a través del cual el Derecho deja de ser la principal fuente de solución de cuestiones, para asumir una función secundaria. Esto se debe a que, en primer lugar, las partes son estimuladas a dirimir sus diferencias con base en sus intereses¹⁴⁰. Solo cuando no logren éxito en esa resolución con base en intereses es cuando las partes son dirigidas al proceso heterocompositivo estatal en el que se examinarán los hechos involucrados en la disputa para a continuación aplicar el Derecho. En suma, se constata en la mediación forense la efectivación de la característica de la sustitutividad de la jurisdicción al establecerse que la heterocomposición estatal solo se debe dar como actividad secundaria, tras haber agotado los efectivos intentos de actividad primaria, la autocomposición desarrollada considerando las características intrínsecas de esa forma de resolución de disputas.

Cabe destacar que esos nuevos modelos autocompositivos tienen el objetivo de permitir que las partes puedan, por intermedio de un procedimiento participativo, resolver sus disputas constructivamente al fortalecer las relaciones sociales, identificar intereses subyacentes al conflicto, promover relaciones cooperativas, explorar estrategias que vengán a prevenir o resolver futuras controversias¹⁴¹, y educar a las partes para una mejor comprensión recíproca¹⁴².

Los resultados recogidos en algunos proyectos-piloto de mediación forense en Brasil demuestran que, tras haber sido sometidas a ese proceso autocompositivo, la mayoría de las partes cree que la mediación las auxiliará a dirimir conflictos futuros. Como ejemplo, en la investigación realizada en el Programa de Mediación Forense del TJDFT con las partes que no llegaron a un acuerdo en mediación forense, se constató que más del 85% (ochenta y cinco por ciento) de los entrevistados¹⁴³ cree que el proceso del

¹⁴⁰ Cf. GOLDBERG, Stephen, *et alii.*, *op. cit.*

¹⁴¹ RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

¹⁴² Cf. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

¹⁴³ En el estudio realizado con partes que consiguieron negociar, todos contestaron creer que el proceso del cual habían participado les ayudará a mejor resolver cuestiones semejantes en el futuro.

cual habían participado los ayudaría a resolver mejor cuestiones semejantes en el futuro¹⁴⁴.

Programas similares en otros países¹⁴⁵ también presentan resultados similares, de los que se puede concluir una marcada tendencia en los ordenamientos jurídico-procesales de direccionar los procedimientos a que traten del futuro de la relación social de las partes en disputa (*i.e.*, para que sean prospectivos en la forma de direccionamiento de cuestiones) y para que sean más que conjuntos de actos coordinados lógica y cronológicamente, siguiendo brillantes modelos teóricos que, lamentablemente, en la práctica se proyectan como morosos, ineficientes y, en relación con la clasificación de Deutsch, en general, destructivos.

La discusión acerca de la introducción de mecanismos aptos a permitir que los procesos de resolución de disputas se hagan progresivamente constructivos debe necesariamente adelantarse a la simplificada y equivocada conclusión de que un proceso de resolución de disputas es mejor que otro. También se deben considerar soluciones generalistas, como si la mediación o el arbitraje fueran panaceas para un sistema en crisis¹⁴⁶. De los resultados obtenidos en los diversos proyectos-piloto en Brasil, se concluye que no es posible imponer un único procedimiento de mediación en todo Brasil ante patentes diferencias en los contextos fácticos (*fattispecie*¹⁴⁷) en razón de las cuales fueron elaboradas.

La experiencia, vinculada a investigaciones metodológicamente adecuadas¹⁴⁸, viene demostrando que para que un procedimiento sea efectivo, depende de las necesidades de las partes en conflicto, de los valores sociales relacionados a las cuestiones en debate y, sobre todo de la calidad de los programas. Una reciente investigación del Instituto RAND¹⁴⁹ ha constatado que no ha habido ventajas significativas para la mediación si comparada al proceso heterocompositivo judicial y concluyó que esos resultados

¹⁴⁴ Para más detalles sobre uno de esos resultados en Brasil vea informe del Projeto Piloto em Mediação Forense del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios publicado en internet en la página <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>

¹⁴⁵ Cf. PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nueva York: Center of Public Resources, 1992 y RHODE, Deborah, *op. cit.*

¹⁴⁶ Hay diversas situaciones en las que la mediación o el arbitraje no son recomendadas, *e.g.*, demandas que traten de intereses colectivos o que requieran elevado grado de publicidad (*e.g.*, Acciones Civiles Públicas provenientes de daños a la salud causados por el uso del amianto como aislante térmico).

¹⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo*, N° 6, p. 11, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

¹⁴⁸ v. RHODE, Deborah, *op. cit.* p. 132.

¹⁴⁹ El Instituto RAND es una organización (ONG) estructurada como una Sociedad Anónima (Corporation) y tiene como propósito conducir estudios multidisciplinarios tanto en el sector público como en el privado con la intención de auxiliar en el desarrollo de políticas públicas por intermedio de estudios empíricos y analíticos. Para mayores informaciones v. <http://www.rand.org/>.

insatisfactorios provienen de programas que no habían sido adecuadamente desarrollados para atender a los objetivos específicos que los usuarios de dicho proceso buscaban. Esos proyectos examinados por el Instituto RAND tuvieron, como concluye la investigación, insuficiente preparación de mediadores y oportunidades inadecuadas para la participación de los implicados¹⁵⁰.

Según la profesora Deborah Rhode¹⁵¹, la mayoría de los estudios indican que la satisfacción de los usuarios con el debido proceso legal depende fuertemente de la percepción de que el procedimiento fue justo y alguna participación del jurisdicionado en la selección de los procesos que se utilizarán para dirimir sus cuestiones aumenta significativamente esa percepción de justicia. De la misma forma, la incorporación por el Estado de mecanismos independientes y paralelos de resolución de disputas aumenta la percepción de fiabilidad (*accountability*) en el sistema¹⁵².

En ese sentido, algunos ejemplos brasileños merecen destaque, como el programa de mediación del TRF de la 4ª Región¹⁵³, donde se flexibilizó la confidencialidad característica de la mediación, para permitir que las partes puedan seguir las mediaciones de los reos en demandas similares referentes al Sistema Financiero de Viviendas, al posibilitar el acceso a los usuarios del sistema para mayores informaciones sobre los tipos de acuerdos firmados en casos semejantes y de las relevantes cuestiones de hecho y de derecho. De esa forma, los Jueces Federales encargados de dirigir el proceso de mediación consiguieron prestar mayor transparencia y celeridad a ese proceso.

En suma, se constata que lentamente el Derecho procesal se va desarrollando independientemente de una equivocada orientación de que el ordenamiento jurídico procesal solo se desarrolla por intermedio de reformas procedimentales impuestas en alteraciones legislativas. Con el desarrollo de proyectos-piloto bien sucedidos en mediación forense se ha concluido que es posible el desarrollo de procesos constructivos bajo los auspicios del Estado. Naturalmente, tal hecho solo ocurrirá si, siguiendo las conclusiones alcanzadas a partir del estudio arriba referido elaborado por el Instituto RAND, existe: i) adecuada planificación del programa de mediación forense considerando la realidad fáctica de la unidad de la federación o incluso de la comunidad; ii) adecuado entrenamiento de mediadores; y iii)

¹⁵⁰ HENSLER, Deborah, R. Puzzling over ADR: Drawing Meaning from the RAND Report, *Dispute Resolution Magazine* Nº 8, 1997, p. 9, *apud* RHODE, Deborah, *op. cit.* p. 133.

¹⁵¹ *Op. cit.* p. 135.

¹⁵² Lind e Taylor, *Procedural Justice*, 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judicial ADR*, 353-354 *apud* Rhode, *op. cit.* p. 135.

¹⁵³ Los datos presentados en esta oportunidad fueron tomados de la ponencia del Juez Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos realizada el día 4.3.2004 en el 4º Congreso Brasileño de Administración de Justicia realizado por el Consejo de Justicia Federal, Brasília, Brasil.

adecuadas oportunidades para que las partes puedan directamente participar del proceso.

3. TENDENCIAS DE LA AUTOCOMPOSICIÓN EN BRASIL

Ante un complejo ordenamiento jurídico procesal compuesto de distintos y nuevos procesos cuya efectividad en gran parte se relaciona con la ingeniosidad o la creatividad con la cual son gestionados, se puede afirmar de forma segura que la inserción de un sistema de mediación forense no se destina apenas a reducir el volumen del trabajo del magistrado. Esto se debe a que independiente de la proporción de magistrado por habitante, los jueces en estados democráticos de derecho siempre tendrán mucho trabajo. Un ejemplo evidente es el de Alemania, donde hay, proporcionalmente a la población, aproximadamente 16 (dieciséis) veces más jueces que en Brasil¹⁵⁴ y en ambos sistemas hay abundante trabajo a ser realizado por los magistrados. De hecho, con la inserción de un sistema de mediación forense lo que se alcanza es una mayor especialización del trabajo del magistrado, en la medida en que pasa a juzgar solo los casos en los que las partes, incluso utilizando técnicas autocompositivas idóneas, no han conseguido resolver directamente.

Es importante destacar que las experiencias registradas en este artículo se refieren a proyectos brasileños en los que el magistrado mantiene la libertad de recomendar, directamente o por intermedio de un auxiliar, que las partes hagan uso de un proceso autocompositivo (e.g., mediación) según las circunstancias y el contexto en el que estas se encuentren. Esa propuesta, originalmente cuñada como *court referred* o *court mandated mediation*¹⁵⁵ (mediación referida o determinada por tribunal), acertadamente parte del supuesto de que el desarrollo de un sistema que automáticamente seleccione qué casos merecen o no ser referidos a la mediación, muchas veces excluye de la autocomposición disputas que grandemente serían favorecidas por ese proceso y por el instructivo contacto con el magistrado en cuanto a la adecuación de la mediación para aquel contexto. Por otra parte, se nota también que en situaciones de elección de casos por criterios legislativos, frecuentemente se les impone a las partes un proceso del cual no tienen interés en participar, proporcionando innecesaria pérdida de tiempo y legitimidad.

¹⁵⁴ BRASIL, Diagnóstico do Poder Judiciário, Brasília: Imprensa Oficial, 2004.

¹⁵⁵ Sobre el tema, *vide*, entre otros, STREETER-SCHAEFER, Holly, A Look At Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review N° 49, 2001, p. 367; WRIGHT NELSON, Dorothy, ADR in the Federal Courts One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public, Ohio State Journal on Dispute Resolution N° 17, 2001, p. 1.; BARUCH BUSH, Robert A., Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades, The Review of Litigation N° 15, 1996, p. 455.

De hecho, en Brasil los programas de mediación institucionalizada que presentan mayor grado de satisfacción de los usuarios son aquellos en los que hay un funcionario encargado de proceder con el triaje de cuáles casos seguirán a alguna forma de proceso autocompositivo. Cabe señalar que con alguna frecuencia ese triaje también lo hace el propio magistrado, como lo registra la bien sucedida experiencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios¹⁵⁶.

A su vez, el Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, por intermedio de su Núcleo de Conciliación Previa volcado a las cuestiones de familia, ha adoptado un procedimiento claramente dirigido a transformar la relación jurídica procesal de las partes en un proceso constructivo¹⁵⁷. Esto se debe a que, tanto en el contacto con el magistrado como con el conciliador, existe una preocupación patente en no imponer el acuerdo frente a las partes más sí estimularlas a que presenten propuestas. Además, en ese programa, cuando la conciliación termina frustrada se orienta a las partes a la unidad de apoyo psicosocial.

Según lo descrito, ante las innovaciones que provienen principalmente de la diligencia e ingeniosidad de magistrados y funcionarios que hacen uso de doctrina¹⁵⁸ desarrollada con cuño marcadamente interdisciplinario y con base legal en lo permisivo contenido en el Art. 125, IV del Código Procesal Civil¹⁵⁹, algunos Tribunales de Justicia en Brasil ya han desarrollado programas de mediación forense.

Naturalmente, con bastante frecuencia muchos abogados presentan dudas y planteamientos sobre esos programas. Sin duda, muchas de esas preocupaciones provienen del incómodo existente en la participación de abogados en la conciliación de los juzgados especiales; los juzgados de pequeñas causas recibieron por la Ley nº 9.099/95 la denominación de

¹⁵⁶ v. informe del Proyecto Piloto en Mediación Forense del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios publicado en internet en la página <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>

¹⁵⁷ Para mayores detalles en cuanto a ese Núcleo de Conciliação Prévia del Tribunal de Justicia del Estado de Bahía v. <http://www.tj.ba.gov.br/projetos/ncp/ncp.htm>

¹⁵⁸ Como indicado antes, para referencias bibliográficas acerca de esos procesos de resolución de disputas nos reportamos a la dirección electrónica del Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (<http://www.unb.br/fd/gt> - bibliografía) donde se puede encontrar una lista detallada de obras. Se destacan, en especial, los siguientes trabajos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

¹⁵⁹ "Art. 125. El juez dirigirá el proceso conforme las disposiciones de este Código, cabiéndole: IV- intentar, a cualquier tiempo, conciliar las partes".

“juzgados especiales” donde, por equívoco del legislador, no hubo la previsión de cualquier preparación para los conciliadores. Además, hasta la presente fecha, algunos programas brasileños buscan, erróneamente, excluir al abogado de la autocomposición prevista preliminarmente a la audiencia de instrucción¹⁶⁰. Sin embargo, existen datos concretos¹⁶¹ que indican que la satisfacción de los abogados cuando están ante procesos autocompositivos es mayor que cuando están ante procesos heterocompositivos. Naturalmente, esos resultados de satisfacción de abogados se obtienen solamente cuando hay la aplicación de adecuada técnica de mediación en lo que concierne a los abogados¹⁶².

4. CONCLUSIONES

Pese al significativo número de instituciones particulares que prestan servicios de mediación en Brasil, la gran demanda por procesos autocompositivos surge en los propios tribunales de justicia de los diversos estados brasileños. Muchos ya han implementado proyectos-piloto para adecuadamente adaptar la mediación al sistema público de resolución de disputas. De hecho, lentamente los tribunales de justicia en Brasil se van concienziando sobre la necesidad de formación técnica de sus autocompositores.

Ante la significativa contribución de Morton Deutsch al presentar la definición de procesos constructivos de resolución de disputas, se puede afirmar que se dio alguna recontextualización acerca del concepto de conflicto en la medida en que se registró que es un elemento de la vida que inevitablemente hace parte de todas las relaciones humanas y contiene potencial de contribuir positivamente en esas relaciones. En ese sentido, con base en construcciones teóricas de carácter multidisciplinario corroboradas por proyectos-piloto existentes en Brasil, se puede afirmar que, si conducido constructivamente, el conflicto puede proporcionar crecimiento

¹⁶⁰ La buena técnica autocompositiva, según Cooley, recomienda que los abogados sean recibidos en conciliaciones y mediaciones como los excelentes operadores de resolución de conflicto que en general son. Para tanto, se hace necesaria la instrucción del abogado acerca de los diferentes papeles desempeñados en procesos autocompositivos y heterocompositivos. Cabe registrar que esta instrucción para la abogacía en mediación/conciliación debe ocurrir al inicio de cada mediación con la declaración de apertura del mediador. En el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios se distribuyen libros explicativos sobre la mediación y el desarrollo de la abogacía en esos procesos autocompositivos. Naturalmente, dicha instrucción debería ocurrir también en las facultades de Derecho pero, a excepción de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia y de la Facultad Unisinos en Rio Grande do Sul, hasta el presente año no hay cursos de mediación/conciliación en el currículo de las Facultades de Derecho en Brasil. Específicamente sobre el tema de abogacía en la mediación *vide* COOLEY, John W, *A advocacia na mediação*, Brasília: Ed. UnB, 2000.

¹⁶¹ v. notas de pie de página anteriores.

¹⁶² Cf. COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000,

personal, profesional y organizacional¹⁶³. El abordaje del conflicto que considera que, si dirigido con la técnica adecuada, se trata de un importante medio de conocimiento, maduración y aproximación de los seres humanos, impulsa relevantes alteraciones en cuanto a la ética y a la responsabilidad profesional.

Semejantes alteraciones ocurrieron a mediados del siglo XIX, período en el que muchos médicos aún se vestían, para el ejercicio de sus oficios, con pesados abrigos de piel y ropa negra, como señal de distinción. En esa época el médico húngaro Ignaz Semmelweis al darse cuenta de que muchos profesionales iban de la sala de autopsia a la sala de parto del Hospital General de Viena sin cambiarse de ropa o ni siquiera lavarse las manos, concluyó que algún desconocido “material cadavérico” causaba la elevadísima tasa de mortalidad en parturientas de aproximadamente el 13% (trece por ciento)¹⁶⁴. Al proponer que los médicos se lavaran las manos con una solución a base de cloro, Semmelweis constató una caída de aproximadamente un 85% (ochenta y cinco por ciento) en la tasa de mortalidad, reduciéndola al 2% (dos por ciento) de los casos. Posteriormente, cuando volvió a Hungría y consiguió persuadir a sus colegas médicos a que abandonaran los trajes oscuros y a que utilizaran ropas blancas, alcanzó una nueva reducción del índice de mortalidad de aproximadamente el 60% (sesenta por ciento), llegando a niveles de letalidad del 0,85% (cero coma ochenta y cinco por ciento) de los casos. Las ideas sobre la transmisibilidad de microorganismos patógenos (gérmenes) por intermedio de los médicos fueron recibidas con mucho escepticismo en Austria, donde Semmelweis desarrolló dicha teoría. En parte, muchos médicos se resistían a la idea de tener que cambiar diversas convenciones sociales y utilizar ropas blancas, vestimentas inusitadas para la época. Por otro lado, muchos no creían que podrían estar sirviendo como medio de transmisión de enfermedades.

Al igual que con la relación de los médicos con los agentes patológicos, en el Derecho Brasileño, en especial ante el concepto presentado por Morton Deutsch de procesos contractivos de resolución de disputas, se constata que en gran parte el ordenamiento jurídico procesal, que se dirige predominantemente a la pacificación social, se organiza alrededor de procesos destructivos lastrados en procedimientos fundados, en general, únicamente en el derecho positivo. Las partes cuando buscan el auxilio del Estado para solucionar sus conflictos tienen, generalmente, el conflicto acentuado ante procedimientos que abstractamente se presentan como brillantes modelos de lógica jurídica-procesal. Sin embargo, en la práctica acaban por mostrarse ineficientes y frecuentemente debilitan las relaciones

¹⁶³ Cf. DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000.

¹⁶⁴ v. RISSE, G.B., *Semmelweis, Ignaz Philipp*. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gillespie, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.

sociales preexistentes entre las partes en conflicto. Cuando un juez de derecho sentencia, determinando con quién se quedará la guardia de un hijo o los valores por pagar a título de alimentos, pone fin, bajo la perspectiva del derecho positivado, a un determinado litigio, pese a todo, y además de no resolver la relación conflictiva, muchas veces agrava el propio conflicto, creándoles nuevas dificultades a los padres e hijos¹⁶⁵. Queda claro que el conflicto, en muchos casos, no puede ser resuelto por la abstracta aplicación de la técnica de subsunción. Al considerar que su función consiste solo en examinar cuáles hechos han sido demostrados para a continuación indicar el derecho aplicable a la especie (subsunción), el operador del derecho muchas veces desconsidera un componente fundamental en el conflicto y en su resolución: el ser humano.

Con la incorporación de diversos procesos al sistema procesal brasileño, se constata que el operador del derecho debe pasar también a: i) preocuparse con la litigiosidad remanente –aquella que persiste entre las partes tras el término de un proceso de composición de conflictos en razón de la existencia de conflictos de intereses que no fueron tratados en el proceso judicial sea por no tratarse de materia jurídicamente tutelada (e.g., vecinos que permanecen en posiciones antagónicas en razón de comunicación ineficiente entre ambos), sea por no haberse tratado de dicha materia jurídicamente tutelada ante el Estado; ii) volcarse, en atención al principio del empoderamiento¹⁶⁶, a un modelo preventivo de conflictos en la medida en que se capacita a las partes a componer mejor sus conflictos, educándolas con técnicas de negociación y mediación; y iii) dirigirse como instrumento de pacificación social para que haya una mayor humanización del conflicto (*i.e.*, comprensión recíproca), en atención al principio de la validación o principio del reconocimiento recíproco de sentimientos¹⁶⁷.

En la medida en que ese nuevo paradigma de ordenamiento jurídico se desarrolla en Brasil, se nota la necesidad de adecuación del ejercicio profesional de los magistrados para que asuman cada vez más una función de gestionar las disputas (o gestión de procesos de resolución de disputas). Naturalmente, el cambio de paradigma proveniente de esa nueva sistemática procesal alcanza no solo a los magistrados, sino que también a todos los operadores del derecho, puesto que al ejercer sus actividades profesionales deben volcarse a una actuación cooperativa enfocada en la solución de controversias de manera más eficiente y constructiva. Se ha creado la necesidad de un operador de derecho que trate de cuestio-

¹⁶⁵ v. artículo del Prof. Alexandre Araújo Costa en la obra AZEVEDO, André Gomma (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 3, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

¹⁶⁶ v. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994

¹⁶⁷ BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *op. cit.*, pp. 191 y sigs.

nes como un efectivo pacificador o como mínimo, como un solucionador de problemas (o cuestiones).

Las perspectivas metodológicas del proceso de mediación en Brasil reflejan una creciente tendencia de observar al operador de derecho como un efectivo pacificador incluso en procesos heterocompositivos, porque empieza a existir la preocupación con el medio más eficiente de componer cierta disputa en la medida en que esta elección pasa a reflejar la propia efectividad del profesional. La composición de conflictos “bajo los auspicios del Estado”, por una parte, impone una carga adicional al magistrado que deberá seguir y fiscalizar a sus auxiliares (e.g., mediadores y árbitros), aunque solo sea cuando solicitado como en el ejemplo de la demanda anulatoria de arbitraje. Por otra parte, la adecuada sistematización de esos mecanismos y su estímulo para que las partes los utilicen es una tendencia marcante del derecho procesal, en la medida en que “va ganando cuerpo la conciencia de que, si lo que importa es pacificar, pasa a ser irrelevante que la pacificación venga por obra del Estado o por otros medios, siempre que sean eficientes”¹⁶⁸.

Al pasar alegóricamente a los conceptos de higiene administrativa presentados por Semmelweis, se concluye que, por una parte, los operadores del área de salud tienen la responsabilidad profesional volcada a la extensión de la vida, y por otra, los operadores del área del derecho están deontológicamente relacionados a la pacificación social y a la preservación y perfeccionamiento de las relaciones sociales. Además, de la misma forma con que muchos médicos, sobre todo en el pasado, pese a las evidentes buenas intenciones de preservar la vida de sus pacientes, acababan infectándolos con agentes patológicos, los operadores del derecho en la mayor parte de las veces muy bien intencionados tienen grandes dificultades (por falta de entrenamiento técnico) en auxiliar a las partes en disputa a resolver constructivamente sus discrepancias. Como lo ejemplificado antes, cuando un juez de derecho sentencia determinando con quién se quedará la guardia de un hijo o los valores por pagar a título de alimentos, pone fin, para fines del derecho positivado, a un determinado litigio, pero además de no resolver la relación conflictiva, muchas veces, acaba por estimular el conflicto, creando nuevas dificultades entre los divorciados/separados y entre los hijos.

Los proyectos-piloto de institucionalización de la mediación en Brasil han obtenido notables resultados y ya han contribuido significativamente para el ordenamiento jurídico procesal brasileño. Esto se debe a que todos los ejemplos mencionados antes se desarrollaron no en razón de un imperativo legal positivado, sino que en función de: i) diligentes operadores del derecho que efectivamente planificaron dichos proyectos, lastrados en genérica norma procesal prevista en el art. 125, IV del Código de Proceso

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *op. cit.*, p. 29.

Civil y considerando las características específicas de cada región o unidad de la federación brasileña; ii) se utilizaron técnicas autocompositivas propias por intermedio de mediadores adecuadamente preparados¹⁶⁹; iii) se desarrollaron muchos programas con claras orientaciones cualitativas (*i.e.*, se dirige el proceso no apenas buscando un elevado número de transacciones, sino que una elevada satisfacción de los usuarios en cuanto al proceso y su resultado¹⁷⁰); y iv) hubo apoyo de los magistrados involucrados para que los programas fueran adaptados a las necesidades y características de cada tribunal o fuero y dirigidos con tiempo suficiente para que las partes pudieran adecuadamente manifestarse.

En lo que concierne al papel del magistrado ante esa nueva realidad del ordenamiento jurídico procesal, cabe mencionar que esa nueva conducta profesional está únicamente adecuándose a la nueva concepción del Derecho presentada contemporáneamente por diversos autores, entre los cuales se destaca Boaventura de Souza Santos que afirma que “se concibe el derecho como el conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justificables en un grupo dado, que contribuyen con la identificación y prevención de litigios y con la resolución de los mismos a través de un discurso argumentativo, de amplitud variable, apoyado o no por la fuerza organizada¹⁷¹”.

Se puede concluir que el creciente uso de la mediación en Brasil está dirigida como medio de complementación de la estructura estatal de resolución de disputas y proviene, principalmente, de dos factores básicos del desarrollo de la cultura jurídico-procesal brasileña: (i) de un lado crece la percepción de que el Estado viene fallando en su misión pacificadora en razón de factores como, entre otros, la sobrecarga de los tribunales, los elevados gastos con los litigios y el excesivo formalismo procesal¹⁷²; (ii) por otro lado, se ha aceptado el hecho de que el ámbito social más elevado de las actividades jurídicas del Estado es eliminar conflictos mediante crite-

¹⁶⁹ Como lo indicado arriba, sobre las diversas técnicas existentes v. la dirección electrónica del Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (<http://www.unb.br/fd/gt-bibliografia>) donde se puede encontrar una lista detallada de las obras. Sin embargo, se destacan, en especial, los siguientes trabajos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

¹⁷⁰ Sobre las orientaciones cualitativas en mediación forense v. nota de pie de página nº 156.

¹⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72, apud VEDANA, Vilson Malchow, *Programa de Mediação Comunitária*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, en proceso de impresión editorial.

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *op. cit.*, p. 83.

rios justos¹⁷³ y, a la vez, se pregona una “tendencia en cuanto a los ámbitos del proceso y del ejercicio de la jurisdicción que es el abandono de fórmulas exclusivamente (positivadas)¹⁷⁴”.

Con dicho abandono de fórmulas exclusivamente positivadas para la actuación del Estado en su función de resolver disputas a través de criterios justos, se constata inevitable la aproximación de técnica propia y la asunción de nuevas funciones para que todos los operadores del derecho y en especial los magistrados efectivamente actúen como agentes catalizadores de pacificación social y sean capaces de resolver lides constructivamente al fortalecer relaciones sociales, identificar intereses subyacentes al conflicto, promover relaciones cooperativas, explorar estrategias que sirvan para prevenir o resolver futuras controversias¹⁷⁵, y educar a las partes para una mejor comprensión recíproca¹⁷⁶.

En el actual ordenamiento jurídico procesal brasileño hay amplias oportunidades de mejoría y concretas demostraciones de que los procesos constructivos no solo son viables sino que determinantes para la efectividad del sistema procesal. Los diligentes e ingeniosos magistrados y funcionarios que brillantemente desarrollan los proyectos-piloto ejemplificados antes, demuestran, tal como lo que hizo Semmelweis en el área de la salud, que al operador de derecho le compete examinar con mucho cuidado si su actuación y técnica están produciendo resultados constructivos, al aproximar las partes en disputa y mejorar la relación social entre susodichas partes, o destructivos, al aplicar de forma cruda las normas procesales a punto de eventualmente permitir que entre las partes en conflicto subsista litigiosidad tras el pronunciamiento de una sentencia, lo que seguramente produce la debilitación de la relación social que vincula las partes. Ante la teoría del conflicto existente¹⁷⁷, ya no le cabe al operador, y en especial al

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. Malheiros, 8ª edição, São Paulo, 2000, p. 161.

¹⁷⁴ Cabe destacar que la expresión utilizada por Dinamarco se refiere al abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas (DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.* p., 157). Sin embargo, ante nuevas concepciones sobre qué viene a ser “jurídico” o no (v. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72), hemos optado por substituir esa última palabra.

¹⁷⁵ RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

¹⁷⁶ BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

¹⁷⁷ Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973; DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; BUNKER, Barbara B. *et alii*, *Conflict, Cooperation & Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1995; MAYER, Bernard, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; MAYER, Bernard, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2004.

abogado, al promotor de justicia y al magistrado, posicionarse detrás de togas oscuras y actuar bajo un manto de tradición para permitir que las partes, cuando busquen auxilio del Estado para la solución de sus conflictos, reciban tratamiento que no sea el volcado a estimular mayor comprensión recíproca, humanización de la disputa, manutención de la relación social y, por consecuencia, mayor realización personal, además de mejores condiciones de vida.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, Kenneth et. alii, *Barriers to Conflict Resolution*; Ed. W. W. Norton & Company, 1995.
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- AUERBACH, Jerold S., *Justice without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- *O processo de negociação: Uma breve apresentação de inovações epistemológicas em um meio autocompositivo*, *Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Nº 11, Jul./Dez. 2001, pp. 13 a 24.
- *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- AZEVEDO, Gustavo Tranco, *Confidencialidade na mediação*, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- BARBOSA, Ivan Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- BARUCH BUSH, Robert et al., *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.
- BIRKE, Richard e FOX, Craig R, *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 4:1, 1999.
- BRADENBURGER, Adam e NALEBUFF, Barry, *Co-opetition*, Nova Iorque: Ed. Currency Doubleday, 1996.
- BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.
- BRAZIL, Wayne D, *For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to*

Concerns or Objections Raised by Counsel in 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution, N° 16, 2000.

- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, Acesso à Justiça, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho procesal Civil, Vol. I, São Paulo: Ed. Bookseller, 2001., Instituições do Processo Civil, Vol. I, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, Elementos de Teoria Geral do Processo, São Paulo: Ed. Forense, 2ª ed., 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de Derecho procesal Civil, Vol. II. São Paulo: Ed. Bookseller, 2ª edição, 2000.
- COOLEY, John, The Mediator's Handbook, Notre Dame, IL: Ed. Nita, 2000.
- COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Processal Civil, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958.
- DEUTSCH, Morton; The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª ed., 2000., Nova Era do Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2003.
- ELLIOTT, E. Donald, Managerial Judging and the Evolution of Procedure, in University of Chicago Law Review nº 53, 1986.
- GOLANN, Dwight. Mediating Legal Disputes, Nova Iorque, NY: Ed. Little, Brown and Company, 1996.
- GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et al.* Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes, Nova Iorque, NY: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, Teoria Geral do Processo, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª edição, 1993
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Novas Tendências do Derecho procesal, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª ed. 1990.
- HENNING, Stephanie A., A Framework for Developing Mediator Certification Programs, 4 Harvard Negotiation Law Review. 189, 1999.
- LAX, David e SEBENIUS, James K., The Manager as a Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain, Nova Iorque, NY: Ed. Free Press, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. Toward Another View of Negotiation: The Structure of Legal Problem Solving, 31 UCLA L. Rev. 754; 1984.
- MNOOKIN, Robert *et al.*, Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, Cambridge, MA: Ed. Harvard University Press, 2000.

- MOORE, Christopher; O Processo de Mediação. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline M., Mediation And The Search For Justice Through Law, 74 Washington University Law Quarterly. 47, 1996.
- PERRONI, Otávio, Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- PIRES, Amom Albernaz, Mediação e Conciliação: Breves reflexões para uma conceituação adequada in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RESNIK, Judith, Managerial Judges, in Harvard Law Review, nº 96, 1986.
- RISKIN, Leonard. Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed in Harvard Negotiation Law Review, v. 1:7, 1996.
- SANDER, Frank E.A., Varieties of Dispute Processing, in The Pound Conference, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.
- SCHMITZ, Suzanne J., What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation, 6 Harvard Negotiation Law Review, 189, 2001.
- SHELL, Richard G, Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People, Ed. Viking Penguin Publishers, 1999.
- SLAIKEU, Karl; No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003.
- STIPANOWICH, Thomas J., The Multi-Door Contract and Other Possibilities in Ohio State Journal on Dispute Resolution nº 13, 1998.
- WATANABE, Kazuo, Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in WATANABE, Kazuo (Coord.), Juizados Especial de pequenas causas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- YARN, Douglas E. Dictionary of Conflict Resolution, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.
- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, Processo, Autocomposição e Autodefesa, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

ARBITRAJE DOMÉSTICO E INTERNACIONAL EN CHILE: EN BÚSQUEDA DE LA ARMONÍA

ELINA MEREMINSKAYA¹⁷⁸

Sumario: 1. Introducción, 2. Principales rasgos del arbitraje doméstico, 3. Naturaleza del arbitraje doméstico e internacional, 4. Incorporación del arbitraje comercial internacional en el sistema jurídico chileno y su relación con la justicia ordinaria, 5. Epílogo, 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La legislación que rige el arbitraje en Chile remonta sus orígenes a fines del siglo XIX, más precisamente, a la Ley Orgánica de Tribunales del año 1875. Desde entonces, el arbitraje se ha convertido en un exitoso método de resolución de conflictos y se ha ganado el reconocimiento del mundo jurídico chileno¹⁷⁹. En el año 2004, la Ley 19.971 incorporó al derecho chileno la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el arbitraje comercial internacional. Con ello fue creado un sistema dualista, en el cual cada una de las dimensiones del arbitraje cuenta con una regulación propia. El presente ensayo busca entregar una reseña del marco jurídico del arbitraje en Chile, poniéndose especial énfasis en la inserción del nuevo procedimiento del arbitraje internacional al derecho chileno.

¹⁷⁸ Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Directora de investigación del Centro Jurídico de Implementación del Libre Comercio, Doctora y Magister en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania), Licenciada en Derecho (Universidad Rusa de Emmanuel Kant, Kaliningrado).

¹⁷⁹ Véase Jorquiera, Carlos Eugenio y Helmlinger, Karin, "Chile", en Blackaby, Nigel, Lindsey, David, Spinillo, Alessandro (Editores), *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 89-110, p. 89; Biggs, Gonzalo, "Arbitraje comercial internacional: Una tarea pendiente", *Revista del abogado*, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/30/articulo1.html> (junio 2005): "Como lo demuestran más de cien años de aplicación, nuestra legislación arbitral ha cumplido con extraordinaria eficiencia sus objetivos en el plano doméstico y no percibimos razón alguna para modificarla".

2. PRINCIPALES RASGOS DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO

Las disposiciones fundamentales por las que actualmente se rige el arbitraje en Chile, se encuentran contempladas en el Título IX, arts. 222 al 243 del Código Orgánico de Tribunales (COT) y en el Título VIII del Libro III, arts. 628 al 644 del Código de Procedimiento Civil (CPC). El sistema jurídico chileno permite distinguir dos categorías de arbitraje doméstico: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario¹⁸⁰.

El arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos, cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos¹⁸¹. Aunque se cuestiona el carácter coercitivo con que se impone esa búsqueda de paz social¹⁸², el arbitraje forzoso se ha transformado, en opinión de operadores jurídicos, en una herramienta práctica y eficaz¹⁸³.

Mas allá de las materias sujetas al arbitraje forzoso, el proceso arbitral tan solo se constituye a partir de un acuerdo de las partes (art. 228 del COT). Conforme con el objetivo del presente trabajo y considerando que el arbitraje comercial internacional únicamente se plantea con carácter voluntario, el siguiente análisis se enfocará en esta última dimensión.

¹⁸⁰ Algunos autores distinguen, asimismo, el llamado arbitraje especial, aquel que se lleva a cabo por organismos públicos a los que la propia ley encomienda funciones jurisdiccionales sin que las partes puedan nombrar a los árbitros. Véase Aylwin, Patricio, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, pp. 54 y ss., cuenta 16 casos de arbitrajes especiales previstos por la legislación nacional, por ejemplo, en materia de propiedad industrial, concesiones de obras públicas, fondos de inversión, contratos de arrendamiento con promesa de venta, etc.

¹⁸¹ Eyzaguirre, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 24; Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 84-117, quien en base al art. 227 del COT distingue siete grupos de casos: la liquidación de una sociedad conyugal o de cierto tipo de sociedades y comunidades, la partición de bienes, juicios relativos a la presentación de cuentas, diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, cuestiones sobre derechos o repartición de aguas, negociación colectiva en materia laboral, y materias comerciales como la avería común, seguros y comercio marítimo.

¹⁸² Enfáticamente crítico al respecto es Picand, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, pp. 54-56.

¹⁸³ Jorquera, Carlos Eugenio y Helmlinger, Karin, *op. cit.*, p. 95. En la versión original en español de ese trabajo se plantea: "Pensamos, que en el ámbito comercial, el arbitraje forzoso no representa mayores obstáculos, ya que por el contrario, permite obtener soluciones adecuadas, rápidas y eficaces, todas estas necesidades del mundo empresarial". El proyecto de ley de arbitraje del año 1992, actualmente archivado, preveía extender las materias sometidas al arbitraje forzoso, prácticamente a todo el ámbito del derecho comercial. Consulte Boletín del Senado N° 857-07 en - HYPERLINK <http://www.senado.cl> - <http://sil.senado.cl/pags/index.html> (julio 2005).

a) Acuerdo de arbitraje

El derecho chileno regula explícitamente el *compromiso de arbitraje* a través del cual las partes sustraen sus controversias de la justicia ordinaria para someterlas al fallo de determinados árbitros (art. 243 del COT)¹⁸⁴. Debido al carácter personalizado del compromiso, si los árbitros designados en él, por cualquier motivo, no pueden cumplir sus funciones, este quedará sin efecto y recuperarán su imperio las jurisdicciones ordinarias¹⁸⁵. En cambio, la validez del compromiso no está sujeta a la existencia de una controversia ya producida¹⁸⁶.

El compromiso arbitral se diferencia de la *cláusula compromisoria*, la que expresa la intención general de las partes de someter sus asuntos litigiosos al conocimiento de los árbitros que no han sido personificados aún. Aunque este tipo de pacto no se encuentra contemplado en la ley, su validez actualmente no se pone en duda¹⁸⁷.

Por lo general, la jurisprudencia ha reconocido el carácter autónomo del acuerdo de arbitraje, que no sigue la suerte del contrato principal y que, particularmente, no se ve afectado por la nulidad de este¹⁸⁸. Contra el acuerdo de arbitraje puede interponerse, sin embargo, una acción civil de nulidad, la que puede hacerse valer antes del juicio arbitral, durante o después de este¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 201-207; Jorquiera, Carlos Eugenio y Helmlinger, Karin, *op. cit.*, pp. 95-96; Eyzaguirre, Rafael, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁵ Dado que los árbitros se nombran por el mutuo acuerdo de las partes (art. 232 del COT), lo señalado también es válido cuando tan solo uno de los árbitros designados no puede asumir el cargo. Véase C. de Apel. de Santiago, "Papic Lazo, Eduardo con Tapia F., Julio y otro", 29.11.1995, en Cámara de Comercio de Santiago, *El arbitraje en la jurisprudencia chilena*, CAM Santiago, 2005, pp. 189-191 (Las sentencias que se citan a continuación, se refieren a esa obra de recopilación, a menos que se indique lo contrario).

¹⁸⁶ Así explícitamente C. de Apel. de Santiago, "Soc. Constructora de Viviendas Cristóbal con Contreras, José", 26.01.1982, pp. 197-199. La misma conclusión se desprende de las sentencias citadas en la nota siguiente. Una opinión contraria, que no parece aceptable a la luz del desarrollo actual del derecho chileno, la acoge Paillas, Enrique, *El arbitraje nacional e internacional privado*, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 21 y 11.

¹⁸⁷ Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 301-308; Jorquiera, Carlos Eugenio y Helmlinger, Karin, *op. cit.*, 96; C. de Apel. de Santiago, "Carter Holt Harvey con Inversiones Socoroma", 25.07.1995, pp. 74-76; C. de Apel. de Santiago, "Chilectra Metropolitana", 5.04.1994, pp. 99-101; CS "Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.", 27.04.1989, pp. 102-103.

¹⁸⁸ En este sentido se pronuncia la C. de Apel. de Santiago, "Chilectra Metropolitana", 14.10.1993, al sostener que la nulidad del contrato de fondo por objeto ilícito no priva al Tribunal Arbitral de su competencia, pp. 99-101. Por otro lado, la Corte Suprema ha expresado que no resulta procedente "declarar que deba un árbitro conocer de un litigio en el que, precisamente, se discute si existe o si es válido el contrato en que se le ha conferido jurisdicción, pues ello podría conducir al absurdo de carecer de validez la resolución que declare no existir o ser nulo el respectivo contrato". CS, "Millas Navarrete, Patricio", 20.03.1996, pp. 106-108. Con el mismo tenor CS, "Sociedad Elizabeht Aduay y Cía. Ltda.", 6.10.1993, pp. 124-125.

¹⁸⁹ Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 466-470; Jorquiera, Carlos Eugenio y Helmlinger, Karin, *op. cit.*, p. 109.

b) Constitución y desempeño del Tribunal Arbitral

La ley chilena no limita el número de árbitros que intervengan en un proceso arbitral y, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito internacional, es posible optar por un número par (art. 231 del COT)¹⁹⁰. De surgir, en este último caso, una discordia entre los árbitros, se recurre a la asistencia de un tercero nombrado por las partes o por los árbitros autorizados por estas (art. 233 del COT)¹⁹¹. El nombramiento de los árbitros debe efectuarse con el consentimiento unánime de todas las partes (art. 231 del COT), exigencia que refleja la aspiración a que los árbitros sean personas de confianza de las mismas¹⁹². Si la cláusula compromisoria no determina la cantidad de los árbitros y las partes no llegan a un acuerdo, corresponde a la justicia ordinaria nombrar a un árbitro único (art. 232 del COT). Mientras los tribunales, en general, reconocen su deber de prestar la asistencia en el proceso de tal nombramiento¹⁹³, también se encuentran sentencias que definen su alcance de manera restrictiva¹⁹⁴.

En relación al desempeño del Tribunal Arbitral, cabe destacar que el plazo legal para que dicte el laudo es de dos años contado desde el momento de la aceptación del cargo por el árbitro (inciso 3° del art. 235 del COT), pudiendo ser modificado por las partes a través del compromiso arbitral (art. 234 N° 4 del COT). El pronunciamiento del laudo fuera del

¹⁹⁰ En el arbitraje institucional se contempla, en cambio, un número impar de los árbitros (art. 7 del Reglamento de la Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) aplicable al arbitraje interno y art. 8 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno Norteamericana de Comercio (Amcham).

¹⁹¹ Asimismo, la ley consagra una salida procesal para los casos en los que el tercero no existe, aunque no del todo eficiente (art. 237, 238 del COT): Si las sentencias arbitrales no son apelables, en el arbitraje forzoso procederá el nombramiento de nuevos árbitros, mientras en el arbitraje voluntario quedará sin efecto el compromiso. En el caso contrario, se elevarán los antecedentes al tribunal de alzada para que resuelva sobre el punto que haya motivado el desacuerdo de los árbitros.

¹⁹² La doctrina considera lícito el nombramiento de los coárbitros, quienes elegirán al presidente del Tribunal Arbitral. Véase Aylwin, Patricio, *op. cit.*, p. 324. No obstante, el nombramiento de los árbitros de común acuerdo se consagra también en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje. Véanse el art. 9 del Reglamento del Centro de la Amcham o el art. 8 del Reglamento del CAM Santiago aplicable al arbitraje interno.

¹⁹³ CS, “Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.”, 27.04.1989, pp. 102-103.

¹⁹⁴ Se rechazó el nombramiento judicial del árbitro cuando la cláusula compromisoria sometía cualquier controversia “al fallo de un árbitro arbitrador designado de común acuerdo” por las partes. En este caso la Corte parece estar confundiendo los dos tipos del acuerdo de arbitraje cuando señala: “Que si bien las partes en litigio establecieron una cláusula compromisoria, ellas no han designado la persona del árbitro que deba dirimir el conflicto surgido. Que el nombramiento judicial de un árbitro solamente puede tener lugar cuando hay una obligación preexistente de nombrar árbitro, esto es, en los casos en que la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso el arbitraje, no procediendo nunca en virtud de un simple compromiso”. CS, “Constructora Ventisqueros Ltda.”, 3.01.1995, pp. 60-61.

plazo provoca su nulidad de pleno derecho¹⁹⁵. Al mismo tiempo, se admite la posibilidad de una prórroga tácita en el evento de que las partes realicen actuaciones y diligencias procesales sin reclamar el posible vencimiento del plazo¹⁹⁶.

c) Tipos de árbitros

Según la ley chilena, los árbitros se clasifican en árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores y árbitros mixtos (art. 223 del COT, arts. 628 y ss. y 636 y ss. del CPC). Los árbitros de derecho fallan con arreglo a la ley, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Los árbitros arbitradores fallan según lo que su prudencia y la equidad les indiquen y realizan el procedimiento según las normas establecidas por las partes¹⁹⁷. Los árbitros mixtos actúan como árbitros de derecho en cuanto a la dictación de la sentencia, y se sujetan a las mismas reglas que los árbitros arbitradores en relación al procedimiento¹⁹⁸. A falta de una indicación explícita de las partes sobre el tipo de los árbitros, se entiende que se trata de árbitros de derecho (art. 235 del COT)¹⁹⁹.

¹⁹⁵ C. de Apel. de Santiago, “Siri, María Teresa”, 8.9.1993, lo afirma a modo del *obiter dictum*, pp. 109-114. Véase CS, “Corporación Frutícola Chilena Ltda.”, 23.9.1986, pp. 333-334: Al vencer el plazo de dos años, el Tribunal Arbitral deja de existir como un órgano jurisdiccional y no corresponde al árbitro emitir, a solicitud de una de las partes, una aclaración de la sentencia tal como lo permite en general el art. 182 del CPC. Romero, Alejandro, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, www.camsantiago.com (julio 2005), p. 35, reporta el caso en que la Corte Suprema ejerció jurisdicción disciplinaria contra un árbitro que siguió resolviendo el caso una vez expirado el cargo. Se le impuso una medida disciplinaria de amonestación privada, se le ordenó abstenerse de toda actividad jurisdiccional, y se declaró la ineficacia de los actos que desplegó con posterioridad al vencimiento del plazo (CS, AD 16.831, 19.4.2001).

¹⁹⁶ C. de Apel. de Santiago, “Romero Olmedo, Eduardo y otro con Árbitro Arbitrador Rojas Abud, Nayo”, 1.12.1999, pp. 276-278; CS, “Famae con Sunimex”, 28.9.1982, pp. 337-338. Sin embargo, no corresponde a los árbitros prorrogar el plazo. En este sentido véase C. de Apel. de Santiago, “Rojas, Patricio con Bórquez, Héctor”, 10.1.1989, pp. 315-318, que declaró nulo de pleno derecho un lado dictado 8 días después del vencimiento del plazo.

¹⁹⁷ Sin embargo, véase CS, “Abdala Morong, José”, 16.9.1993, p. 292, que exige del árbitro arbitrador “respetar las normas del Derecho Positivo que tienen carácter de orden público”; CS, “Empresa Nacional de Electricidad S.A.”, 20.7.1989, pp. 344-355: “El árbitro arbitrador debe dictar su fallo obedeciendo a lo que la prudencia y equidad le aconsejaren y en todo caso no puede olvidar como guía los principios que informa la ley positiva, ni tampoco principios éticos como el enriquecimiento sin causa, el evitar el abuso del derecho, al aprovechamiento de la mala fe, el evitar los contratos leoninos”.

¹⁹⁸ CS, “Pérez García, Fernando con Fábricas y maestranzas del Ejército de Chile”, 3.1.2000, pp. 35-55: dicha sumisión se extiende asimismo a las reglas de apreciación de la prueba.

¹⁹⁹ Así, es nulo el procedimiento arbitral llevado a cabo por un ingeniero comercial sobre la base de un acuerdo de arbitraje que no consignaba la calidad del árbitro, CS, “I. Municipalidad de Las Condes”, 13.05.1987, pp. 58-59.

No existen limitaciones en cuanto a la nacionalidad de los árbitros; sin embargo, el arbitraje de derecho requiere que el árbitro posea el título de abogado, el cual se otorga únicamente a los nacionales chilenos²⁰⁰.

Contra las sentencias de los árbitros en derecho y mixtos se pueden interponer los recursos de apelación y de casación ante el tribunal que habría conocido de ellos si el caso se hubiera interpuesto ante un juez ordinario. La apelación de la sentencia de un árbitro arbitrador solo procede ante otros árbitros del mismo carácter designados para estos efectos en el compromiso arbitral, lo que no suele pactarse en la práctica. En cambio, no se contempla el recurso de casación en el fondo contra las sentencias dictadas en equidad (art. 239 del COT)²⁰¹. Las partes mayores de edad y libres administradores de sus bienes pueden renunciar con anticipación a todos estos recursos (art. 239 del COT). No obstante, tal renuncia no produce efecto cuando el recurso se basa en las causales procesales de incompetencia y de ultrapetita²⁰².

Contra las sentencias de los árbitros también es procedente el recurso de queja que tiene por objeto corregir las faltas o abusos graves y que se considera irrenunciable²⁰³. En relación a las sentencias de los árbitros de derecho y mixtos, tal recurso es únicamente admisible contra una sentencia definitiva o interlocutoria, cuando esta última pone fin al procedimiento o hace imposible su continuación, y en ausencia de otros recursos disponibles. Esta limitación no rige para las sentencias de los árbitros arbitradores, siendo el recurso siempre procedente²⁰⁴. Asimismo, tan solo para esos ca-

²⁰⁰ Cabe decir que dicha limitación debería considerarse anulada por lo que consagra el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional.

²⁰¹ Véase CS, "Habitacoop con Juez Árbitro Andrés Cuneo", 9.08.2000, pp. 360-362. Consulte la sentencia de C. de Apel. de Santiago, "Gálvez Z., Ricardo con Agrícola Santa Carmen Ltda.", 11.6.1997, pp. 341-343, que recoge el recurso de casación en la forma y anula el laudo arbitral con el argumento: "La circunstancia de tratarse de un juicio arbitral ante un árbitro arbitrador no exime de la obligación de recibir la causa a prueba cuando se han controvertido los hechos".

²⁰² CS, "Errázuriz Talavera, Francisco Javier", 29.4.1992, pp. 184-185. C. de Apel. de Santiago, "Sociedad Educacional Miraflores", 20.7.2000, pp. 376-378. C. de Apel. de Santiago, "Guerra Castaño, José con Juez Árbitro Ibarra Pensa, Sofía", 1.07.1994, p. 416, sostuvo que la renuncia a todos los recursos "no importa la renuncia anticipada de deducir recursos legales vinculados con la competencia del tribunal o con su eventual pérdida posterior por afectarle una causal legal de implicancia". C. de Apel. de Santiago, "Siri, María Teresa", 8.9.1993, pp. 109-114: "Si la incompetencia que podría afectar al Tribunal Arbitral se fundare en la materia, esta tendría un carácter absoluto y, por lo tanto, de orden público e irrenunciable".

²⁰³ C. de Apel. de Santiago, "Cuerotrex S.A. con Árbitro Lorenzo de la Maza Rivadeneira", 17.10.1994, pp. 270-272; CS, "Mery Berríos, Mario", 8.11.1988, pp. 414-416.

²⁰⁴ Véase la C. de Apel. de Santiago que rechazó el recurso de queja por las presuntas violaciones procesales múltiples en que habría incurrido el árbitro, pero lo acogió en relación con la fijación de los honorarios efectuada por el mismo, dejando sin efecto los montos determinados en el laudo. "Romero Olmedo, Eduardo y otro con Árbitro Arbitrador Rojas Abud, Nayo", 1.12.1999, pp. 276-278.

sos excepcionales, se contempla la posibilidad de modificar o invalidar las sentencias recurridas (art. 545 del COT)²⁰⁵.

En la práctica, ha adquirido cierta relevancia el recurso de protección, consagrado en el art. 20 de la Constitución Política para garantizar la protección de los derechos fundamentales ante los actos u omisiones arbitrarias o ilegales. La jurisprudencia, aunque abundante, no se pronuncia consistentemente acerca de la admisibilidad de este recurso cuando se interpone a pesar de la existencia de una cláusula arbitral²⁰⁶, o en contra una sentencia arbitral²⁰⁷.

d) Síntesis

Es viable concluir que Chile cuenta con un conjunto de preceptos legales y de doctrinas judiciales que permiten, en términos generales, asegurar el funcionamiento del arbitraje en el medio nacional²⁰⁸. Sin embargo, este sistema muestra dos debilidades fundamentales. La primera radica en que la legislación, ya bastante antigua, prevé una serie de soluciones excesivamente formales, que traban el desenvolvimiento de la voluntad de las

²⁰⁵ Sostiene la C. de Apel. de Santiago, "Portales Coya, Mónica", 5.8.1997, pp. 356-358: "La errada calificación jurídica de un plazo, si existiere, no es suficiente para acoger un recurso de queja en contra de la sentencia dictada por un juez árbitro arbitrador. Para que ello ocurra es menester que la sentencia sea inmoral, dolosa, manifiestamente iniqua, absurda, contradictoria, ininteligible o imposible de cumplir". La C. de Apel. de Santiago, "Paredes Veloso, Gonzalo con Árbitro Arbitrador Humerto Eliasch Díaz", 2.8.2000, pp. 393-397, interpreta de forma más amplia la procedencia de este recurso: "La única limitación que tiene el árbitro (arbitrador) a este respecto es no incurrir en arbitrariedad o abuso. El árbitro arbitrador que otorga reajustes a partir de la fecha de la notificación de la demanda, incurre en falta o abuso toda vez que siendo la sentencia dictada declarativa de derecho, tales reajustes solo pueden devengarse a contar de la fecha de la misma".

²⁰⁶ Rechazado por la CS, "Soc. Lechera El Rancho Ltda. con Juez Árbitro Carlos Herrera Tardón", 22.3.2001, pp. 402-410. Aceptado por la C. de Apel. de Santiago, "Rodrigo Álamos, Guadalupe con Isapre Colmena Golden Cross S.A.", 21.4.1988, pp. 126-129; CS, "Bullemore Gallardo, Vivian con Isapre Vida Tres S.A.", 16.8.1990, pp. 117-120.

²⁰⁷ La mayor parte de las sentencias rechazan el recurso: CS, "Bauzá Fredes, Miguel y otros con Juez Árbitro José Fernández Richard", 6.7.2000, pp. 304-308; CS "Henseleit Loayza, Adriana con Clerc Carbone, Marcelo y otros", 2.04.1985, pp. 398-401; CS, "Silva Romero y Cía. Ltda. Con Juez Árbitro Fernando Rozas Vial", 26.10.1990, pp. 194-196. Lo acogen: CS, "Jara Barrera, Carlos Nelson con Paredes Quijada, Rolando y otros", 10.12.1996; pp. 319-322; CS, "Celulosa Arauco y Constitución S.A. con Ossandón Valdés, Luis Alberto", 24.3.1986, pp. 143-149 (el fundamento principal para acoger el recurso eran los vicios procesales en la constitución del Tribunal Arbitral); C. de Apel. de Santiago, 7.1.1992, pp. 232-235.

²⁰⁸ Una de las pruebas de ello la constituye el surgimiento y el desarrollo del arbitraje institucional que ha habido en los últimos diez años. Véase, por ejemplo, las estadísticas del CAM Santiago, www.camsantiago.com

partes en cuanto a resolver sus controversias vía arbitraje²⁰⁹. Como ejemplo de lo anterior sirve la nulidad del laudo dictado por un no abogado cuando las partes habían omitido estipular que se trataría de un arbitraje en equidad²¹⁰, la nulidad de pleno derecho de un laudo dictado fuera del plazo establecido, como asimismo, la cantidad y el carácter disperso de los recursos disponibles para atacar las sentencias arbitrales. Por otro lado, las soluciones legales muchas veces impiden alcanzar una resolución rápida o eficiente de los conflictos, tal como ocurre con el nombramiento de los árbitros de común acuerdo, con la consagración de un plazo excesivamente largo para la dictación de la sentencia, o la posibilidad de designar a un número par de árbitros con las dificultades que ello implique en cuanto a la toma de decisiones por parte del tribunal²¹¹. Algunas de las deficiencias indicadas pueden ser obviadas pactándose el arbitraje en equidad. Por tal motivo, este tipo de procedimiento tiene una alta difusión en el ámbito interno²¹², aunque, en virtud de sus características intrínsecas, pueda derivar en resultados pocos predecibles para las partes.

La reforma al régimen del arbitraje doméstico que se intentó a comienzos de los años 90, se plasmó en un proyecto de ley casuística, formalista y orientada a mantener el enfoque procesal sobre el arbitraje, en lugar de conceder mayor cabida a la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, el archivo del proyecto, en el año 2002, podría considerarse, más bien, un avance²¹³.

La segunda insuficiencia dice relación con el modo poco consistente con que la justicia ordinaria ha enfocado el arbitraje, existiendo jurisprudencia contradictoria sobre la mayoría de los aspectos relevantes²¹⁴. La

²⁰⁹ Tales desventajas se verían subsanadas, aunque tan solo en parte, al pactarse el arbitraje institucional, dado que los reglamentos de los centros de arbitraje ofrecen una normativa más acorde a los requerimientos prácticos y a los conceptos jurídicos más modernos. Ver Reglamentos de los Centros chilenos de arbitraje en www.camsantiago.com, www.amchamchile.cl, www.camvalpo.cl

²¹⁰ Ver *supra*, nota 199.

²¹¹ Véase, por ejemplo, Romero, Alejandro, "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral", *op. cit.*, quien subraya la falta de regulación del deber de información como cuestión previa a la aceptación del cargo, el resultado insatisfactorio que se obtiene aplicando a los árbitros las reglas sobre la inhabilidad de los jueces y el hecho de que, en ciertos casos, de la solicitud de la inhabilidad debe conocer el mismo árbitro. Consúltense los arts. 194-205 del COT.

²¹² Las estadísticas del CAM entre 1992 y 2005 revelan que en un 75% de los casos consagra el arbitraje en equidad. Véase Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie, "Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional", *Revista de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales*, N° 4, 2005, pp. 307-326, p. 315.

²¹³ Consulte el texto del proyecto legal, *op. cit.*

²¹⁴ Junto a los ejemplos analizados en las páginas precedentes, la materia en que las posturas judiciales exhiben mayores contradicciones es la relativa a las medidas prejudiciales precautorias en el proceso arbitral. Consulte Guzmán, Julio, "Arbitraje y medidas precautorias", en www.camsantiago.cl (junio 2005).

falta de una doctrina judicial coherente afecta la certeza jurídica. Sin embargo, se trata de un problema general del sistema jurídico chileno que trasciende el ámbito del arbitraje y requiere de soluciones universales²¹⁵.

3. NATURALEZA DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO E INTERNACIONAL

En Chile, tradicionalmente se ha concebido al arbitraje como una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios²¹⁶. La jurisprudencia proclama que “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y solo los órganos por él autorizados pueden ejercerla”²¹⁷. Asimismo, se sostiene que “el poder que tienen los jueces árbitros para juzgar un determinado litigio no deriva de las partes que a ellos se someten, pues son estas incapaces para concederlo. El carácter de jueces de los árbitros emana de la ley, (...) el juicio arbitral importa, por su naturaleza, una jurisdicción extraordinaria de carácter público”²¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, parece improcedente extender tal concepción del arbitraje a su dimensión internacional, dado que este último posee una esencia distinta. En primer lugar, el arbitraje internacional, en virtud de su enfoque comercial y alto grado de especialización, se concibe, más bien, como una herramienta de solución de controversias antes que un método para lograr el cumplimiento de los derechos subjetivos únicamente²¹⁹. En segundo lugar, dado que los contratantes gozan con plena libertad para fijar la sede de su arbitraje²²⁰, su elección se basa en la conveniencia y no está predeterminada por algún ‘orden natural’ de las cosas. En otras palabras, el vínculo entre el arbitraje internacional y un sistema jurídico determinado se reduce a unos aspectos residual consistentes en la asistencia judicial y la supervisión restringida. Los árbitros no efectúan justicia en nombre de ningún Estado, sino que reciben su poder directamente de las

²¹⁵ Véase Mereminskaya, Elina, “Los cambios en la jurisprudencia chilena ante los nuevos vínculos comerciales con Estados Unidos y Europa”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 173-190.

²¹⁶ Aylwin, Patricio, p. 49; Eyzaguirre, Rafael, *op. cit.*, p. 17, Guzmán, Julio, *op. cit.*, p. 1; Romero, Alejandro, “El juicio arbitral constituido con infracción a la existencia de un litisconcorcio necesario”, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Vol. XVIII, N° 3, 1996 (en www.microjuris.com). Consulte el art. 222 del COT: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”.

²¹⁷ C. de Apel. de Santiago, “Urrutia con de la Maza”, 29.8.1986, pp. 80-82.

²¹⁸ C. de Apel. de Santiago, “De Bonis, Domingo con Zugadi, María Nieves”, 30.11.1983, pp. 77-79.

²¹⁹ Carrington, Paul y Haagen, Paul, “Contract and jurisdiction”, *Supreme Court Review*, 1996, pp. 331-402, pp. 345 y ss.

²²⁰ Lo anterior se desprende del art. II de la Convención de Nueva York que obliga, en forma genérica, a los tribunales de los países signatarios –que son cerca de 140 hasta la fecha– a reconocer las cláusulas arbitrales.

partes²²¹. Por último, el procedimiento arbitral internacional se diseña, primordialmente, en base a la autonomía de las partes. Las normas legales aplicables al procedimiento son reducidas y dejan en las manos de los árbitros amplias facultades en cuanto a la conducción del procedimiento, constituyendo los únicos límites la autonomía de las partes y el principio del debido proceso (art. 19 de la Ley 19.971). Por lo anterior, parece indispensable reconocer el carácter *sui generis* del arbitraje comercial internacional²²² para evitar traspasar a él los conceptos y doctrinas desarrolladas en el ámbito del arbitraje doméstico²²³.

4. INCORPORACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA ORDINARIA

La Ley 19.971, debido a su carácter de *lex speciales*, viene a desplazar las normas aplicables al arbitraje doméstico²²⁴. Al mismo tiempo, dado que no se trata de un arbitraje totalmente deslocalizado, el nuevo procedimiento tiene que apoyarse en ciertos conceptos del derecho nacional y contar con la aceptación por parte de la justicia ordinaria. Debido al volumen reducido del presente ensayo, solo nos enfocaremos en aspectos más polémicos de la relación entre la justicia ordinaria y el arbitraje internacional.

a) Control judicial del laudo: Arbitrabilidad y orden público

Un tribunal nacional puede anular un laudo pronunciado en Chile o negar su reconocimiento y ejecución²²⁵, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, si comprueba, en primer lugar, que este versa sobre una

²²¹ Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional. Tendencias y perspectivas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 232. Véase sobre la autovalidación de los contratos internacionales en general Mereminskaya, Elina y Mascareño, Aldo, "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (Editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 1391-1427, pp 1407 y ss.

²²² Lew, Julian, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 22, Nº 2, pp. 179-203, p. 181.

²²³ En este sentido plantea Picand, Eduardo, *op. cit.*, p. 278, que la interpretación de la nueva Ley debe hacerse, por sobre todo, conforme con los fundamentos y explicaciones que la propia UNCITRAL ha dado a la Ley Modelo.

²²⁴ Consulte un detallado análisis sobre la subsidiaridad de las normas internas en cuanto a la posibilidad de pactar la confidencialidad del arbitraje y la nacionalidad de los abogados que asisten a las partes, en Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie, *op. cit.*, pp. 320 y ss.

²²⁵ En este acápite se dejan al margen las causales que tienen que ser probadas por la parte que pide la nulidad del laudo o se opone a su reconocimiento o ejecución.

materia inarbitrable (arts. 34.2.b y 36.1.b de la Ley 19.971). A falta de una normativa internacional uniforme, la arbitrabilidad de la materia se define, conforme a la *lex fori*²²⁶. En Chile, se consideran materias arbitrables aquellas de interés particular y de contenido patrimonial²²⁷, con excepción de los conflictos laborales²²⁸. A los contratos comerciales que posiblemente afecten la libre competencia no se les niega, por lo general, el carácter de arbitrables, ya que la sumisión al arbitraje “no afecta las facultades de inspección e intervención de los organismos competentes”²²⁹. No obstante, lo contrario fue declarado en relación a un contrato de distribución que sometía las controversias entre las partes de un contrato de distribución a los tribunales ordinarios italianos y a las leyes de este país²³⁰.

A diferencia de la Ley 19.971, en el arbitraje doméstico la arbitrabilidad se considera como parte del asunto de la validez del acuerdo de arbitraje²³¹. Por ello, declarada la nulidad del compromiso, se supone que el arbitraje nunca existió y la sentencia no obliga a las partes, pues es inexistente²³². De seguirse con este enfoque en el ámbito de la nueva ley, no existiría la posibilidad de reconocer la validez de los laudos anulados

²²⁶ Véase Bouza, Nuria, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII, Nº 2, 2000, pp. 373-394.

²²⁷ Eyzaguirre, Rafael, *op. cit.*, p. 27. Los ejemplos más importantes de los asuntos inarbitrables, llamados en Chile “arbitraje prohibido”, son las controversias sobre las materias como alimentos forzosos futuros, separación de bienes entre marido y mujer, causas en que debe ser oído el Fiscal Judicial (estado civil de las personas, hacienda, etc.), causas criminales, etc. Los contratos con consumidores, en cambio, no pertenecen a materias inarbitrables, más bien, la ley pone límite a la ejecutabilidad de las cláusulas compromisorias contempladas en los contratos de adhesión (el art. 16 de la Ley 19.496 de 1997).

²²⁸ Asimismo, quedan reservadas para la justicia ordinaria los conflictos que surjan del contrato entre el Estado chileno y un inversionista extranjero, celebrado en virtud del Decreto Ley 600 (art. 7 del DL 2.349 de 1978 que Establece normas sobre contratos internacionales para el sector público), o la entrega de las concesiones mineras (art. 19 Nº 24, incisos 6º a 10º de la Constitución Política).

²²⁹ Resolución de la Comisión Resolutiva Nº 147, “Sociedad The Coca-Cola Export Corporation”, 15.6.1983, pp. 163-173, p. 171, tratándose de un contrato de sublicencia. Asimismo, el Dictamen Nº 770/490, “Hugo Rojas Astudillo y otro”, 20.06.1991, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVIII, sec. 6ª, pp. 88-94, p. 93, tan solo sostuvo: “Los árbitros no deben estar predesignados por el exportador ni puede estipularse que no procede recurso alguno en contra de sus fallos, pues siempre es procedente el de queja.” En estos casos se trata del arbitraje específico, la tercera modalidad del arbitraje doméstico, reconocida por parte de la doctrina. Actualmente, las funciones de la Comisión las desempeña el Tribunal de Libre Competencia (Ley 19.610 de 1999), órgano jurisdiccional sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

²³⁰ Comisión Preventiva Central, Dictamen Nº 895-131, “Automotriz Francauto Punta Arenas S.A. con Empresa Comercial Itala S.A.”, 20.1.1994, pp. 229-230.

²³¹ C. de Apel. de Talca, “Martínez, Anatolio con Callejas Rodríguez, Emilio”, 20.12.1984, pp. 86-89: Aun cuando las partes designaron un árbitro arbitrador, (...) tal acuerdo es absolutamente nulo, desde el momento que el legislador no permite que la materia (laboral-E.M.) sea sustraída del conocimiento de los tribunales ordinarios”.

²³² Aylwin, Patricio, *op. cit.*, p. 146.

en otros países por la inarbitrabilidad de una materia que, sin embargo, podría ser arbitrable según la ley chilena²³³. En este contexto, los tribunales deben tomar en cuenta que según el art. 36.1.a.i de la Ley 19.971, la validez del convenio arbitral se define por la ley elegida por las partes o por la ley del lugar de la dictación de la sentencia, mientras la ley aplicable a la arbitrabilidad es siempre la *lex fori*²³⁴.

La segunda causal que faculta a la justicia ordinaria para anular o desconocer un laudo arbitral es su contradicción con el orden público de Chile. Previo a la entrada en vigor de la nueva Ley, la Corte Suprema ya había enviado una señal positiva al otorgar el exequátur a un laudo dictado en Holanda, desechando el argumento que el incumplimiento de los requisitos legales nacionales de emplazamiento al demandado, violaba el orden público chileno²³⁵.

Al mismo tiempo, queda por aclarar qué contenido se asignará al concepto del orden público en los términos de la nueva Ley. Mientras la doctrina sostiene que el orden público en el ámbito internacional tiene un alcance más restringido que el orden público interno y abarca solamente los principios fundamentales de la *lex fori*²³⁶, la jurisprudencia tiende a no distinguir entre estas dos dimensiones y concibe al orden público como un conjunto de las normas imperativas²³⁷. De extenderse tal concepto al arbitraje internacional, sería prácticamente inadmisibles, en Chile, la aplicación de una ley extranjera al fondo de la controversia²³⁸, en cuanto contradiga a determinados preceptos de la ley nacional. Lo anterior implicaría, al mismo tiempo, que los tribunales estarían en condiciones de analizar, detalladamente, el contenido de los laudos arbitrales, resultado incompatible con la lógica de la nueva regulación²³⁹.

²³³ Véase Smith, Erica, "Vacated arbitral awards: recognition and enforcement outside the country of origin", *Boston University International Law Journal*, Vol. 20, N° 2, 2002, pp. 355-392.

²³⁴ Véase Mereminskaya, Elina, "Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional", *Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, 2006, pp. 91-129, pp. 117-121.

²³⁵ "Sociedad Quote Food Products B.V.", 5.07.1999, pp. 241-245. Al mismo tiempo, la Corte citó el N° 1 del art. 245 del CPC relativo al reconocimiento de las sentencias extranjeras: "Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la subsanación del juicio".

²³⁶ Ver Ramírez, Mario, *Derecho internacional privado*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 123-127; Ríos de Marimon, Hernán, *Derecho internacional privado*, Colección guías de clases, N° 33, Universidad Central de Chile, Santiago, 2004, p. 136.

²³⁷ CS, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, 1964, 1º sec., p. 129. Véase, asimismo, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 895-131, "Automotriz Francauto Punta Arenas S.A. con Empresa Comercial Itala S.A.", 20.1.1994, pp. 229-230, que habla de un solo orden público al cual "los contratos nacionales e internacionales deben ajustarse".

²³⁸ Véase el art. 14 del CC: "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros".

²³⁹ Consulte el resumen de la jurisprudencia internacional sobre la interpretación del art. 34, UNCITRAL, 37º período de sesiones, Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004, www.uncitral.org (julio 2005).

En este contexto, resulta particularmente peligrosa la postura de la jurisprudencia que surge a partir del inciso 1 del art. 16 del CC, el que consagra la aplicación de las leyes chilenas a los bienes situados en el país²⁴⁰. Este precepto fue interpretado como una norma de orden público que impide que algún tribunal extranjero se pronuncie sobre dichos bienes, negándose constantemente el exequátur a las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios extranjeros²⁴¹. Afortunadamente, no se reportan sentencias en que la misma interpretación errónea del art. 16 del CC haya sido empleada para negar el exequátur a las sentencias arbitrales extranjeras. En especial, cabe guardar esperanza que la justicia nacional no recurra a este precepto para anular los laudos dictados en Chile, que se pronuncien sobre los bienes situados en el territorio nacional, aplicando una ley extranjera al fondo del asunto.

b) Recursos susceptibles de ser interpuestos contra las sentencias arbitrales dictadas en Chile

Según el art. 34 de la nueva Ley, el único recurso que procede contra un laudo dictado en Chile, lo constituye la solicitud de nulidad. Sin embargo, a causa de una ardua polémica con respecto al art. 5º de la Ley²⁴², esta fue aprobada con la observación del Tribunal Constitucional que la Corte Suprema mantendría las “facultades que a aquella otorga el artículo 79 de la Constitución Política de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, e igualmente el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes que le confiere el art. 80 de la Carta Fundamental”²⁴³. Con ello, el recurso de queja tendría plena cabida también en el ámbito del arbitraje internacional²⁴⁴. Sin embargo, el uso de este recurso debe verse estricta-

²⁴⁰ Véase sobre el problema en relación a la Ley 19.971, Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie, *op. cit.*, pp. 324 y s.

²⁴¹ CS, “Fiscal con Moreno, Jaime”, 17.11.1999, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Vol. XCVI; C. de Apel. de Santiago, “Pizarro Pastor, Olga con Establecimiento H.M.V.”, 27.12.2000, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Vol. XCVII; CS, “Bazán, Haydee Ciriaca”, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Vol. XCIX (en www.microjuris.com).

²⁴² En particular, la Cámara de Diputados eliminó del texto del proyecto legislativo el art. 5º de la Ley Modelo: “En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”. El precepto fue posteriormente incluido durante la tramitación del proyecto en el Senado.

²⁴³ Rol N° 420, 25.8.2004, considerando 16º. En la opinión de Picand, Eduardo, *op. cit.*, p. 302, no era necesario reproducir estos artículos de la Constitución, dado que la nueva Ley no pretendía limitar o suprimir dichas facultades.

²⁴⁴ Asimismo, es de suponer que el recurso de queja podrá interponerse contra la decisión de la Corte de Apelaciones que conozca de la solicitud de nulidad.

La extensión de la jurisdicción disciplinaria a los árbitros presenta múltiples dificultades conceptuales, las cuales crecerían aún más si se tratara de árbitros foráneos. Véase Romero, Alejandro, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, *op. cit.*, p. 35.

mente limitado como correlato de la gran autonomía de la voluntad que, en el contexto de la Ley 19.971, poseen las partes a la hora de elegir a sus árbitros y de diseñar el procedimiento.

Por otro lado, el oficio del Tribunal Constitucional señala que se dejan a salvo “las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales”²⁴⁵, es decir, el recurso de protección. En este marco, llama especial atención la jurisprudencia que, en el marco del arbitraje doméstico, ha acogido tales recursos buscando paliar violaciones contractuales²⁴⁶. De persistir dicha tendencia, el nuevo procedimiento arbitral podría quedar desvirtuado dado que uno de los principales objetivos que persigue consiste en entregar soluciones definitivas en plazos reducidos. Asimismo, en el arbitraje internacional la legislación aplicable al contrato de fondo no será necesariamente la chilena, lo que podría producir situaciones confusas ya que los tribunales nacionales tendrían que analizar las violaciones contractuales que se invocasen según una ley extranjera.

Frente a este escenario, las primeras sentencias pronunciadas en base a la Ley 19.971 resultan alentadoras, dado que reconocen la autonomía del nuevo régimen normativo. La primera de ellas versa sobre un recurso de protección interpuesto en contra de una resolución dictada por el presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, institución a la cual se encuentra adscrito el Centro de Arbitraje y Mediación²⁴⁷. Dicha resolución había confirmado la decisión de un Tribunal Arbitral de que un determinado procedimiento iba a ser sometido a la nueva Ley 19.971 por cumplirse los requisitos de aplicación de esta. El recurrente invocó el inciso 4 del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sosteniendo que el recurrido se había atribuido una facultad jurisdiccional y, pretendiendo ser un Tribunal de Justicia, dictó una resolución mediante la cual instruía y ordenaba al Tribunal Arbitral sobre cómo debe abordar la resolución de la contienda. La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso y afirmó que tanto el árbitro como el recurrido no hicieron sino aplicar una ley que ya regía en Chile. Agregó un pasaje programático proclamando que “las partes acordaron someter sus disputas, controversias o diferencias a arbitraje de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, y esta aplica la Ley 19.971 en los casos de arbitrajes comerciales nacionales, ya que es una garantía de certeza jurídica a las

²⁴⁵ Rol N° 420, 25.8.2004, considerando 17°.

²⁴⁶ Ello se fundamenta en que “de los contratos suscritos por los interesados (...) surgen derechos personales –cosas incorporales– respecto de los cuales se da una especie de propiedad, amparada por el N° 24 del art. 19 de la Constitución Política de la República.” Véase CS, “Castillo Carrasco, Juan Carlos”, 10.2.1998, pp. 96-98; en el mismo sentido C. de Apel. de Concepción, “Troncoso Sáez, Juan con Ferretería Corbella S.A.C.”, 24.4.1995, pp. 236-240.

²⁴⁷ C. de Apel de Santiago, Rol N° 88-2006, 3.5. 2006.

partes y demuestra, a la comunidad internacional, el funcionamiento adecuado e imparcial de la institucionalidad de nuestro país”.

Por su parte, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió sobre un recurso de hecho presentado con el argumento que, dado que el contrato entre las partes se había suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19.971, el procedimiento arbitral se sometía a las normas aplicables a los arbitrajes domésticos²⁴⁸. Contrario a lo que admiten dichas normas, el árbitro había fijado el procedimiento para sustanciar el proceso, el que, en la opinión de la Corte, sin embargo, era “compatible con las pautas generales de la Ley 19.971 y con un debido proceso”. Contra esta decisión se recurrió ante el Tribunal Arbitral de reposición y apelación subsidiaria, recurso este último que el Tribunal Arbitral, luego de no hacer lugar al primer recurso, no concedió, por estimarlo improcedente. Resolviendo sobre el recurso deducido en contra de la resolución del Tribunal Arbitral, la Corte sostuvo que el procedimiento arbitral se regía por la nueva Ley y, en virtud del art. 5º de la Ley 19.971, aquel que en su momento fue eliminado del proyecto legal, “la resolución en que incide el recurso de hecho no es susceptible de apelación, por lo cual deberá ser desestimado”.

Ambas sentencias entregan ejemplos de un apoyo consistente de la jurisprudencia nacional hacia el arbitraje comercial internacional en Chile, una señal promisoría para que se logre uno de los principales objetivos que se tuvieron a la vista al aprobar la nueva Ley, esto es, que Chile se convirtiera en un centro regional de arbitraje.

5. EPÍLOGO

Si bien el funcionamiento del arbitraje interno se cataloga como exitoso, su marco regulatorio es susceptible de ser perfeccionado. En este sentido, podría evaluarse una fusión de los dos regímenes en el sentido de extender la normativa basada en la Ley de la UNCITRAL a los arbitrajes domésticos. Dicha reforma, sin embargo, debería planificarse con cautela. Una condición necesaria para su implementación la constituye una asimilación exitosa del arbitraje internacional dentro del ordenamiento legal chileno, un proceso que parece haberse iniciado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN, Patricio, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica, Santiago, 2005.
- BIGGS, Gonzalo, “Arbitraje comercial internacional: Una tarea pendiente”, *Revista del abogado*, en <http://www.colegioabogados.cl/revisita/30/articulo1.html>.

²⁴⁸ C. de Apel. de Santiago, N° 865-2006, 25.5.2006.

- BOUZA, Nuria, "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII, N° 2, 2000, pp. 373-394.
- CARRINGTON, Paul y HAAGEN, Paul, "Contract and jurisdiction", *Supreme Court Review*, 1996, pp. 331-402.
- Centro de arbitraje y mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, *El arbitraje en la jurisprudencia chilena*, CAM Santiago, Santiago, 2005.
- GUZMÁN, Julio, "Arbitraje y medidas precautorias", en www.camsantiago.cl.
- EYZAGUIRRE, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981.
- Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie, "Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional", *Revista de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales* (en prensa).
- JORQUIERA, Carlos Eugenio y HELMLINGER, Karin, "Chile", en Blakaby, Niegel, Lindesey, David, Spinillo, Alessandro (Editores), *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 89-110.
- LEW, Julian, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 22, N° 2, pp. 179-203.
- MEREMINSKAYA, Elina, "Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional", *Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, 2006, pp. 91-129.
- MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo, "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (Editores) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, Santiago, 2005 (en prensa).
- MEREMINSKAYA, Elina, "Los cambios en la jurisprudencia chilena ante los nuevos vínculos comerciales con Estados Unidos y Europa", *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 173-190.
- PAILLAS, Enrique, *El arbitraje nacional e internacional privado*, LexisNexis, Santiago, 2003.
- PICAND, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Ed. Jurídica, Santiago, 2005.
- RAMÍREZ, Mario, *Derecho internacional privado*, LexisNexis, Santiago, 2005.
- RÍOS DE MARIMON, Hernán, *Derecho internacional privado*, Colección guías de clases, N° 33, Universidad Central de Chile, 2004.
- ROMERO, Alejandro, "El juicio arbitral constituido con infracción a la existencia de un litisconcorcio necesario".
- *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Vol. XVIII, N° 3, 1996, en www.microjuris.com

- ROMERO, Alejandro, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, www.camsantiago.com
- SANTOS BELANDRO, Rubén, Arbitraje comercial internacional. Tendencias y perspectivas, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988.
- SMITH, Erica, “Vacated arbitral awards: recognition and enforcement outside the country of origin”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 20, N° 2, 2002, pp. 355-392.

EVOLUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS CIVILES Y COMERCIALES EN CHILE

KARIN HELMLINGER CASANOVA²⁴⁹
JAVIER CRUZ TAMBURRINO²⁵⁰

Sumario: 1. Consideraciones generales acerca de los métodos alternativos de resolución de controversias en Chile, 2. La Negociación: Un enfoque preventivo, 3. La Mediación: Un eficaz espacio de protección, 4. La Conciliación: Necesaria en el arbitraje, 5. Las ventajas del arbitraje institucional, 6. Los avances en el ámbito internacional, 7. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CHILE

En Chile existe actualmente una tendencia a favor de la resolución alternativa de disputas creciente y en dinámico desarrollo. Desde hace más de un siglo puede afirmarse que el mecanismo más utilizado en el país después de la justicia ordinaria, ha sido el arbitraje, si bien, como veremos más adelante, en un comienzo solo restringido a la fórmula independiente, también denominada ad hoc, y solo con posterioridad, esto es, a partir de los años 90, en su nueva fórmula institucionalizada, con la aparición en 1992 de la primera institución administradora de arbitrajes, como fue el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (en ese entonces solo Centro de Arbitraje), entidad dependiente de la Cámara de Comercio de Santiago.

Hoy, parte importante de la comunidad jurídica y empresarial chilena conoce y utiliza el arbitraje institucional como medio para solucionar sus conflictos, principalmente debido a los beneficios que este representa para

²⁴⁹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile, Mediadora, Directora Ejecutiva y Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de la Cámara de Comercio de Santiago (Chile).

²⁵⁰ Abogado Universidad de Chile, Magíster en Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica de Chile, Asesor Jurídico del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de la Cámara de Comercio de Santiago (Chile).

el mundo económico actual, destacando su rapidez, especialidad, efectividad y bajos costos.

En la década del 90, las instituciones ocupadas del estudio, investigación y desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias, comienzan a advertir la necesidad de incorporar otros medios distintos del arbitraje, con el objeto de dar solución a ciertos conflictos que por su naturaleza no son posibles de resolver de manera apropiada a través de la justicia ordinaria o el arbitraje. Ello debido a la propia necesidad de los usuarios, quienes comienzan a manifestar su disconformidad con el grado de eficiencia de la justicia ordinaria, debido a la congestión provocada por el alto número de juicios y el reducido número de recursos para atenderlos. A su vez, gracias al fenómeno de la globalización, Chile asimila la experiencia de países desarrollados con los que entra cada vez más en contacto, fundamentalmente a través de transacciones de comercio exterior, por lo cual advierte la necesidad de desarrollar otras figuras para resolver conflictos, tales como la mediación.

En la actualidad, si bien existe aún preponderancia del arbitraje como fórmula de resolución de controversias en materia civil y comercial, existe cada vez mayor conciencia acerca de la necesidad de avanzar a procedimientos menos adversariales como la mediación y la conciliación. En este sentido, existe gran preocupación por parte de los organismos que ofrecen servicios de resolución alternativa de disputas y del ámbito académico, por generar una cultura adecuada de resolución de controversias, que contribuya a la pacificación social y a una sana convivencia al interior de la comunidad.

Ilustrativas resultan las estadísticas contenidas en la investigación de mercado realizada por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago²⁵¹ en agosto de 2005, en las que un 68% de los abogados y empresarios encuestados declaró haber utilizado la negociación, un 12,30% la justicia ordinaria, un 3,69% el arbitraje (tanto en su fórmula ad hoc como institucional) y un 11,41% la mediación como forma preferente para resolver controversias en el ámbito civil y comercial que se les habían presentado.

También resulta interesante destacar que, de acuerdo al estudio antes mencionado, un 20% de las empresas y los abogados encuestados manifestó que quien decide acerca de cuál método de resolución de conflictos será utilizado para una controversia potencial o actual, de orden contractual, son los abogados y un 53% declaró que quien hacía dicha elección era el afectado, persona jurídica o natural. Ello plantea un importante desafío en orden a obtener mejores niveles de información acerca de la relevancia y beneficios derivados del hecho que las personas se preocupen por conocer

²⁵¹ Investigación de mercado del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de la Cámara de Comercio de Santiago, aplicada por Corpa Ltda. a 75 empresas. Agosto de 2005.

los métodos de resolución alternativa de conflictos y de seleccionarlos en forma adecuada, sin delegar por completo esta decisión en sus asesores legales.

Si bien el propósito de este artículo es prestar atención a lo que ha ocurrido en materia de resolución alternativa de conflictos en materia civil y comercial, no podemos dejar de mencionar los significativos avances que ha experimentado la institución de la mediación, en forma incipiente en los años 90 y particularmente a partir del siglo XXI, en materias tales como la familia, la salud, lo laboral, entre otros. Destacamos al respecto la mediación como herramienta incorporada en el Título V de la nueva Ley N° 19.698, vigente desde el 30 de agosto de 2005, la cual crea los Tribunales de Familia, mediante la cual se pueden conocer casos relativos al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes, las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con este una relación directa y regular, las causas relativas al derecho de alimentos, entre otros variados tópicos del Derecho Familiar. Asimismo, deben ser consideradas, en forma importante, la práctica de la mediación en materia laboral, a través del Centro de Mediación de la Dirección del Trabajo y la reciente incorporación de la mediación en materia de salud en el marco de la Ley N° 19.966, sobre Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE), la cual comenzó a regir el 4 de marzo de 2005, y que establece un procedimiento de mediación prejudicial, obligatorio y gratuito, ante el Consejo de Defensa del Estado de Chile. Para los prestadores privados de salud, denominados en Chile ISAPRES, se establece un sistema similar el cual será administrado por la Superintendencia de Salud, entidad dependiente del Gobierno de Chile.

Todas estas iniciativas que consagran a la mediación, con mayor o menor obligatoriedad, como método de resolución de controversias, han contribuido a generar un espacio de diálogo acerca de las ventajas y potenciales desventajas u obstáculos de la mediación, el cual sin duda favorece, en forma transversal el desarrollo en nuestro país de este nuevo instituto, tanto para las materias civiles, como las comerciales, familiares, laborales y tantas otras que potencialmente podrán incorporar la mediación como eficaz mecanismo de resolución de controversias.

En materia de mediación civil (a excepción de las materias de salud), no existe en Chile una legislación que la regule. Por lo tanto, queda entregada a la autonomía de la voluntad de las partes que accedan voluntariamente a ella. El acuerdo al que puedan llegar las partes como consecuencia de un proceso de mediación, puede tomar la forma de un contrato de transacción, el cual se rige por las normas que al respecto consagra el Código Civil en su artículo 2446 y siguientes y que, reducido a escritura pública, adquiere carácter obligatorio y ejecutable.

Favorable resultaría, para las disputas de índole civil y comercial, la existencia de una ley de mediación, que estableciera como requisito previo

para intentar una demanda en estas materias, el paso por la mediación. Ese ha sido el caso de numerosas legislaciones en diversos países, entre los cuales cabe destacar a los más cercanos, como Argentina y Colombia, la obligatoriedad de intentar una mediación como condición previa a una demanda no atenta a nuestro modo de ver contra el carácter eminentemente voluntario de la mediación, ya que solo resulta mandatario recurrir a la mediación pero no permanecer en ella y, muy por el contrario, permite difundir dentro de la comunidad, de manera más intensiva, el concepto de la mediación.

Sin perjuicio de lo beneficioso que pudiera resultar la existencia de una ley de mediación para materias civiles y comerciales, creemos que, en la medida que se realice una mayor difusión de los métodos alternativos de resolución de disputas hacia los miembros de la comunidad jurídica, empresarial y universitaria, comenzando desde una edad temprana con los jóvenes en las escuelas y los organismos de enseñanza, es posible que se produzca el cambio cultural esperado.

Por ello consideramos que una buena oportunidad para lograr dicha masividad social, es la discusión que se ha iniciado en las Universidades respecto de la necesidad de reformar de manera profunda la Justicia Civil en Chile, particularmente respecto de sus procedimientos, incorporando en dicha reforma la mediación como elemento obligatorio en algunas de sus materias.

2. LA NEGOCIACIÓN: UN ENFOQUE PREVENTIVO

La negociación –*entendiendo que constituye un método alternativo de solución de controversias*– podemos afirmar que, junto al arbitraje, constituye una de las formas más utilizadas para la solución de controversias, especialmente en el ámbito comercial. Así, tal como señaláramos anteriormente, un 68% de los empresarios y abogados entrevistados²⁵², declaró que el mecanismo más utilizado para la solución de controversias de negocios era la negociación. Sin perjuicio de lo positivo de este resultado, no es posible inferir de ello que la negociación se realice siempre en forma adecuada ni que se obtengan los resultados deseados, principalmente por una falta de entrenamiento en las técnicas y habilidades de negociación. Ello está siendo superado con diversos seminarios abiertos y cerrados que han puesto de manifiesto la necesidad de generar habilidades en negociación y han permitido a los empresarios, abogados y a la comunidad en general, capacitarse en este tema.

Tanto respecto de la negociación como de la mediación, las teorías preponderantes que sirven de base conceptual a estos mecanismos, son los

²⁵² Investigación de mercado del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de la Cámara de Comercio de Santiago, aplicada por Corpa Ltda., a 75 empresas. Agosto de 2005.

lineamientos generales del Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard, especialmente en materia civil y comercial.

En materia familiar, se agregan a las bases anteriormente descritas, las corrientes y tendencias sociológicas que más se adecuan a la realidad familiar, principalmente de carácter sistémico, esto es, aquellas que consideran a la familia como un sistema complejo, en constante desarrollo y con permanencia en el tiempo.

3. LA MEDIACIÓN: UN EFICAZ ESPACIO DE PROTECCIÓN

La mediación en Chile, como en la mayoría de los países, puede ser definida como aquel proceso voluntario, a través del cual las partes en disputa son asistidas por un tercero neutral, que las ayudará a negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Tal como vimos anteriormente, en los últimos tiempos la mediación en Chile ha progresado de manera importante en las áreas de la salud, trabajo y familia.

Es destacable la labor impulsada por la Dirección de Trabajo dependiente del Ministerio del ramo, los que han logrado mediar en 1.178 conflictos, a nivel nacional entre los años 2002 y 2004²⁵³, incluyendo tanto los presentados por las partes de manera voluntaria o forzosa, transformándose en un instrumento efectivo de resolución de disputas en materia laboral.

En tanto en materia de salud, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) es el organismo encargado de recepcionar los reclamos de los usuarios en contra de prestadores de servicios médicos de la de salud pública.

En la actualidad existen 40 mediadores a nivel nacional, todos abogados del CDE, a cargo de las mediaciones y los reclamos que en su gran mayoría son por eventuales supuestas negligencias o errores médicos de carácter grave. Las reparaciones a los usuarios pueden ir desde excusas del infractor, pasando por prestaciones médicas compensatorias o indemnización en dinero.

Estas últimas están afectas a topes. Los acuerdos sobre UF. 1.000 deben ir en consulta al CDE y sobre UF. 3.000 al Ministerio de Hacienda²⁵⁴. A la fecha, los reclamos para mediación entre el 4 de marzo al 8 de julio de 2005 llegan a un total de 151 casos, de los cuales 80 fueron admitidos a mediación, 16 fueron declarados inadmisibles y 56 se encuentran pendientes²⁵⁵.

Finalmente, nos encontramos con la recientemente estrenada mediación familiar, la cual, por el breve plazo en que se encuentra en vigencia

²⁵³ Dirección de Trabajo, Centro de Conciliación y Mediación Laboral, 2005.

²⁵⁴ Consejo de Defensa del Estado, Unidad de Mediación. www.cde.cl

²⁵⁵ Szczaranski Cerda, Clara., Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, www.colegiomedico.cl, presentación pública de agosto de 2005.

no es posible cuantificar su impacto en cifras, pero por lo tópicos que aborda, creemos que será socialmente significativo.

En el ámbito empresarial y de los negocios en general, tanto en lo que se refiere a materias civiles y comerciales, en 1998, después de cinco años de experiencia en materia de arbitraje institucional, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago decidió introducir un nuevo servicio: la mediación. Ello debido a la constatación de que en la práctica no todo litigio es susceptible de ser resuelto por medio del arbitraje, sea por consideraciones de tiempo, recursos o bien de protección de las relaciones de las partes.

En este último aspecto, cabe destacar a la mediación como el mecanismo que en mayor medida permite proteger las relaciones personales o de negocios de las personas involucradas en un conflicto, cuestión que en materia civil y comercial resulta de gran relevancia, si pensamos en la necesidad de proteger las relaciones empresa –cliente, empresa– proveedores y entre empresas.

De particular interés para la aplicación de la mediación son las pequeñas y medianas empresas, realidad que abarca a más de 120.000 de las empresas en Chile²⁵⁶, ya que los métodos adversariales, sean estos el juicio ordinario o la instancia arbitral, sin perjuicio de la eficacia con que puedan operar, atentan directamente en contra de las posibilidades de proteger o restaurar las relaciones interpersonales de los afectados.

Acorde con la visión antes expuesta, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago difunde modelos mixtos de cláusulas contractuales de solución de controversias, que contemplan como primer paso la mediación y, solo si esta no prospera, el arbitraje. Ello con el objeto de dar la oportunidad a personas naturales y jurídicas de utilizar los mecanismos de resolución alternativa de controversias desde lo menos a lo más adversarial y no lo contrario, evitando el desgaste psicológico y de tiempo para las partes que atraviesan conflictos en materias civiles y comerciales²⁵⁷.

Tal como expresamos con anterioridad, todas las iniciativas mencionadas son dignas de elogio, pero hasta el momento carecen de una estructura que las coordine y haga de ellas una tendencia firme, y que a su vez permita el desarrollo de profesionales idóneos para el progreso de la mediación.

4. LA CONCILIACIÓN: NECESARIA EN EL ARBITRAJE

Otro método alternativo de solución de controversias utilizado en Chile es la conciliación. Este método se encuentra reglamentado en el Código

²⁵⁶ Eyzaguirre Guzmán, Nicolás. Ex Ministro de Hacienda. Exposición sobre el Estado de la Hacienda Pública al Senado de la República de Chile. Septiembre, 2005.

²⁵⁷ Modelos de cláusulas disponibles en www.camsantiago.com

de Procedimiento Civil, artículos 262 y siguientes, teniendo actualmente carácter obligatorio en los juicios ordinarios. La conciliación, que puede estar inserta en un procedimiento ante la justicia ordinaria o la justicia arbitral, consiste en el llamado que hace el juez o árbitro a las partes, para que resuelvan el conflicto a través de un acuerdo. El juez o árbitro propone bases para un arreglo y si estas no son aceptadas por las partes, continúa el juicio respectivo. Cabe destacar como ejemplo del grado de utilización de la conciliación, la situación actual de este mecanismo dentro de los procesos arbitrales que son administrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Precisamente, uno de los aspectos esenciales del Reglamento Procesal de Arbitrajes del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago²⁵⁸, es la existencia obligatoria de una etapa de conciliación, en la que el árbitro, culminada la etapa de discusión, llama a las partes y les presenta fórmulas para llegar a un arreglo y así solucionar el conflicto. Aproximadamente en un 38% de los arbitrajes que terminan en el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, la causal de término es el avenimiento entre las partes, sea judicial o extrajudicial, en el 29% la sentencia definitiva dictada por el árbitro y en el 33% restante otras causales tales como el desistimiento de la parte demandante, el abandono del procedimiento por las partes, entre otros²⁵⁹.

5. LAS VENTAJAS DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

El primer cuerpo legal que reglamentó detenidamente el arbitraje en el Derecho Chileno fue la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875 (L.O.T.), al consagrar su título XI a “Los jueces árbitros”. El Código de Procedimiento Civil, promulgado el 28 de agosto de 1902, dedicó el Título IX de su Libro III al “Juicio Arbitral”, completando las disposiciones de la L.O.T. con preceptos que tienden a regular el procedimiento ante los árbitros²⁶⁰.

Diversas otras leyes, como la de 1 de enero de 1883, sobre inhabilidades para ser árbitro y la N° 6.985, de 8 de agosto de 1941, que reglamentó varias materias relacionadas con el arbitraje, complementan la legislación establecida en aquellos textos²⁶¹.

En virtud de lo dispuesto en el Art. 32 de la Ley N° 7.200 de 21 de julio de 1942, se refundió en un solo texto la L.O.T. de 15 de octubre de 1875 y todas las que la habían complementado o modificado, promulgándose el Código Orgánico de Tribunales, cuyo texto definitivo fue fijado por la Ley 7.421 de 15 de junio de 1943. Las disposiciones referentes al arbi-

²⁵⁸ Reglamento disponible en www.camsantiago.com

²⁵⁹ Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Estadísticas. www.camsantiago.com

²⁶⁰ Aylwin Azócar Patricio, *El Juicio Arbitral*, Fallos del Mes, Chile, Santiago, 1982, p. 68.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 68.

traje constituyen el título IX, Art. 222 al 243, de ese C.O.T. y ellas, conjuntamente con las del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, forman la legislación chilena vigente hasta la fecha en materia arbitral²⁶².

En síntesis, las normas que actualmente rigen el arbitraje nacional o doméstico en Chile se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil (Título VIII del Libro III) y en el Código Orgánico de Tribunales (Título IX, Art. 222 al 243). Ambos códigos reconocen a los árbitros, sean arbitradores, de derecho o mixtos, la calidad de jueces.

Así lo confirma el propio artículo 222 del C.O.T., que define al árbitro como un juez, al señalar “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”.

De esta manera, puede afirmarse que los árbitros son verdaderos jueces llamados a administrar justicia, ejerciendo plena jurisdicción.

La utilización del arbitraje se encuentra bastante generalizada en el ambiente de los negocios, en materias civiles y comerciales. Lo común es que los contratos contengan compromisos o cláusulas compromisorias, en virtud de las cuales las partes acuerdan someter al arbitraje el conocimiento y resolución de cualquier controversia futura relacionada con el contrato respectivo. La cláusula arbitral o compromiso suelen insertarse en contratos de la más variada naturaleza.

Originariamente, las partes tendían a escoger una persona prestigiosa y de confianza para que resolviera el caso en calidad de árbitro, lo que se conoce en doctrina bajo el nombre de arbitraje ad hoc o independiente. Sin embargo, desde los años noventa se ha ido generalizando la inclusión en los contratos que se celebran en Chile, de la cláusula arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de la Cámara de Comercio de Santiago, en virtud de la cual las partes están optando por la fórmula del arbitraje institucional, lo cual significa que estas encomiendan a la institución, en este caso el Centro antes mencionado, la designación de un árbitro y se someten a la aplicación de las reglas de la institución, así como de sus tarifas.

Una gran ventaja del arbitraje institucional del Centro es la alta calidad de los miembros de su panel de árbitros y la rapidez con que se resuelven los juicios. Al respecto, su reglamentación establece un plazo máximo de seis meses para la dictación del fallo arbitral, prorrogable por circunstancias excepcionales solo hasta por seis meses más. La Ley chilena en cambio, establece para el arbitraje un plazo máximo de dos años.

Otra gran ventaja del arbitraje institucional es la existencia de un sistema tarifario preestablecido, que brinda una mayor transparencia en

²⁶² *Ibíd.*, pp. 68 y 69.

materia de honorarios para los árbitros y tasa administrativa para la institución. De esta manera las personas, incluso solo al incluir una cláusula en un contrato sin necesariamente existir aún un conflicto, pueden calcular cuánto podrían llegar a pagar por concepto del arbitraje, basados en la cuantía, esto es, el monto disputado. En el arbitraje ad hoc o independiente, en cambio, los honorarios no están reglados, lo cual genera incertidumbre y, en algunas ocasiones, abusos hacia las partes.

Es preciso señalar que la legislación chilena distingue tres clases de árbitro: árbitro arbitrador, árbitro de derecho y árbitro mixto.

Árbitro arbitrador, también denominado amigable componedor, es aquel que realiza la substanciación del procedimiento arbitral de acuerdo a las normas que las partes hayan acordado al efecto. A su vez, el laudo o sentencia arbitral debe ser dictado de acuerdo a sus razones de prudencia y equidad.

Árbitro de derecho, es aquel llamado a tramitar el procedimiento y dictar la sentencia arbitral, de acuerdo a las mismas reglas aplicables a los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

Árbitro mixto, es aquel que, substanciando el procedimiento en la misma forma que un árbitro arbitrador, debe dictar sentencia según las mismas reglas aplicables a los árbitros de derecho.

En el arbitraje doméstico, si las partes nada han acordado en relación a la calidad del árbitro, la ley entiende que tendrá la calidad de árbitro de derecho. Al respecto encontramos una excepción en la Ley de Sociedades Anónimas, de acuerdo a cuyas provisiones, a falta de acuerdo de las partes en relación a la calidad del árbitro, se entiende que este deberá actuar como arbitrador.

El arbitraje que más se utiliza en el mundo comercial es el de los árbitros arbitradores. Ello por la mayor flexibilidad con que pueden llevar el procedimiento y dictar sentencia y por su mayor ajuste al dinámico y complejo mundo de los negocios. Además, en el caso de los árbitros arbitradores, la ley no exige que sean abogados, como ocurre en el arbitraje de derecho, con lo cual las partes podrían escoger a un profesional experto de una disciplina que no sea la del Derecho.

6. LOS AVANCES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, Chile ha incrementado sus negocios internacionales y, por consiguiente, ha aumentado el número de conflictos de orden internacional y la preocupación, principalmente de los abogados, por diseñar el mejor sistema de solución de controversias, que brinde garantía de efectividad. Tanto para la parte chilena como extranjera, la incertidumbre que genera la posibilidad de tener que litigar ante tribunales

extranjeros de la nacionalidad de la contraparte, ha generado un incremento importante en el número de cláusulas de negociación-mediación-arbitraje que se insertan en toda clase de contratos mercantiles.

Durante el 2004, Chile se sumó a otros países de Latinoamérica al adoptar de manera casi íntegra la Ley Modelo UNCITRAL para arbitraje comercial internacional, a través de la Ley N° 19.971, la cual viene a llenar un vacío en la solución de conflictos comerciales internacionales, ya que representa un avance concreto con miras a convertir a Chile en un centro de negocios para la región, además de representar un avance en materias propiamente legales tales como la imposibilidad de que no nacionales chilenos pudiesen ser árbitros, o el hecho que la nueva Ley internacional permita el establecimiento de reglas procesales en que la voluntad de las partes se vea reflejada de mejor manera y que el laudo resultante sea abstraído de manera importante de la mayoría de los recursos procesales que franquea la legislación chilena²⁶³.

Con ello, el sistema chileno queda integrado por una serie de preceptos legales para el ámbito interno, y una nueva legislación especializada para el arbitraje internacional.

No obstante este avance, ya con anterioridad, el Código de Procedimiento Civil (Artículos 242 al 251) contemplaba normas relativas al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros, entre las que se cuentan las resoluciones expedidas por jueces árbitros. De acuerdo a estas disposiciones, para dar reconocimiento a una sentencia arbitral extranjera, deberá aplicarse lo dispuesto al respecto en los tratados internacionales existentes entre Chile y el país del cual proceda la sentencia arbitral. A falta de tratados, debe estarse al principio de la reciprocidad. Por último, si no puede aplicarse ninguno de los conceptos antes mencionados, rige el sistema de la regularidad internacional consistente en que la sentencia arbitral se cumplirá en Chile, sí reúne las exigencias establecidas en los artículos 245 y 246 del Código de Procedimiento Civil²⁶⁴.

Adicionalmente, el Decreto Ley N° 2.349 del año 1978, establece normas relativas a las condiciones con respecto a las cuales el sector público puede someterse a arbitraje en los conflictos derivados de contratos financieros y económicos internacionales. Dichas normas consagran la posibilidad de que las disputas derivadas de contratos financieros y económicos celebrados por el sector público se sometan a leyes extranjeras y jurisdicciones extranjeras, comprendiendo en este último caso la justicia ordinaria o la arbitral. Sin embargo, el Estado no puede estipular en contra-

²⁶³ Conejero Roos, Cristián, *The New Chilean Arbitration Law an the Influence of the Model Law*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2005.

²⁶⁴ Monsálvez Müller Aldo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1996 (edición 2000), p. 79

tos de inversión extranjera regidos por el Decreto Ley N° 600 (The Foreign Investment Statute) que las diferencias se someterán al conocimiento y resolución de la justicia ordinaria o arbitral extranjera²⁶⁵.

7. CONCLUSIONES

El principal obstáculo y a su vez el principal desafío de quienes hoy desempeñan algún rol en materia de resolución alternativa de disputas en Chile, es la falta de información por parte de la comunidad en general, incluso la legal, acerca de las diferentes alternativas disponibles hoy en día en el país en materia de resolución de controversias y los costos y beneficios de cada una de ellas. Debido a esta falta de información, muchas personas piensan, por ejemplo, en la mediación como un método débil, carente de fuerza obligatoria y de una sentencia con carácter vinculante para las partes, sin conocer las ventajas que reporta en materia de ahorro de tiempo, dinero y energía y de protección de las relaciones personales y de negocios de las partes. En otros casos, consideran al arbitraje como un mecanismo más caro que la justicia ordinaria, basados en el hecho de que esta última es gratuita, sin detenerse sin embargo a pensar en el costo del tiempo invertido en el proceso judicial.

Con el fin de lograr generar una cultura en materia de resolución alternativa de disputas, la mayoría de las instituciones hoy dedicadas a la oferta de servicios de arbitraje y mediación, así como también en el ámbito académico las Universidades, contemplan mecanismos de difusión y programas de estudios, respectivamente, para dar a conocer los distintos métodos y sus ventajas.

²⁶⁵ Rodney J. Gates, *A Guide to Arbitration and Dispute Resolution in APEC Member Economies*, Singapore, 1997, p. 4-2

¿POR QUÉ EN COLOMBIA SE HABLA DE CONCILIACIÓN Y NO DE MEDIACIÓN?

DRA. BIBIANA BERNAL MESA²⁶⁶
FEDERICO RESTREPO SERRANO²⁶⁷

Sumario: 1. Introducción, 2. Mediación y Conciliación: Diferencias y similitudes, 3. Algunos problemas de la conciliación en Colombia, 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento exponencial de las situaciones de conflicto que a diario vive una sociedad como la colombiana, ambientado por fenómenos como la corrupción, la exclusión social, el desplazamiento forzado, el narcotráfico, los diferentes tipos de justicia (oficial, no oficial, formal, informal, monocultural, multicultural, cívica y armada) han obligado a los diferentes gobiernos, a partir de la década del noventa, por “recomendación” de organismos multilaterales de inversión, a la adopción de una serie de cambios, no solo en las estructuras económicas estatales, sino en la manera en que el ciudadano se relaciona con el Estado a través del Poder Judicial en la resolución de sus conflictos.

La Asamblea Nacional Constituyente, reunida en el año 1991, por convocatoria del Poder Ejecutivo, equivocadamente pensó que elevando la figura de la conciliación a rango constitucional estaba introduciendo una

²⁶⁶ Abogada Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Especialista en Gerencia de la misma universidad y en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Jefe de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Conciliadora y profesora de la materia “Negociación de Conflictos” en la Universidad Pontificia Bolivariana.

²⁶⁷ Abogado de la Universidad de Antioquia (Medellín). Magíster homologado de Mediación y Negociación de Conflictos de la Universidad de Barcelona (España). Exdirector del Centro de Conciliación de Universidad de Antioquia. Conciliador de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Profesor universitario y formador de conciliadores. federicorestrepos@hotmail.com

novedad, que de forma taumatúrgica cambiaría el comportamiento cotidiano de los colombianos en la manera de afrontar y resolver sus conflictos. Pero tal “efecto mágico” no se produjo y, antes, por el contrario, y de manera paradójica, la cultura jurídica nacional y la forma de afrontar los ciudadanos los conflictos cotidianos, privilegian los mecanismos heterocompositivos adversariales, es decir, las decisiones tomadas por un tercero e impuestas.

A pesar del paso inexorable del tiempo y de la reforma constitucional ya mencionada, vemos que son muchos los nubarrones que oscurecen en la actualidad los augurios de éxito total que se tenían en torno a la figura de la conciliación, tanto por propios como extraños.

Se pretende, a partir del presente artículo, hacer una aproximación a la interpretación dada por el legislador colombiano a la figura del tercero ajeno, neutral e imparcial a la situación del conflicto, que trata de ayudarles a dos o más participantes (personas naturales o jurídicas) a buscar acuerdos lícitos equitativos y de beneficio mutuo.

El trabajo desempeñado por ese tercero en otras latitudes recibe el nombre de mediador, pero en Colombia afortunada o desafortunadamente se le ha denominado conciliador.

Para hacer dicha aproximación y en vista de que en Colombia la referencia normativa es extremadamente escasa, y muy reciente, con respecto a la mediación, echaremos mano de la múltiple doctrina internacional y de la incipiente nacional en la materia, y en cuanto a la conciliación recurriremos a las normas constitucionales y legales, a la vasta doctrina nacional y a la experiencia personal en la aplicación de la figura como funcionaria de un centro de conciliación, arbitraje y amigable composición y como formador de conciliadores y conciliador en derecho. Mezclaremos la experiencia en el ámbito privado de la primera, y público, del segundo.

2. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES

2.1. Definiciones

2.1.1 ¿Qué es la mediación?

Existe en la doctrina internacional multiplicidad de definiciones sobre la mediación, cada una de estas estará impregnada del proceso formativo de quien la realiza, pero en el fondo, la intervención del tercero llamado mediador, siempre será la misma.

Podríamos definir *la mediación* como un proceso flexible de resolución de conflictos al que recurren libre y voluntariamente los sujetos inmersos en una situación de antagonismo, conformados individual o colectivamente, para que con la ayuda de un tercero ajeno a esta, y sin

poder de decisión sobre el asunto, lleguen a un acuerdo que los satisfaga mutuamente.

El profesor Gonzalo Serrano, catedrático de Psicología Social de la Universidad Santiago de Compostela, sostiene que: “La mediación es un proceso caracterizado específicamente por la presencia de acción de una tercera parte, distinta de las contendientes directamente implicados en el mismo conflicto”.

De la misma manera, Kressel y Pruitt al definir el proceso de mediación, en su obra “The Mediation of social conflict”, la describen, como la “intervención de una tercera parte neutral, que sirve de ayuda a que dos o más disputantes alcancen un acuerdo en el curso de una negociación.

Se resalta la capacidad del mediador para intervenir, recomendar y hacer sugerencias, pero nunca para imponer soluciones o tomar decisiones vinculantes”.

Podríamos seguir enunciando multiplicidad de definiciones de la figura de la mediación, pero, en nuestro parecer, para los efectos de este escrito, carece de sentido hacerlo.

Los rasgos esenciales de la intervención del mediador, en nuestro entender, son:

1. La voluntariedad del proceso,
2. La terceidad, y
3. La ausencia de poder de decisión de este sobre el conflicto.

2.1.2. ¿Qué es la conciliación?

Las primeras referencias normativas de la figura de la conciliación en Colombia datan del año 1823, pero el paso del tiempo y el ostracismo jurídico que vivió dicha norma hicieron que esta fuera derogada tácitamente del ordenamiento jurídico colombiano.

En la década de los años ochenta y noventa la “moda” de la justicia autocompositiva, no adversarial, a nivel internacional, pretendiendo el empleo de métodos alternativos de solución de conflictos, la modernización de los sistemas jurídicos de los Estados que contribuyeran a logro de la paz social, a la administración de una justicia eficaz y, en últimas, a la consolidación de los sistemas democráticos, hicieron que el Estado colombiano implementara una serie de reformas en tal sentido.

La Constitución de 1991 estableció en su artículo 116 inciso cuarto, recientemente modificado por el artículo primero de la Ley 906 de 2004, la posibilidad de que: “Los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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”.

La norma que vino a definir la figura de la conciliación fue la Ley 446 de 1998 en su artículo 64, de la siguiente manera: “La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Acogiendo la descomposición de la definición de conciliación que hace el profesor Juan Carlos Varón Palomino, a nuestro juicio, esta contiene cuatro elementos fundamentales que pueden servir posteriormente para hacer la comparación con la figura de la mediación.

Un elemento normativo: Que está compuesto por el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que rigen la convocatoria, realización y efectos de la figura, así como también el régimen aplicable en materia de derechos, deberes y responsabilidades de las diversas clases de centros de conciliación y conciliadores.

Un elemento subjetivo: Dado por las personas, interesados o partes que participan en la celebración de la audiencia de conciliación en compañía del conciliador.

Un elemento objetivo: Conformado por la situación de conflicto que las partes quieren resolver con la ayuda del tercero (conciliador).

Un elemento metodológico: Que se concreta en la intervención estratégica, sistemática y activa que realiza el conciliador como orientador y facilitador de la misma, elemento que queremos no se pierda de vista al momento de sopesar el trabajo que realiza el mediador en otras latitudes y el que desarrolla el conciliador en Colombia.

2.2. Clasificación

2.2.1 Clases de mediación

Una de las grandes dificultades que existe con la mediación, tanto a nivel internacional como local, es la de establecer cuál es la tipología o clases de intervención que realiza el tercero en una situación de conflicto.

Para lo anterior, se debe tener en cuenta por parte de quien pretende hacer tal clasificación, la multiplicidad de factores y variables que inciden, no solo en el comportamiento de los sujetos conflictuantes (forma de relación, niveles de dependencia), en el mediador (experiencia acumulada, intuición), el tipo de conflicto (personal, social, familiar, ambiental, laboral) y el contexto de intervención (idiosincrasia, cultura).

La presente clasificación es una inicial aproximación a las varias que es posible efectuar.

Para el ya citado profesor Gonzalo Serrano, según el papel desempeñado por el tercero, se puede hablar de una mediación activa y una mediación pasiva. La primera se caracteriza porque el mediador interviene acti-

vamente de modo más o menos ordenado, desarrollando un plan estratégico y táctico y emitiendo, incluso, sugerencias. En la segunda el mediador limita sus esfuerzos a que las partes negocien, así, la importancia del proceso radica en su presencia.

Dentro de la mediación activa, a su vez, se puede distinguir la mediación de proceso y mediación de contenido. La de proceso pretende básicamente desarrollar condiciones de negociación y habilidades en los contendientes que faciliten el avance de la misma, es decir, establecer reglas de juego que permitan adelantar ordenada y negociadamente la intervención de las partes y el tercero; en la de contenido el interés primordial estriba en los puntos o problemas a tratar, es decir, en lo sustancial.

Se establece otra tipología con base en la relación entre los litigantes y el mediador. En tal sentido, se pueden distinguir dos tipos: La mediación contractual y la mediación emergente.

En la contractual, el mediador es contratado (valga el pleonasma) para cumplir su tarea; en la emergente, existe un conocimiento o relación previa entre las partes y el mediador, que crea un clima favorable para la función mediadora.

También se puede diferenciar una mediación de tipo formal y otra de tipo informal. La primera supone un proceso muy estructurado, posiblemente reglado, en el que el mediador actúa como representante de un organismo oficial; en la informal, el mediador no representa expresamente ningún organismo, sino que es llamado a intervenir en el conflicto por su experiencia, credibilidad y competencia para conseguir un contexto de negociación óptimo.

2.2.2. Clases de conciliación

En Colombia, la figura de la conciliación, a diferencia de la mediación, en lo que se refiere a su definición y clases, está plenamente regulada desde el punto de vista legal.

Luego de la expedición de la Ley 23 de 1991, que autorizó la utilización de la figura de la conciliación en las diferentes ramas del Derecho, las Leyes 446 de 1998 y sus posteriores modificaciones introducidas por la Ley 640 del 2001 (actualmente vigente) determinaron en su artículo tercero las clases de conciliación existentes.

Dicha norma estableció que la conciliación podría ser judicial, si la misma se realiza dentro de un proceso judicial o extrajudicial, si esta se realiza antes o por fuera del mismo. A su vez, y así lo prevé esta última norma, la conciliación extrajudicial será en derecho cuando la misma se realice a través de los conciliadores de los centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliadoras (conciliadores que obligatoriamente deben ser abogados) y será en equidad cuando la misma se lleva a cabo ante conciliadores en equidad (no abogados).

2.3. Asuntos mediables y asuntos conciliables

2.3.1. Asuntos que se pueden mediar

La decisión de seleccionar la mediación como forma de resolver conflictos, depende, en todos los casos, de cada una de las partes inmersas en este.

En principio, todos los conflictos que se prestan para una resolución negociada de la diferencia también se prestan para la mediación, aun, a pesar de que haya habido negociaciones fracasadas en el pasado o aunque la controversia sea objeto de un proceso judicial pendiente.

La mediación puede ser recomendable para aquellos casos en los que los interesados tienen una relación continua en el tiempo (aunque hay autores que la desestiman por la posibilidad de incumplir más fácilmente los acuerdos logrados, dada la cercanía de las partes) y en asuntos en los cuales hay necesidad de mantener la privacidad de las cuestiones debatidas por la reputación profesional, social o comercial de los implicados.

Puede haber mediación en asuntos empresariales, familiares, escolares, comunitarios, en asuntos civiles o comerciales o con interesados públicos o privados.

En Colombia, las limitaciones que podría tener el alcance de la mediación, estarían determinadas por la Constitución (que no exista vulneración de derechos fundamentales) y por las limitaciones éticas que cada mediador se autoimponga.

2.3.2. Asuntos que se pueden conciliar

La citada Ley 446 de 1998, denominada de la “Descongestión de la Justicia y de los Despachos Judiciales”, en su artículo 65, establece: “Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”.

De acuerdo con lo anterior, se tienen como transigibles aquellos asuntos que versen sobre derechos que las partes tengan poder y capacidad de disposición y esa disposición no vulnere: Derechos ajenos, asuntos relativos al estado civil de las personas o a los derechos de los incapaces (menores e interdictos legalmente declarados) o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.

Tampoco se puede transigir sobre asuntos o conflictos en los que se involucre el orden público, la soberanía nacional, el orden constitucional o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.

Se pueden conciliar también los asuntos que sean desistibles, es decir, aquellos que implican la renuncia parcial o total de las pretensiones de una de las partes a favor de otra u otras. Asimismo, que el desistimiento sea

incondicional y solo perjudique a la persona que lo hace o a sus causahabientes (herederos o legatarios).

Y por último, se pueden conciliar en Colombia todos aquellos asuntos que expresamente determine la ley. Es decir, que por sustracción de materia, en Colombia, se pueden conciliar todos aquellos asuntos que no estén expresamente prohibidos por la ley.

2.4. El mediador y el conciliador

2.4.1. La figura del mediador

En la doctrina internacional, según el profesor Jorge Hernán Gil Echeverri se distingue claramente entre conciliación y mediación, pero, en nuestro país, dicho consenso no existe, por lo que la figura, como fórmula o mecanismo para solucionar conflictos o diferencias, es prácticamente atípica. De ahí que el arreglo logrado por la intervención de un mediador en una situación de conflicto de dos participantes podrá producir los efectos procesales de una transacción, pero no una conciliación.

En nuestro país, solamente hasta la reciente Ley 906 de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) que pretende implementar el sistema penal acusatorio, se trata por primera vez, aunque de manera superficial, y aún sin reglamentación, la figura de la mediación, y únicamente en esta materia. Así las cosas, el mediador en Colombia no tendría características diferentes a las que tiene en el resto del mundo.

Legalmente, no hay unas obligaciones especiales ni unos rasgos propios para este tercero en nuestro ámbito; sin embargo, este vacío, no es, en nuestro concepto una desventaja, porque a pesar de que no esté expresamente reglamentado, cotidianamente y ante la multiplicidad de conflictos intrafamiliares, vecinales, comunitarios, sociales, laborales, comerciales, hay ciudadanos que se dedican profesionalmente al ejercicio del arte de la mediación; es más, las partes libremente con el mediador pueden determinar el procedimiento para llevar a cabo las sesiones, el estilo, duración y reglas de conducta de la mediación, para maximizar así las posibilidades de llegar a un buen acuerdo.

Pensamos que sería una injusticia excluir como mediadores a profesionales de disciplinas que tienen mucho que decir y aportar en la solución de los problemas de los participantes en la mediación (como sucede con la figura de la conciliación en Colombia).

No se puede perder de vista que la mediación, como proceso que es, permite la intervención simultánea o alternada de diferentes profesionales en las sesiones programadas.

Se busca la presencia interdisciplinaria, de manera que la conjunción de esos diferentes saberes, sin invadir cada una su campo específico de

aplicación, se vean recíprocamente enriquecidas, logrando fundirse y convertirse en un nuevo enfoque o tipo de intervención del mediador.

Algunos conflictos por su especialidad (por ejemplo, conflictos de familia) requerirán la intervención de un psicólogo, un terapeuta familiar, un psiquiatra con formación sistémica y unos mínimos conocimientos legales sobre la familia.

Habrán otros conflictos que requerirán la intervención de profesionales de otras disciplinas (trabajadores sociales, abogados, médicos).

Siguiendo con esta idea, es posible que haya conflictos que requieran la presencia de un mediador único (mediación simple), así como los habrá de tal naturaleza y complejidad que requieran la presencia de dos mediadores (Co-mediación).

Ahora bien, en lo que sí hay consenso en las diferentes legislaciones, es en la necesidad de que la persona mediadora tenga mínimamente formación en técnicas y habilidades de negociación o haya realizado una diplomatura o maestría en mediación, no pasando por alto que hay personas que por su propia visión del mundo, su intuición, capacidad y experiencia acumulada y asimilada pueden desplegar con éxito la actividad mediadora (mediadores naturales o natos).

Lo que se debe buscar con la mediación, esté normatizada o no, a través de la participación del mediador, es la resolución integral del conflicto, pues este no tiene una única causa o variable en su formación (monocéntrico), sino muchas causas o factores (policéntrico) y mientras más causas sean dialogadas y discutidas por las partes y el mediador, mejor será el acuerdo.

Este acuerdo nacido de la conversación de los participantes, como sostiene el profesor Luis Eduardo Ahumada Recalde, en la ponencia presentada en el Primer Congreso Mundial de Arbitraje, Panamá, octubre de 1999, "El ADN de la mediación institucional, un nuevo camino para resolver conflictos": "No es ni la solución unilateral de una parte, ni la solución unilateral de la otra, sino que es una salida original, distinta, realizada por una y otra parte y que no pertenece a ninguna de las partes, sino a las dos".

2.4.2. La figura del conciliador

En Colombia las diferentes normas jurídicas que han reglamentado en el pasado y que regulan en el presente la figura del conciliador, han establecido que además de las calidades personales que deben acompañar el actuar de este, que son básicamente las mismas del mediador, debe cumplir unos requisitos de tipo legal para desempeñar el cargo.

Dentro de las calidades personales del conciliador podríamos destacar su independencia, creatividad, intuición, honorabilidad, responsabilidad, respeto, flexibilidad, paciencia, liderazgo, confiabilidad y habilidad para negociar.

Ahora, en cuanto a los requisitos de tipo legal, podemos mencionar los siguientes: La calidad de tercero, estar debidamente capacitado en M.A.S.C (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), haber superado un proceso de evaluación sobre conocimientos en conciliación, estar adscrito a un centro de conciliación, ser experto en la materia objeto de la controversia, ser imparcial y, dependiendo del tipo de conciliación que se realice, la condición de abogado en ejercicio.

Es necesario en este punto ahondar en la clasificación que hace la ley colombiana, para que el lector vislumbre los diferentes tipos de conciliadores que pueden operar al amparo de la legislación vigente, y para lo anterior apelaremos a la experiencia profesional en cuanto a la observación o utilización diaria de la figura.

Cuando la ley establece que la conciliación es judicial, hace referencia a que esta se puede desarrollar ante un Juez de la justicia formal oficial (juez en Derecho), que está investido, en los albores del proceso judicial, de la facultad de actuar como conciliador, citando a las partes de ese proceso (demandante y demandado), para que con su ayuda resuelvan la diferencia y eviten, de no mediar un acuerdo total o parcial, que el proceso continúe con sus etapas posteriores y el juez retome su calidad y dicte sentencia, imponiéndole la decisión a alguna de ellas; o que esta se puede llevar a cabo ante un juez de la justicia informal oficial (juez de paz) quien funge en la etapa de autocomposición o conciliación del proceso que voluntariamente ambas partes conflictuantes llevan a su conocimiento, como conciliador, tratando de encontrar con estas una solución al conflicto.

De no obtener un acuerdo conciliatorio, el juez de paz asume nuevamente su calidad inicial (de juzgador) y resolvería el conflicto imponiendo a una de las partes una decisión, al igual que en la justicia formal oficial.

Ahora, cuando se habla de conciliación extrajudicial, hace referencia a que la misma pueda ser desarrollada por los dueños de la situación de conflicto, ante un abogado que desempeñe un cargo público del Poder Ejecutivo (alcaldes municipales o inspectores de policía, del trabajo, de tránsito, defensor y comisario de familia, fiscal que instruye la causa criminal) o ante conciliadores con la misma formación profesional (abogados particulares) adscritos a los centros de conciliación institucionales y de carácter universitario y los conciliadores a prevención que realizan su trabajo, desde sus oficinas, despachos o estudios, avalados y adscritos por un centro de conciliación institucional y teniendo como fundamento de su intervención, en calidad de tercero, las normas legales vigentes.

Comentario aparte nos merece la figura de la conciliación extrajudicial en equidad, pues la misma, y por desarrollos legales posteriores a la Constitución de 1991, debe ser dirigida por un ciudadano honorable o “buen hombre” (que aunque el lector no lo crea, abundan en nuestro país) que pone al servicio de la comunidad que lo postula para ejercer el cargo, su ascendente social, reconocimiento su capacidad de convocatoria, como

líder cívico y comunitario, ayudando a sus conciudadanos como tercero a resolver sus conflictos, pero teniendo como norte de su intervención “la equidad” y “la cultura propia de la zona” en la que fue elegido y desarrolla su invaluable “apostolado”

2.5. Mediación y conciliación: una relación de género a especie

Tal y como se había esbozado al inicio del presente artículo, los linderos entre la figura de la conciliación y la mediación en Colombia no son muy claros. Y esa falta de claridad deviene paradójicamente de la ausencia de referencias conceptuales de la figura de la conciliación en otros países. En el nuestro, resulta más o menos frecuente que dichos términos se empleen como sinónimos, cuando, a nuestro juicio, no lo son.

Veamos por qué: Retomando los elementos que componen la definición de la figura de la conciliación en Colombia (2.1.2): elemento normativo, subjetivo, objetivo y metodológico, y haciendo un paralelo entre ambos procesos de intervención en la gestión y solución de los conflictos, nos damos cuenta que los tres últimos elementos de la definición son comunes a las dos figuras.

Tanto en la conciliación como en la mediación en nuestro país, el elemento subjetivo lo integran los participantes individuales o colectivos (personas naturales o jurídicas) que quieran resolver su diferencia con la presencia del tercero mediador o conciliador.

A su vez, el elemento objetivo estará conformado por la materia prima que sirve de insumo a ambas figuras a través de la intervención del tercero: el conflicto con sus múltiples factores y manifestaciones. Y el elemento metodológico, lo constituirá el tipo de estructura o cuerpo de intervención que convenga el tercero imparcial con las partes para que con su ayuda se resuelva la diferencia. El elemento diferenciador de ambas figuras en Colombia, creemos, radica en la consagración constitucional y normativa de la figura de la conciliación mas no de la mediación.

La multiplicidad de autores expertos en el tema, sostiene que la diferencia básica entre mediación y conciliación radica en que en la mediación, el tercero no tiene la facultad de proponer fórmulas de acuerdo, mientras que en la conciliación, ese tercero está obligado, por la norma positiva, a proponerlas, incluso, la omisión de tal deber, puede acarrear sanciones de tipo disciplinario.

En nuestra opinión, esta diferenciación es inexacta y superficial, ya que es menester hacer referencia a los distintos tipos o clases de mediación a los que ya hemos aludido, así, creemos que la relación existente entre las dos figuras sub examine es la siguiente: En Colombia, la conciliación es una mediación activa, de proceso y formal. Activa porque el conciliador, repetimos, está obligado a proponer a las partes fórmulas de acuerdo, que pueden ser o no acogidas por estas; de proceso, porque existe una secuen-

cia lógica, reglada, sistémica, de antecedente y consecuente en la forma de intervención de las partes, el tercero y el centro de conciliación (cuando se opere a través de este), se trata de un asunto reglado normativamente (en exceso procesalizado, en nuestra opinión) y formal por cuanto de la actividad desarrollada por el tercero y las partes, tiene que resultar una constancia escrita, que debe observar unos requisitos específicos de ley en cuanto a su contenido (formal y material) que en el caso de tratarse de un acuerdo conciliatorio, total o parcial, se denominará “acta de conciliación” o en el evento de no acuerdo, asunto no conciliable o inasistencia de una o ambas partes se denominará “constancia”. Sin este requisito de forma, que no es simplemente *ad probationem*, sino *ad substantiam actus*, no se puede acudir a la justicia formal, en los casos en que la conciliación opera como requisito de procedibilidad.

Adicionalmente, si miramos las dos figuras desde la óptica jurídica, podríamos decir que la conciliación en Colombia es una función pública mientras que la mediación no, porque esta es una práctica de naturaleza privada; que la primera requiere que el conciliador, por norma general, sea un sujeto calificado a diferencia del mediador, que no lo es; y en cuanto a los efectos jurídicos, en la conciliación, están formalmente asociados con el otorgamiento de un documento (acta de conciliación o constancia) suscrito por los participantes y el conciliador, con los mismos efectos de la sentencia del juez de la justicia formal oficial porque así lo determina la ley (cosa juzgada y mérito ejecutivo) al contrario de la mediación, en la que como ya lo habíamos mencionado, sus efectos derivan del acuerdo logrado por las partes, que vertido en un documento escrito puede tener efectos de un contrato de transacción, o que, de ser verbal, está sujeto en su cumplimiento única y exclusivamente a la voluntad de estas.

Así, retomando los conceptos ya mencionados, las diferentes clasificaciones de cada una de las figuras y teniendo en cuenta la informalidad que caracteriza a la mediación en nuestro país, y el hecho de ser un mecanismo de resolución de conflictos de aplicación en muchos más campos de la vida diaria, nos atrevemos a sostener que la mediación es el género y la conciliación es una forma específica de mediación, esto es, una especie.

3. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

Por considerarlo importante y con la finalidad de que el lector se forme una clara idea de lo que ha representado la figura de la conciliación, desde su consagración constitucional en nuestra legislación, hasta la fecha, queremos hacer eco de una serie de preguntas, con sus respectivas respuestas personales, que en lo general causan controversia en el ambiente jurídico colombiano y, especialmente, en los profesionales que de manera habitual desarrollan su actividad laboral desde la perspectiva no adversarial de resolución de conflictos, previas las siguientes consideraciones: El contexto

sociojurídico de creación de implementación constitucional y legal de la conciliación en Colombia, se hace en momentos de una gran crisis en todos los aspectos de la vida nacional, queriendo el legislador de turno, de manera irresponsable, convertir el mecanismo en un simple instrumento de descongestión de los despachos judiciales.

Se ha impuesto una tradición institucional de reformar la administración de justicia, totalmente ajena a la política social. Se piensa que si existe cambio normativo u orgánico será suficiente para lograr el proceso de transformación de las prácticas sociales.

No existe en el Estado colombiano lo que podría denominarse una verdadera política nacional que proteja la figura de la conciliación como tal, pues esta intención ha estado atada a las diferentes administraciones y a las escasas posibilidades presupuestales, dependiendo entonces del buen o mal ánimo que los funcionarios públicos de turno le pongan al tratamiento y desarrollo de la figura, sin ningún plan o derrotero, a mediano o corto plazo.

Se normativiza la figura de la conciliación, se eleva a rango constitucional, se reglamenta su ejercicio a través de multiplicidad de normas y finalmente se le deja expósita, abandonada a su suerte.

Se plasman muchas intenciones en el papel y en la práctica no se ejecutan todos los medios para hacer real su efectividad.

Se privilegia y se hace mayor énfasis en los mecanismos formales oficiales de resolución de conflictos y se hace menor hincapié en lo público, social, comunitario y cotidiano.

No existe en Colombia una conciencia nacional de que también puede darse la justicia sin la presencia del Derecho.

No se tiene en cuenta que esta se puede presentar siempre y cuando exista en la sociedad una mínima integración valorativa, cultural y normativa.

En nuestro país todos, sin excepción, tenemos algo de abogados y de jueces. Existe la percepción, a nuestro juicio equivocada, en la comunidad jurídica nacional, que la justicia que se proveen las partes mismas a través de la conciliación es de menos categoría que la que impone el operador jurídico estatal, percepción alimentada por una sociedad embelesada y enamorada de las formas autoritarias de resolver los conflictos.

Los avances que ha tenido la figura de la conciliación en nuestro entorno, se deben, en gran medida, al fuerte trabajo desplegado por los centros de conciliación de las cámaras de comercio del país, agrupadas a través de Confecámaras, las que han marcado una pauta clara de actuación para otros centros de conciliación, tanto públicos como privados.

No obstante que la ciudadanía en general tiene la percepción de que la conciliación es una gran fuente de ingresos para las cámaras de comercio, en la práctica, estos servicios no generan utilidad económica; a lo sumo, y tan solo en algunas cámaras, se logra punto de equilibrio.

Si el servicio se mantiene, es porque estas entidades quieren desplegar una función social en la comunidad sobre la que tienen influencia.

Si no existieran estos centros ¿qué pasaría con la crisis de la administración de justicia en Colombia?

En nuestro sentir, esta sería aún más aguda.

3.1. ¿En Colombia cumple o no el conciliador funciones jurisdiccionales?

A nuestro juicio, y según lo establece el artículo 116, inciso cuarto de la Constitución Nacional y por una falta de técnica legislativa evidente, no puede pensarse que el particular que actúe como tercero ajeno a la situación de conflicto de las partes, sin poder de decisión sobre ella, imparta justicia.

Si el particular (abogado o líder comunitario), en su rol de conciliador, le ayuda a las partes a resolver su conflicto, lo está haciendo como una especie de “testigo” de los acuerdos logrados vertidos en un documento (acta de conciliación), eso sí, cuidando como arquitecto del acuerdo que es, que el acta que lo contenga, produzca los efectos jurídicos establecidos en la ley (cosa juzgada y mérito ejecutivo).

3.2. ¿En Colombia existe un divorcio entre la justicia formal y la informal?

A nuestro juicio, en Colombia no existe una articulación entre los mecanismos de la justicia formal oficial y los de la justicia informal oficial.

La primera es la encargada, teóricamente, de darle curso a las sentidas reclamaciones de justicia de los ciudadanos ante la vulneración de sus derechos, pero para acceder a ella existe lo que denomina el argot de los economistas “barreras de entrada”, que impiden que del ciento por ciento (100%) de los litigios que deberían ser resueltos por los jueces, solo el 48% son tramitados.

La segunda, debería ser entendida no solo por el Estado sino por los ciudadanos, como una forma de reconstrucción y consolidación del mal-trecho tejido social.

La justicia formal e informal debe ir concomitante con la realización de otras tareas sociales, debe ser una construcción comunitaria e institucional.

Ese tratamiento aislado que se le da a la administración de justicia informal, hace que la construcción de la misma sea efímera y, especialmente, en aquellas zonas rurales del país y en los cinturones de miseria que acordonan los grandes centros de población urbana, que se convierten en caldo de cultivo ante la exclusión social, para que cualquier actor armado destruya rápidamente procesos de elaboración dispendiosos de justicia comunitaria.

La administración de Justicia informal tiene que luchar día a día por ganar espacios de legitimidad y credibilidad, ante las múltiples formas adversariales y, en el peor de los casos, violenta, de resolver los conflictos.

Lamentablemente, muchas de las intervenciones de los operadores de la justicia informal oficial, son miradas por los operadores judiciales formales con desdén.

El Estado y los ciudadanos no pueden perder de vista que, paralelamente, con la intervención de las justicias formales e informales oficiales, en determinadas zonas del país coexisten otra serie de justicias no oficiales (justicia guerrillera, paramilitar, delincuencia organizada, bandas, pandillas) que lamentablemente han ido ganando terreno y legitimidad en diferentes regiones rurales y urbanas del país, carcomiendo como un cáncer, la poca y negativa percepción que tienen los colombianos de la Justicia estatal.

En opinión nuestra, no siempre las reformas que pretenden informalizar los sistemas judiciales son positivas. Dicha estrategia puede ser insuficiente y a veces contraproducente.

3.3. ¿En Colombia resulta eficaz la figura de la conciliación respecto de la resolución de los conflictos de los ciudadanos?

En Colombia hay dos factores determinantes, que no se pueden perder de vista en lo que se refiere a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y, específicamente, en la conciliación: El primero es el de propiciar a través de una intromisión del Poder Ejecutivo en la función natural del órgano legislativo una “lujuria legislativa” con normas jurídicas de todo tipo que reglamentan, modifican, adicionan, derogan, reviven normas derogadas y vuelven a reglamentar la figura, creando en el saber jurídico profesional y social inseguridad e incertidumbre jurídica sobre la vigencia de una u otra norma. El segundo, la incubación de la obligatoriedad de convocar, previo a la iniciación del juicio, a una audiencia de conciliación para que en ese espacio las partes concertaran la solución de la diferencia, lo que se ha denominado “la conciliación como requisitos de procedibilidad”, es decir, un requisito adicional para que los ciudadanos puedan obtener un “pasaporte de acceso” a la administración de justicia, a través de la celebración extraproceso de una audiencia de conciliación ante los conciliadores facultados para hacerlo.

Estudiando los antecedentes históricos de esta figura, nos encontramos con que, supuestamente, esta era una manera de “culturizar” a la población en la utilización de la conciliación, una forma de lograr penetrar la figura, en el “inconsciente colectivo” para después de un tiempo, hacerla voluntaria y nosotros nos preguntamos ¿el fin justifica los medios? ¿Es válida la penetración cultural vía obligatoriedad?

En nuestro sentir, con la consagración de la conciliación como requisito de procedibilidad (para la mayoría de los casos comerciales, familiares, contencioso-administrativos y civiles), se obtiene como resultado que, antes de servir esta como un espacio democrático, que le brinde a los ciudadanos a una mejor capacidad de respuesta de los organismos judiciales

estatales, la cultura jurídica nacional, y, especialmente, el colectivo de los profesionales del Derecho, que se encarga de filtrar el manejo de los conflictos a través de su saber legal, la han convertido en un trámite jurídico adicional (proceso), con las nefastas consecuencias que esta práctica aparea en una más alta propensión de la resolución del conflictos solamente a través de la vía del Derecho.

Hasta la fecha no hay un estudio del Ministerio del Interior y de Justicia ni del Consejo Superior de la Judicatura que, estadísticamente, demuestre la efectividad de la conciliación como requisito de procedibilidad, pero, por lo que hemos percibido en nuestro ejercicio profesional, desafortunadamente, la efectividad no es tal: una parte considerable de solicitudes de celebración de audiencia de conciliación se hacen con la finalidad de agotar el requisito y no de solucionar el conflicto en esta instancia, haciendo perder tiempo, y, en muchos casos, dinero, a los usuarios obligados del sistema de administración de justicia.

Por fortuna, algunas Facultades de Derecho de nuestro país, han introducido a sus programas o *pénsums* de pregrado, materias que profundizan en los métodos alternativos de solución de conflictos, a fin de lograr crear una cultura menos litigante y más negociadora. Esperamos que así se demuestre en el futuro cercano.

4. CONCLUSIONES

- En Colombia, la mediación es el género y la conciliación es una forma específica de mediación, esto es, una especie.
- En Colombia, la conciliación es una mediación activa, de proceso y formal.
- En Colombia no ha habido una política nacional, clara y a largo plazo de consolidación y masificación de la conciliación.
- En Colombia, el Estado no ha logrado, vía exceso de regulación normativa de la conciliación, su efectividad, pues el comportamiento social de los ciudadanos sigue, en un alto grado, dirigiéndose a métodos heterocompositivos, adversariales de solución de conflictos y, en el peor de los casos, para nuestro pesar, violentos.
- En Colombia la consagración normativa de la figura del conciliador, en nuestro sentir, es la reivindicación y reconocimiento a la labor callada y desinteresada (en la mayoría de los casos) del tercero que les ayuda a los conciudadanos a resolver sus conflictos, tal y como lo hace el mediador en otras latitudes.

EL ARBITRAMENTO EN COLOMBIA

DR. CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA²⁶⁸

Sumario: 1. Introducción, 2. La jurisdicción arbitral en Colombia y su panorama normativo, 3. Visión constitucional del arbitraje, 4. Principios de la autonomía del pacto arbitral y el principio de Kompetenz - Kompetenz, 5. Breve Descripción del proceso arbitral, 6. Conclusiones, 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Este escrito pretende referenciar el arbitraje en Colombia, recorriendo los antecedentes normativos, las características constitucionales del arbitraje, los principios sobre los que se construye y se desarrolla su procedimiento. También es importante reconocer que el lector encontrará en este escrito solo un panorama del arbitraje en Colombia, pues la legislación es bastante profusa y puntual en muchos aspectos que no son objeto de tratamiento en este artículo en razón del espacio y la finalidad propuesta para esta obra a la que he sido invitado a escribir. Por ello, solo deseo dejar en el lector una idea general del arbitraje en Colombia y de la confianza que para mí genera esta institución. También, quiero que el lector encuentre los postulados donde se construye el proceso arbitral y se eleva su potencial, identificando sus alcances y límites.

2. LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN COLOMBIA Y SU PANORAMA NORMATIVO

El arbitraje, como bien se sabe, es una institución o figura jurídica que posee una alta tradición en los sistemas de derecho privado²⁶⁹. En Colombia, como lo veremos más adelante, desde finales del s. XIX contamos con antecedentes del arbitramento en nuestra legislación, pero solo hasta la

²⁶⁸ Profesor Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá - Colombia. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Finanzas de la misma Universidad y candidato a Doctor en la Universidad de Salamanca - España.

²⁶⁹ JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrage. Paris. Ed. Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence. 1987.

Constitución de 1991 se le da una importancia suficiente que logra estimular su desarrollo y promoción²⁷⁰.

A través del tiempo, el arbitraje en nuestro país se ha ido constituyendo en un mecanismo pertinente y de constante uso por parte de los agentes económicos, muchas veces sin distinción de su carácter público o privado, sin dejar de reconocer la primacía por parte de los segundos. Sin embargo, el camino que se ha recorrido no ha sido corto y mucho menos fácil, por ello es importante hacer una breve síntesis de sus principales desarrollos, para luego abordar la figura en la actualidad.

Como primera legislación que trabajó el arbitramento en Colombia, tenemos la Ley N° 105 de 1890, la cual es una importante pieza para los posteriores desarrollos que le siguieron sobre el arbitraje nacional, pero que a su vez es bastante simple y con grandes falencias como las posibilidades de que un árbitro tercero dirima el conflicto que se suscita, tampoco consagró la figura del secretario, cuyas funciones terminaban siendo asumidas por alguno de los árbitros intervinientes, sin embargo el principal defecto o carencia de cara a los procesos arbitrales modernos, sería su insuficiente capacidad para que lo decidido tuviese fuerza definitiva como las sentencias judiciales. Posterior a este pronunciamiento, la Ley N° 103 de 1923, sin hacer consideraciones superiores en su texto definitivo, permitió que se realizaran debates sobre el arbitraje internacional, los efectos de los fallos pronunciados en el exterior, que a todas luces prendía colores de alerta sobre la importancia de entender el fenómeno arbitral en un contexto fuera de las fronteras. En 1938 se expide la ley 2ª como un adelanto a las demás de su especie en el continente, pues se abre la facultad para que los interesados puedan llegar a un arbitramento por medio de la cláusula compromisoria, pues hasta el momento solo existía el compromiso como medio para llegar al arbitraje²⁷¹.

Posterior a los desarrollos mencionados antes, nos encontramos con los antecedentes más directos de lo que es hoy nuestro sistema arbitral. En 1970, por medio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 4ª de 1969, el Presidente de la República expide los Decretos 1.400 y 2.019 por medio de los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil que bajo los artículos 663 a 677 desarrollaba de manera ordenada, moderna y suficiente el arbitramento. Como aspectos importantes de esta codificación

²⁷⁰ La Constitución de 1886 no consagró el arbitraje como un mecanismo alternativo para administrar justicia, pero la doctrina y la jurisprudencia ya le daban la importancia de mecanismo alternativo, pues la Ley N° 105 de 1890 lo reconocían como tal. Es importante ver las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 26 de mayo de 1969 con ponencia del Magistrado Luis Sarmiento Buitrago, donde rescata el valor del arbitramento como sistema alternativo de administración de justicia.

²⁷¹ Cámara de Comercio de Bogotá. El arbitraje. La alternativa actual. En: Colección. Métodos Alternativos para la Solución de Controversias. N° 3. Bogotá D.C. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. pp. 27 y ss.

se encontraban la reafirmación de llegar al arbitraje mediante la cláusula compromisoria o por medio del compromiso, indicando además los procedimientos por medio de la solemnidad del convenio arbitral para adelantar el arbitraje. De igual manera, presenta la posibilidad del arbitramento en derecho o en conciencia, como también la facultad de acudir a la jurisdicción en todo lo relacionado con las medidas cautelares y la ejecución del laudo, dándole una naturaleza mixta en cuanto a su cabal entendimiento. En sintonía con la normatividad del arbitramento en el Código de Procedimiento, el Decreto N° 410 de 1971, actual Código de Comercio, reafirmó lo establecido en el estatuto nombrado, dando vía para que el arbitraje tuviese una perspectiva más procesal que privatista²⁷².

Lo visto hasta ahora representa el terreno donde se construyó nuestro sistema arbitral, pues el panorama normativo que lo encuadraba cambia al mismo tiempo que las visiones de incorporar al Estado colombiano en el comercio internacional por medio de la apertura de los mercados, de darle más participación a los ciudadanos, como también del trascendente cambio constitucional que se da a principios de la década de los noventa y todos los efectos que este trae consigo.

Comencemos por decir que el marco jurídico vigente del arbitramento en Colombia está compuesto por el Decreto N° 2.279 de 1989, el Decreto 2.651 de 1991, la Ley N° 23 de 1991, la Ley N° 446 de 1998 y la Ley N° 510 de 1999, las cuales han sido compiladas en su mayoría por el Decreto N° 1.818 de 1998. El Decreto N° 2.279 concretamente busca reunir la normatividad existente sobre el arbitramento, le sustrae la formalidad al compromiso y a la cláusula compromisoria, se faculta a los árbitros para que decreten en cierto grado medidas cautelares, además se da la posibilidad para que exista el arbitramento estatal y el total respaldo a los tratados y convenciones internacionales sobre arbitraje. El Decreto en mención fue modificado y ajustado por la Ley N° 23 de 1991 sin realizar cambios sustanciales y con la firme intención de impulsar los mecanismos alternativos de solución de controversias, sobre todo haciendo hincapié en la conciliación prejudicial.

La Constitución de 1991, establece concretamente la participación de los particulares para administrar justicia por mecanismos precisos y transitorios en el artículo 116, *"... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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"*. Con este decidido apoyo y confianza en el arbitramento nacional como internacional, se expide el Decreto 2.651 que, bajo el rótulo de transitorio para la descongestión de los despachos judiciales, se con-

²⁷² Ibídem.

centra en los mecanismos de la conciliación y el arbitramento. Bajo este último se introduce la conciliación, se reglamenta el trámite para iniciar un arbitramento, se establece el rol de los directores de los centros de arbitraje, suprimiendo las funciones de los jueces ordinarios no relacionadas con medidas cautelares y los recursos de nulidad y revisión. También, este decreto facilita la intervención de las partes en la práctica de las pruebas como el uso de medios técnicos para el desarrollo de las audiencias²⁷³. Otro aspecto importante, fruto del impulso constitucional, se ve reflejado en la Ley 80 de 1993, más conocido como el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, que consagra en el Capítulo VIII dedicado a la solución de controversias, que permite el uso de los sistemas alternativos de administración de justicia para los contratos estatales que se celebren a partir de la entrada en vigencia de esta ley y que tengan cláusula compromisoria o la posibilidad de celebrar compromisos cuando no sea estipulada en el contrato²⁷⁴.

De igual manera, la Ley Estatutaria de la administración de Justicia, Ley N° 270 de 1996, sigue el mismo lineamiento establecido por la Constitución, que consagra que el legislador puede determinar o permitir mecanismos distintos al proceso judicial para la solución de controversias. También hay que decir, que la norma reconoce los arbitramentos en derecho y en equidad, como a su vez garantiza la libertad de los interesados en seguir un proceso de esta naturaleza para que fijen sus propias normas de procedimiento cuando el legislador no haya establecido un procedimiento específico²⁷⁵.

El desarrollo de las normas sobre arbitramento continúa su impulso con la Ley 315 de 1996, donde se regula lo atinente al arbitramento inter-

²⁷³ El Decreto 2651 fue prorrogado, dado su carácter transitorio, por la Ley N° 192 de 1995 y la Ley N° 287 de 1996, hasta que finalmente se convirtieron algunos de sus artículos en legislación permanente por el Decreto N° 446 de 1998.

²⁷⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 68. “Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal”.

²⁷⁵ La discusión en este punto no ha sido pacífica, algunos doctrinantes han pretendido dotar al arbitramento de una naturaleza absolutamente privada, donde las partes tengan capacidad para suplir las normas que definen el proceso arbitral. Por otro lado, autores con tesis de corte mixto, reconocen la imperatividad del proceso y solo creen que las partes tienen la potestad para definir reglas de procedimiento cuando el legislador no haya establecido nada. En todo caso, tenemos que decir que la Corte Constitucional al revisar por control constitucional la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, fue clara en sus argumentos al expresar que “... los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”. Corte Constitucional. Sentencia C-073 del 5 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

nacional y se establecen las diferencias con el arbitraje extranjero. Posterior a estos desarrollos, en Colombia se expide la Ley N° 446 de 1998 la cual convierte un conjunto de normas de carácter transitorio en permanentes y a su vez tiene la finalidad de descongestionar los despachos judiciales. De cara al arbitramento, esta ley puntualiza sobre la definición, las clases de arbitramento, el procedimiento, las etapas, el laudo, la cláusula compromisoria y el compromiso, entre otros aspectos de igual importancia. Por último, tenemos que decir que el Decreto N° 1818 de 1998 incorporó la legislación vigente sobre arbitramento en un solo estatuto, pero con la salvedad que no deroga ninguna de las normas que incorpora. Haciendo esta salvedad, tenemos que bajo la sistematización del Estatuto de Sistemas Alternativos de Solución de conflictos se puede entender el contenido y alcance normativo definitivo que hay en Colombia sobre el arbitramento.

Ahora, abordaremos a grandes rasgos los aspectos constitucionales del arbitraje, y el procedimiento, además de algunos principios de desarrollo legal que complementan la órbita constitucional, pretendiendo sistematizar y sintetizar los pronunciamientos judiciales y la legislación, de tal forma que permita a nuestros lectores una idea clara y suficiente del arbitramento en Colombia.

3. VISIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

Trabajar la visión constitucional del arbitramento en Colombia supone enfrentarnos como mínimo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la que ha desarrollado una consistente jurisprudencia sobre la participación de los particulares en la administración de justicia, y por otro lado a las consideraciones sobre las que se concreta esta atribución reconocida por la propia Carta Política en su artículo N° 116, básicamente sobre el punto específico de las herramientas jurídicas a través de las cuales, los ciudadanos son investidos de la función de impartir justicia de manera ocasional en calidad de árbitros²⁷⁶.

Como se sabe, el arbitraje es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: *“es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”*²⁷⁷.

²⁷⁶ Las características propias del arbitramento y el lugar que este procedimiento ocupa dentro del sistema de administración de justicia consagrado por el constituyente, son expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-226 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Caballero Martínez.

²⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.

Teniendo claro estos presupuestos, abordaremos en concordancia con lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia los elementos que componen el concepto de arbitraje bajo la Constitución. Así, trabajaremos según los postulados de la voluntariedad, temporalidad, y excepcionalidad, sin descuidar su supeditación a la ley y los derechos sobre los que versa.

3.1. La voluntariedad del arbitraje

La función pública de administrar justicia está encargada por orden público a los jueces “naturales”, es decir a la rama jurisdiccional, todo asunto susceptible de ser resuelto en derecho por un juez tiene su lugar en la jurisdicción, y solo por acuerdo entre las partes, de forma libre, puede ser destinado para que sea resuelto por árbitros. Sin lugar a dudas esta es una, sino la más importante de las diferencias entre los jueces “naturales” y los árbitros; pues no es ajeno el hecho en Colombia bajo el cual se pretendió establecer como obligatorio, en materia de servicios públicos, el arbitramento para los asociados con este tipo de empresas prestadoras. En este sentido dijo la Corte Constitucional:

“Lo que no se ajusta al ordenamiento constitucional es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada²⁷⁸ que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política, sin tener en cuenta que son las partes las facultadas en la Constitución para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria. En el precepto acusado se impide, por consiguiente, la determinación libre que tienen los asociados de las mencionadas “E.S.P”., de someter las diferencias a la decisión arbitral de particulares, dada la obligatoriedad de la norma, cercenando así el derecho al acceso a la jurisdicción ordinaria, investida del principio de gratuidad y permanencia de que está revestida la administración de justicia. No tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución arbitral solamente es procedente y via-

²⁷⁸ La norma acusada de la Ley N° 142 de 1993 establecía: “(...) Artículo N° 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 19.14 En los estatutos se advertirá que las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral; las decisiones de los árbitros estarán sujetas a control judicial por medio del recurso de anulación del laudo o del recurso extraordinario de revisión, en los casos y por los procedimientos previstos en las leyes”.

ble en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos constitucionales citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso en particular. De ahí que, no tenga asidero constitucional institucionalizar por vía legislativa el procedimiento arbitral para sustituir en todos los casos, en forma genérica e indefinida, a la jurisdicción ordinaria consagrada en la misma Constitución Política de 1991”²⁷⁹.

La voluntariedad del arbitramento es tan importante que dadas diferentes consideraciones y situaciones espacio-temporales específicas, la Corte Constitucional ha dirigido sus consideraciones sobre el proceso arbitral para permitir que prime la voluntad de las partes por encima de las consideraciones sobre determinados aspectos del proceso. Un hecho relevante, que podrá ser observado cuando se describa el procedimiento arbitral, enfatiza la importancia de la voluntariedad. En Colombia, suscitó discusión una norma que especificaba cómo se nombraban los árbitros por el centro arbitral bajo el entendido de una negativa a la designación para nombrar árbitros, pues decía el artículo que si esto ocurría el centro arbitral nombraría los árbitros²⁸⁰. El problema después de muchos años de sentencias y consideraciones diferentes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la naturaleza administrativa o judicial de la etapa prearbitral, terminaron en la primacía de las hechas por el segundo, pues la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad, termina condicionando la interpretación de las facultades de los centros de arbitraje para nombrar árbitros solo en el entendido que las partes interesadas en el arbitramento autoricen a estos centros para que las realicen, dado que esa sería una función pública de naturaleza jurisdiccional y que por tanto la ley no puede autorizar, bajo consideraciones de procedimiento, facultades jurisdiccionales a quienes no son jueces²⁸¹.

²⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁸⁰ Decreto N° 2651 de 1991. Artículo N° 15 (adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley N° 446 de 1998). Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así: (...) 3. (Modificado por el artículo 119 de la Ley N° 446 de 1998). Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros

²⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia 1.038 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Las consideraciones de la Corte frente a la voluntariedad se puede identificar así en esta Sentencia: “(...) “La Corte reitera que bien puede la ley atribuir a los particulares la función de administrar justicia, y que el Legislador tiene una cierta libertad de configuración en este campo. Sin embargo, esas regulaciones legales deben respetar los principios constitucionales que gobiernan la administración de justicia por los particulares. Por ello, esta Corporación complementa parcialmente la doctrina desarrollada en la referida

3.2. La temporalidad del arbitraje

El propio entender del artículo N° 116 de la C.N. expresamente consagra la característica de transitoriedad o temporalidad del arbitramento “(...) *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia...*” (Subrayas y negrilla fuera del texto)²⁸². En este sentido es lógico considerar que el Tribunal Arbitral se conforma por la voluntad de las partes y por un tiempo determinado, que en principio desaparece cuando se dicta el Laudo²⁸³.

La temporalidad básicamente es una característica que obtiene su fundamento en la preservación de la institución jurisdiccional como mecanismo ordinario, permanente y prioritario de la administración de justicia, evitando que exista la duplicidad de jurisdicciones, hecho que garantiza la estabilidad y permite seguridad jurídica en el desarrollo de las actuaciones judiciales²⁸⁴.

También, el procedimiento arbitral no está hecho para durar indefinidamente en el tiempo, este debe contener un término y si no se debe atender al término establecido en la ley, seis meses prorrogables una vez, que se comenzará a contar desde la realización de la primera audiencia.

3.3. La excepcionalidad del arbitraje

Como se sabe, los árbitros son jueces de derecho privado con funciones de derecho público sometidos a la ley. Esto es, los árbitros son cons-

sentencia C-592 de 1992, pues es claro que las regulaciones legales del arbitraje deben respetar los principios constitucionales que rigen esta figura, entre los cuales se encuentra, como hemos visto, el principio de voluntariedad o de habilitación. Ahora bien, la sentencia C-592 de 1992 no estudió específicamente si la concesión de funciones judiciales a los centros de arbitraje desconocía o no ese principio. En cambio, en la presente oportunidad, el examen específico de ese tema ha llevado a esta Corporación a la siguiente conclusión: la concesión de esas funciones judiciales al centro de arbitramento desconoce el principio de habilitación, y por ello dichas atribuciones deben ser declaradas inexecutable. En esos términos, la doctrina de la sentencia C-592 de 1992 es precisada”.

²⁸² GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento. Bogotá D.C. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002

²⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 6 julio de 1995 1995. M.P. Jorge Arango Mejía “La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no solo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral”.

²⁸⁴ Sentencias C-330 del 22 de marzo de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-242 de 20 mayo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara con la corrección realizada en el Auto 17 de 10 julio de 1997 en Sala Plena.

cientes de su responsabilidad frente al procedimiento, los derechos de los administrados y el contenido del fallo que se debe expresar en el laudo. En igual sentido, el arbitraje se excepciona de la jurisdicción ordinaria por la posibilidad de pronunciarse no solo en derecho, sino también en equidad y en técnica.

El arbitraje es un procedimiento excepcional, se llega a él por medio del acuerdo entre las partes cuando ya ha surgido la controversia y se denomina compromiso o por medio de la cláusula compromisoria antes que se dé la controversia. Esa excepcionalidad ha sido protegida por la Constitución, pues en la medida que se ha intentado mediante leyes establecer el procedimiento arbitral como un medio para que la excepción se convierta en la regla, la Corte Constitucional lo ha declarado inexecutable. Esa Corporación estudió la exequibilidad del arbitramento para créditos de vivienda donde intervienen contratos de adhesión y declaró inexecutable el hecho que se pudiese volver el arbitramento como regla general.

“Estima esta Corporación que la implantación de ese sistema (el arbitral) destinado a resolver los conflictos contractuales que se presenten con ocasión del crédito para adquisición de vivienda, viola el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), el principio de igualdad (artículo 13 ibídem) y el objetivo constitucional de un orden justo (Preámbulo), además de frustrar –por contera– el ejercicio del derecho a una vivienda digna (Art. 51 C.P.).

En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor –parte débil de la relación– limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero.

Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. Así las cosas, la expresa alusión legal a que “solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento” (texto de la Ley N° 546 de 1999, artículo 35, parágrafo 2) del artículo resulta ser una inocua garantía para evitar que este se vea presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional”²⁸⁵.

²⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

3.4. La supeditación a la ley del arbitraje

Como lo hemos sostenido, nuestra Constitución facultó a los particulares bajo el artículo 116 para que transitoriamente ejerzan funciones de administración de justicia, pero esta función pública no es absoluta, pues la misma Constitución en el artículo 121 y 123, consagra que ninguna autoridad estatal podrá ejercer funciones distintas a las consagradas en la legislación y además que la ley será la que determine el régimen aplicable a los particulares que temporalmente estén desempeñando funciones públicas.

Entendido lo anterior, los particulares tienen la potestad de fijar las reglas del proceso arbitral, en tanto la legislación no haya establecido normas de procedimiento para procesos determinadas. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de un artículo que hacía referencia a la determinación por parte de los particulares de los procedimientos en procesos de arbitramento bajo el estudio de la ley de administración de justicia²⁸⁶. “[...] En cuanto al ejercicio de la administración de justicia por los particulares, cabe señalar que el referido artículo 116 constitucional prevé la posibilidad de encargarlos para cumplir esa labor en la condición de conciliadores o la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, tal como lo dispone el artículo bajo revisión. Resta agregar que en estas situaciones, los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”²⁸⁷.

3.5. Derechos sobre los que versa el arbitraje

Este principio sigue armónicamente la idea generalizada que no todo lo que le está permitido a los jueces institucionales u ordinarios, les está permitido a los árbitros, en especial, lo referido a materias de orden públi-

²⁸⁶ Revisión constitucional del Proyecto de Ley N° 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”. Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: [...] 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”.

²⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

co²⁸⁸. Es importante decir que son arbitrables aquellas materias susceptibles de transacción y que, en principio, no tengan ya una sentencia de primera instancia o única instancia por parte de jueces ordinarios. También, en derecho administrativo, es importante aclarar que no son arbitrables aquellas decisiones que enmarquen una potestad administrativa, como por ejemplo, la imposibilidad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos dentro de un contrato estatal.

Después de haber estudiado los principales presupuestos que la perspectiva constitucional aborda como elementos determinantes y configurantes del arbitramento en Colombia, es oportuno continuar con el desarrollo de dos principios que protegen la autonomía e independencia del arbitraje, de la justicia ordinaria: el principio de la autonomía del pacto arbitral y el principio denominado *Kompetenz - Kompetenz*.

4. PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA DEL PACTO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE KOMPETENZ - KOMPETENZ

Los principios a los que haremos alusión en las siguientes líneas, configuran en un sentido importante la autonomía que se pueda predicar del derecho arbitral como estudio circunscrito al derecho de las obligaciones y del contrato en general (público y privado).

4.1. Principio de la autonomía del pacto arbitral

En su sentido más básico, este principio hace referencia a la independencia que goza el pacto arbitral del contrato bajo el cual se plantea como medio para la solución de controversias²⁸⁹. Este principio tiene como esencia, la eficacia del pacto arbitral, es decir, que no se vea cohibido por la exposición de una nulidad o inexistencia del contrato que da pie al litigio pendiente de solución²⁹⁰.

²⁸⁸ Sentencia. Corte Constitucional. C-1436 del 25 de octubre de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. “La competencia de los árbitros está limitada no solo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues solo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”

²⁸⁹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. La autonomía del contrato de arbitraje. El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral. En: El Contrato de Arbitraje. Dirigido por: Eduardo Silva Romero y Coordinada por: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá D.C. Ed. Legis y Universidad del Rosario, 2005.

²⁹⁰ Es importante decir que en el ámbito internacional, el principio de autonomía del pacto arbitral pretende anticiparse a que un arbitraje se vea afectado por normas que limiten el arbitramento pertenecientes a legislaciones nacionales.

En Colombia el asunto del principio de autonomía del pacto arbitral, estuvo marcado, y de eso no hace mucho tiempo, por una posición negativa a su implementación. Así, el Consejo de Estado en 1997, sostuvo la tesis que había afirmado un Tribunal Administrativo al admitir una demanda de nulidad de un contrato cuando en este existía un pacto arbitral²⁹¹. En tal sentido, el Consejo sostuvo:

“[...] si bien el contrato contiene cláusula compromisoria, su alcance está bien definido, o sea que para resolver las controversias que se susciten como consecuencia de las obligaciones contenidas en el mismo; pero nunca para resolver sobre su nulidad o legalidad, porque este aspecto es del conocimiento exclusivo del juez del contrato”²⁹².

Posteriormente a esta postura, la Ley N° 446 de 1998 estableció que la cláusula compromisoria es autónoma con relación a la existencia o validez del contrato del que hace parte²⁹³. La Corte Constitucional en estudio de constitucionalidad sobre la norma citada, al declararla exequible, argumentó que el legislador podría hacer que la cláusula compromisoria no siguiera la misma suerte del contrato y que así se garantizaba que bajo pretendidas nulidades o inexistencias se dilatará la solución pronta que se busca por medio del arbitramento²⁹⁴. El Consejo de Estado también ha realizado algunos comentarios en diferentes asuntos sometidos a su competencia. En este entendido, tenemos por ejemplo dos providencias, una que hace referencia a un recurso de anulación²⁹⁵ y en otra que estudia la nulidad de contratos celebrados por el Estado²⁹⁶. En este último pronunciamiento el Consejo dijo:

“[...] Luego, si es el legislador quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que pronuncien sobre su existencia y validez, no hay duda de la competencia que ostentan sobre este aspecto concreto”.

En efecto, en un sistema como el nuestro donde existe una paridad entre los jueces y árbitros en cuanto a facultades y deberes sobre asuntos

²⁹¹ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 1997. Expediente 12.676

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ La norma de la Ley N° 446 establece lo siguiente: “Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente” (Decreto 1818 de 1998. Artículo 118).

²⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 1999.

²⁹⁵ Consejo de Estado. 4 abril de 2002. Radicado 20.356.

²⁹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 14 de agosto de 2003. Radicado. 66001-23-31-000-2002-00071-24344.

de su competencia, es apenas obvio que los árbitros se pronuncien sobre asuntos de nulidad absoluta. En esencia, el principio de la autonomía arbitral consigue garantizar la autonomía de las partes al consagrar el arbitramento. Este principio tiene además mucha importancia en el ámbito del comercio internacional, tratando que las controversias se solucionen con atención a reglas claras para las partes sin detenerse en particularidades de determinadas legislaciones.

4.2. Principio de Kompetenz - Kompetenz

Este principio de origen alemán en sus inicios hacía referencia a que los árbitros son los únicos que podían dirimir toda controversia relativa a su propia competencia. Veamos pues el contenido de este principio y su consagración.

Este principio con el tiempo se ha ido moderando y limitando en su alcance, tanto que hoy es muy común encontrar su contenido con la expresión franco inglesa "*Competence-Competence*", que quiere significar que la justicia arbitral posee una preferencia temporal con relación a la justicia ordinaria para conocer las controversias referidas a problemas de competencia arbitral.

Este principio busca, al igual que el principio de la autonomía, que alguna de las partes involucradas no detengan el proceso arbitral y se pierda la voluntad de una justicia pronta. Así, el principio en referencia, permite resolver a los árbitros cualquier diferencia en torno a la existencia, validez o alcance del contrato de arbitraje. Este hecho, la materia sobre la que se pueden pronunciar, hace que estos principios sean diferentes pero complementarios, pues ambos, entendidos en conjunto, permiten a los árbitros conocer controversias sobre la nulidad, validez, y existencia del negocio "*principal*" (principio de autonomía de la cláusula arbitral), como sobre la nulidad, validez y existencia del contrato de arbitraje (competence-competence). En definitiva, estos principios logran que la justicia arbitral sea autónoma y eficaz, que no quede a merced de tácticas dilatorias y se pierda en la discusión entre lo que conoce y no conoce la justicia ordinaria y la justicia arbitral.

Es claro que este principio tiene su reconocimiento en el ámbito internacional, como por ejemplo en la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional en el artículo (V) 3²⁹⁷, en la Convención de

²⁹⁷ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. "Artículo 5 (...) 3 A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la *lex fori* contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuere impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso".

Washington en el artículo 41²⁹⁸, en la Ley Modelo de la CNUDMI artículo 16.1²⁹⁹, en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 6.2³⁰⁰. En el caso colombiano, sí bien podemos decir que no tiene una consagración tan expresa, sí se puede inferir de lo consagrado por el artículo 146 y 147.2 del Decreto N° 1818 de 1998:

“Artículo 146. Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente.

Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión.

El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación. (Artículo 24 Decreto 2279 de 1989)”.

“Artículo 147. Primera audiencia de trámite. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

²⁹⁸ Convención de Washington. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. “Artículo 41 (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión”.

²⁹⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. “Artículo 16 Facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su competencia 1) El Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no entrará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

³⁰⁰ Reglamento de Arbitraje de la CCI “Artículo 6. Efectos del Acuerdo de Arbitraje. (...) 2. Si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue”.

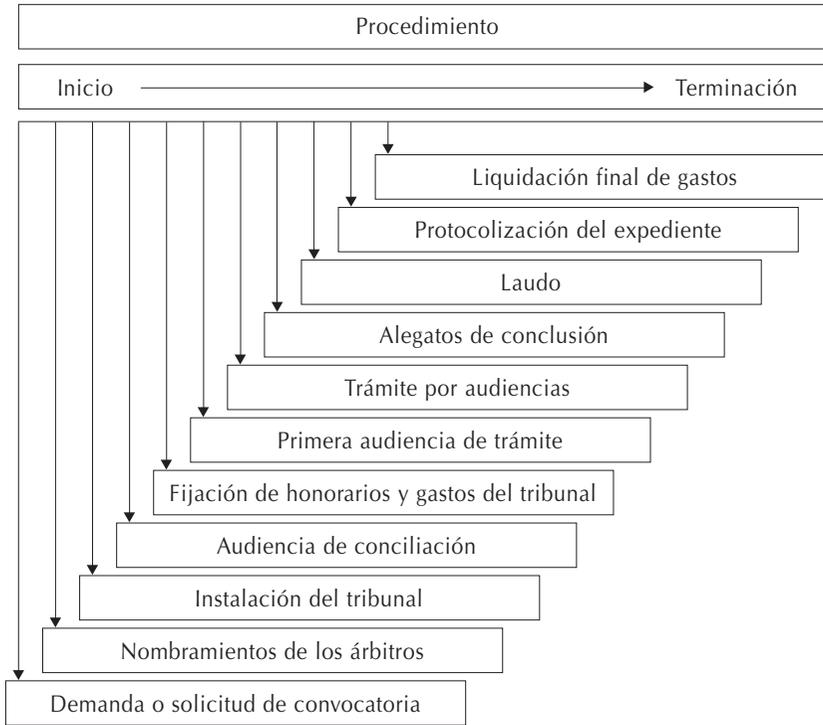
1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.
 2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.
 3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.
 4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.
 5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.
- Parágrafo. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral. (Artículo 124 Ley N° 446 de 1998)”.*

De estos artículos podemos decir que en nuestra legislación, la prioridad que ostentan los árbitros para conocer sobre controversias referidas a su competencia, no es más que una forma muy particular de desarrollar el principio de *Competence – Competence*. Hecho que se ve respaldado por el numeral 2 del artículo 147, pues el auto que decide la competencia es pronunciado por el mismo tribunal y contra esta decisión solo cabe el recurso de reposición, el cual sería resuelto por el mismo Tribunal.

Bajo las anteriores perspectivas, podemos concluir que en Colombia, el procedimiento arbitral es bastante autónomo e independiente, que respeta la voluntad de las partes y no se presta para dilaciones injustificadas que intenten dilatar el deseo de una justicia pronta y eficaz.

5. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

El proceso arbitral en Colombia, es un proceso simple, sencillo, sin excesivos ritualismos y que en términos generales hacen del procedimiento arbitral una alternativa viva, eficaz y eficiente para administrar justicia, como se puede observar en el siguiente cuadro.



6. CONCLUSIONES

El arbitramento se ha convertido en una herramienta muy importante para el desarrollo del mundo de los negocios, sean estos de naturaleza pública o privada. Este hecho, en conexidad con el conjunto de cambios y tendencias aperturistas y de libre mercado, con potencialidades de mercados más amplios vía firma de tratados de libre comercio, obligan a que un Estado como el nuestro consagre legislaciones serias, equilibradas, sin excesos, autónomas y garantistas de la función pública de justicia, lejos de intervenciones por parte de la estructura estatal que se abogue competencias que entorpezcan la libertad individual de las partes para que sus controversias sean estudiadas por este mecanismo del arbitraje. Si bien es necesario reconocer que, el proceso arbitral puede ser mejorado en nuestro país, otorgándole más funciones a los árbitros para que garanticen la justicia material, también es muy importante reconocer que muchas de las circunstancias que mejorarían el desarrollo de los procedimientos arbitrales, serían, sin lugar a duda, una mayor estabilidad en el derecho sustancial, que permita una disminución del riesgo país por incertidumbres jurídicas y

con ello una mayor práctica en el arbitramento basada en la legislación colombiana.

Por último, solo quiero decir que esta forma alternativa de suministrar justicia ha tomado mucha fuerza en nuestro país y que en términos generales goza de muy buena aceptación.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. El Contrato de Arbitraje. Bogotá. Ed. Legis. 2005.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Procesos declarativos: (civiles, agrarios, de familia, arbitramento). Bogotá. Ed. Temis. 2001.
- BOTERO SANCLEMENTE, Ana María. Arbitramento internacional. Bogotá. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002.
- Cámara de Comercio de Bogotá. El arbitraje. La alternativa actual. En: Colección. Métodos Alternativos para la Solución de Controversias. N^o 3. Bogotá D.C. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. pp. 27 y ss.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. La autonomía del contrato de arbitraje. El principio de la autonomía del contratote arbitraje o pacto arbitral. En: El Contrato de Arbitraje. Dirigido por: Eduardo Silva Romero y Coordinada por: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá D.C. Ed. Legis y Universidad del Rosario. 2005.
- ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos alternativos de solución de conflictos: conciliación, arbitramento y amigable composición. Bogotá. Ed. Leyer, 2005.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico. Bogotá Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2002.
- JARROSSON, Charles. La notion d'arbitraje. Paris. Ed. Librairie GÉNÉRALES de Droit et de Jurisprudence. 1987.

EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL EN COSTA RICA

DR. ROBERTO YGLESIAS MORA³⁰¹

Sumario: 1. Introducción, 2. Concepto, 3. Planteamiento del problema, 4. Naturaleza jurídica de la fase Prearbitral, 5. Actos prearbitrales primarios, 6. Actuaciones prearbitrales secundarias, 7. El requerimiento arbitral, 8. La designación del árbitro o del Tribunal Arbitral, 9. La aceptación del arbitro o Tribunal Arbitral, 10. La recusación del árbitro, 11. La interpretación de la cláusula arbitral o acuerdo arbitral, 12. Autorizaciones administrativas y trámites burocráticos, 13. La intervención de terceras partes, 14. Fin de la fase prearbitral.

1. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos prearbitrales son esenciales para el correcto inicio del arbitraje. La separación de esos procedimientos con el proceso arbitral carece, tanto en la legislación como en la práctica arbitral, de una clara línea divisoria. Los centros arbitrales son los llamados principalmente a percibir y a realizar esta distinción, a fin de no contaminar el proceso arbitral con problemas y debates surgidos entre las partes y que son de naturaleza prearbitral, cuya solución no le corresponde normalmente al cuerpo arbitral. La experiencia también nos enseña, que una ausencia de regulaciones adecuadas en esa fase, es con frecuencia fuente de graves dilaciones y problemas que perjudican el oportuno desarrollo del proceso arbitral. Afirmer esta distinción y tomar conciencia de su importancia, es el propósito del presente estudio, para lo cual se analizan situaciones concretas producto de la práctica arbitral privada costarricense³⁰².

³⁰¹ Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derechos Reales y en ADR. Árbitro de la Cámara de Comercio de Costa Rica y de la Costa Rican- American Chamber of Commerce. ygleleg@racsa.co.cr

³⁰² Se resguarda en todo caso la confidencialidad propio de esta materia.

2. CONCEPTO

Bajo la denominación de “Procedimiento Prearbitral”, aludimos al conjunto de actuaciones y decisiones previas al inicio de la fase propiamente arbitral, y que constituyen una condición esencial para el desarrollo normal y legal del arbitraje. Se trata de diversos actos jurídicos sin los cuales el Tribunal Arbitral no puede instalarse y que de no cumplirse, el arbitraje estará destinado al fracaso.

La legislación costarricense no ha reconocido expresamente la noción de “Procedimiento Prearbitral”, ni regula de otra manera una fase claramente prearbitral³⁰³. Por su parte, en la práctica de los centros arbitrales se da el empleo de la noción de “actos preparatorios” o de “Fase Preparatoria” o preliminar, para aludir a la serie de requisitos a cumplir previos al inicio del arbitraje³⁰⁴; no obstante, no se observa tampoco una organización y sistematización de tales actos prearbitrales.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es conveniente distinguir con claridad la fase prearbitral de la fase propiamente arbitral, aún y cuando aquella tenga como fin la realización del arbitraje y sus actuaciones formen eventualmente parte del mismo expediente del proceso arbitral.

A pesar de ser notoria y perceptible esa distinción, es común en la práctica, la confusión entre las actuaciones preparatorias del arbitraje, con los actos propiamente del proceso arbitral. La confusión se genera frecuentemente en las actuaciones institucionales dentro del arbitraje administrado como también en el ad hoc, dadas las lagunas procedimentales en la fase prearbitral. De allí que se dan casos en que los litigantes se vean envueltos en interminables discusiones y contiendas de aspectos prearbitrales, fenómeno que confirma la necesidad de una organización y regulación adecuadas de esa fase previa al arbitraje. Su regulación insuficiente, lacónica o confusa, es campo fértil para esos estériles y largos debates a veces lesivos del proceso arbitral y de sus más caros propósitos. Es necesario, en este punto, recalcar, que el arbitraje no puede dar inicio sin estar cumplidos todos los actos propios de la fase prearbitral, aunque esta se prolongue por muchos meses; los centros administradores de arbitrajes no deben permitir que inicie el proceso arbitral ni el cómputo del plazo para laudo, sin estar totalmente concluida esta fase preliminar.

³⁰³ Conforme al art. 32 de la Ley N° 7727, Ley Rac, el proceso arbitral inicia con la instalación del Tribunal Arbitral, haciendo así una tácita división con la fase prearbitral. Sin embargo en su artículo 45 se dice, ambiguamente, que el procedimiento arbitral inicia con el requerimiento de arbitraje.

³⁰⁴ El reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de CR. hace la distinción aludiendo a “Actos Preparatorios”.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FASE PREARBITRAL

La Fase Prearbitral constituye un procedimiento y nunca un proceso en un sentido técnico jurisdiccional. Se trata de un conjunto de actuaciones de naturaleza administrativa, las que, gracias a su encadenamiento y secuencia, dan lugar a un procedimiento. En este contexto no es posible referirnos aun a un “juicio” ni a un litigio *strictu sensu*. El “proceso” es una estructura establecida por el Estado para aplicar el derecho sustantivo e inicia siempre con una acción y finaliza con la emisión de una sentencia, mientras que un procedimiento es el conjunto de medios o instrumentos contemplados en reglas preestablecidas para un fin determinado. El procedimiento prearbitral no culmina con un fallo, sino tan solo con la verificación de las condiciones esenciales para iniciar el arbitraje. Es además incuestionable que los administradores del procedimiento prearbitral carecen *per se* de facultades jurisdiccionales, que son exclusivas e inherentes a los árbitros, limitándose su función a administrar procedimientos y a lo sumo, resolver cuestiones relativas a procedimientos prearbitrales, como parte de los servicios de administración institucional, regidos por las normas contenidas en los reglamentos institucionales. Concluimos esta temática afirmando que, es función sustancial de la institución administradora, completar, integrar y hacer eficaz el negocio jurídico arbitral original entre las partes, precisamente por medio de sus actos de administración institucional, de modo tal que dicho acuerdo pueda ejecutarse cuando así lo requiera alguna de las partes. La función y capacidad integradora y complementaria que realiza la institución arbitral para ejecutar el acuerdo arbitral entre las partes, debe en todo caso estar supeditada a lo que permita la cláusula arbitral, los reglamentos institucionales, la legislación aplicable y finalmente los principios generales del arbitraje.

5. ACTOS PREARBITRALES PRIMARIOS

En primer término, se deben señalar los actos y decisiones esenciales de esta fase o actuaciones primarias. Tales actos serán aquellos que conforman los elementos que la ley exige para el inicio legal y formal del arbitraje y no otras actuaciones incidentales, gestiones de las partes y actuaciones de la administración institucional, que no sean generadores de tales actos esenciales prearbitrales y que denominamos actuaciones o actos secundarios.

Las actuaciones prearbitrales fundamentales o primarias, y como tales conducentes al inicio del proceso arbitral son las siguientes:

- a) El requerimiento Arbitral;
- b) La designación del árbitro o del Tribunal Arbitral;

- c) La aceptación del árbitro y del Tribunal;
- d) La recusación de árbitros.

Sin duda que se pueden ensayar diversas clasificaciones de los actos prearbitrales, pero hemos escogido por simple, la bipartición indicada³⁰⁵.

6. ACTUACIONES PREARBITRALES SECUNDARIAS

Como tales califican una considerable cantidad de actos jurídicos intermedios a la conformación de los requisitos esenciales o actos prearbitrales primarios, de los cuales destacamos los siguientes:

- a) La interpretación de la cláusula o acuerdo arbitral;
- b) Autorizaciones institucionales;
- c) La intervención de terceros.

7. EL REQUERIMIENTO ARBITRAL

Este importante trámite se encuentra regulado detalladamente en la legislación de arbitraje, no siendo el propósito de este estudio el análisis de los requisitos legales establecidos al efecto³⁰⁶. Nos limitamos a formular algunas consideraciones prácticas.

Se trata del primer paso del procedimiento prearbitral, por medio del cual una de las partes comunica a la otra su propósito de ir a un arbitraje para dirimir un conflicto entre ambas y la requiere para dar inicio a los trámites prearbitrales. Este primer paso lo hace directamente la parte interesada, pero puede tener el auxilio de un centro arbitral. En este último supuesto, el centro se debe limitar a notificar el requerimiento y no a intervenir en su redacción para así no perder neutralidad. Ciertamente el interesado al hacer y notificar el requerimiento directamente, debe tener el cuidado de que reúna los requisitos no solo de ley, sino además los del reglamento del centro arbitral ante el cual se tramitará el arbitraje, pues de lo contrario podría ser necesario repetir dicho trámite o podría perjudicar el futuro arbitraje si no se subsana adecuadamente.

³⁰⁵ El autor, Munné Catarina, en *La administración del Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 82, clasifica los actos prearbitrales en: "actos de rogación, de comunicación entre partes y árbitro, de integración de la voluntad de las partes, de resolución, normativos y actos residuales".

³⁰⁶ Llama la atención la dura crítica del profesor Sergio Barrantes, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, San José, Edit. Dupas, 2003, p. 131 cuando sostiene que: "...tal contenido de ese requerimiento previo de arbitraje resulta innecesario y/o excesivo, pues se trata de una predemanda o aviso que... no tiene ninguna utilidad práctica".

La tramitación del requerimiento, constituye una labor administrativa típicamente prearbitral, en la que el centro dicta normalmente varias resoluciones de índoles administrativas y no jurisdiccionales³⁰⁷.

8. LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO O DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Constituye el acto siguiente al requerimiento arbitral. Buena parte de las discusiones y problemas de la fase prearbitral se dan en este momento. Entre los conflictos más usuales, detectamos los siguientes:

- a) No está definido quién designa al árbitro o al Tribunal Arbitral, o a alguno de sus miembros, o la referencia es muy lacónica;
- b) La parte requerida no designa su árbitro;
- c) La entidad encargada de hacer la designación no existe para ese momento, o se niega a hacerla, carece de mecanismos y reglamentos para la designación o toma mucho tiempo para hacerlo; y
- d) El llamado árbitro de parte.

Si no está definido el ente o medio para nombrar al árbitro o Tribunal Arbitral o una parte debiendo designarlo no lo hace dentro del plazo estipulado, la legislación vigente determina que se podrá pedir el nombramiento a la Secretaría General de la Corte, al Colegio de Abogados o a cualquier entidad autorizada para administrar arbitrajes³⁰⁸.

Si la entidad prevista por las partes para la administración del arbitraje ya no existe o bien está mal denominada en el acuerdo arbitral, tal defecto no debe ser obstáculo para el arbitraje. Este último tipo de errores resultan bastante frecuentes en la práctica, los que no deben ser sancionados con la nulidad del acuerdo conforme al principio “pro arbitraje”, siendo subsanables como regla general, por prevalecer la intención original de las partes de recurrir en caso de conflicto al arbitraje. La solución a nuestro juicio, en esos casos debe ser la misma prevista por la ley para cuando en el acuerdo arbitral no se ha indicado el ente o centro ante el cual se deberá desarrollar el arbitraje, salvo que se pueda desprender cuál fue la intención de las partes al intentar designar al centro arbitral.

Si la entidad designada por las partes para designar a uno o a todos los árbitros ya no existe o se niega a la designación, se deberá recurrir al mismo mecanismo general de la ley actual que permite que la Secretaría de la Corte, bien el Colegio de Abogados u otro ente autorizado para administrar

³⁰⁷ El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de CR. aplica en esta etapa una tarifa módica denominada “de admisión”, separada de los gastos de administración del arbitraje, lo que constituye una evidencia adicional de la distinción entre la etapa prearbitral y la arbitral.

³⁰⁸ Art. 27, Ley N° 7.727.

arbitrajes, haga entonces la designación (art. 27 y 29 de la Ley N° 7.727), sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes en contra del centro arbitral o entidad que se niegue sin derecho a la designación pedida.

Si se indicó a una tercera entidad para designar a los árbitros, pero que carece previsiones reglamentarias o no posee listas de árbitros, deberá entonces, a nuestro juicio, hacer la designación directamente su cuerpo de directores, Junta de Administración o Junta Directiva, que conformará su propia lista de árbitros para el caso, sin perjuicio de aplicar a falta de nombramiento la misma fórmula de solución de la Ley N° 7.727 (art. 27).

Otro aspecto relevante por polémico, es la idea de que existe un "árbitro de parte". Ciertamente, esa noción induce a serias dudas y confusiones a las partes e incluso a algunos árbitros. No existe legalmente la figura de un árbitro que vele por los intereses de una de las partes o que la represente dentro del Tribunal Arbitral. Lo que existe es la facultad eventual de que ambas partes designen cada una a un árbitro y que los dos nombrados designen a un tercer árbitro que normalmente será el que preside el Tribunal. El hecho de poder seleccionar e indicar el nombre del árbitro, confiere sin duda cierta presencia, poder e injerencia a la parte en la conformación del Tribunal. Pero ello no puede en forma alguna significar que el árbitro puede dejar de ser neutral, ni que puede o debe mantener vínculos preferenciales con esa parte. Es deber de los árbitros y del centro arbitral, el marcar una sana y clara frontera entre el Tribunal y las partes que han propuesto a los árbitros. Lo más conveniente en todo caso, es que la designa de todos los árbitros sea verificada por el propio centro arbitral y no por las partes, como regla general³⁰⁹, posibilidad que hasta ahora constituye más bien la excepción, toda vez que al suscribirse el acuerdo arbitral las partes frecuentemente se reservan el derecho de designar cada una a un árbitro.

9. LA ACEPTACIÓN DEL ÁRBITRO O TRIBUNAL ARBITRAL

Se trata de un trámite relativamente simple pero fundamental, que en la práctica no ha tenido problemas graves, pero sí ofrece algunos elementos de relevancia. Los aspectos que presentan mayor interés, han sido los siguientes:

- a) Mecanismo de comunicación al designado y vía para comunicar la aceptación;
- b) Falta de respuesta del designado; y
- c) Plazo para aceptar.

³⁰⁹ La experiencia indica que los árbitros que no pertenecen al cuerpo oficial arbitral del centro arbitral, son los que más dificultad tienen para percibir que no representan a una parte en litigio y requieren por ende, de más capacitación.

La designación se comunica en la práctica de los centros usualmente vía facsímil o correo electrónico y de igual manera pueden los designados aceptar su encargo, incorporándose al expediente el documento electrónico o de facsímil, aunque posteriormente lo aconsejable es incorporar el original de aceptación, pero su omisión no debe ser motivo de nulidad frente a las actuaciones concretas ulteriores del árbitro en cuestión, las que constituyen prueba inequívoca de su aceptación³¹⁰.

La falta de respuesta del designado, se interpreta en general como un rechazo a aceptar el cargo. Se han dado casos en que ha fallado la comunicación al designado acerca de su nombramiento y este no se entera sino posteriormente. Demostrada esa anomalía debe darse una nueva oportunidad al árbitro designado para aceptar su designación si aun no se ha designado a otro o si este otro no aceptó el nombramiento.

El plazo para la aceptación es muy reducido en la práctica arbitral de los centros de administración institucional; son usuales los plazos de 2 y 3 días. Se trata de plazos muy breves. Se supone que antes de aceptar la designación el árbitro debería al menos conocer y revisar varios aspectos del caso, a saber:

1. Cuáles son las partes involucradas;
2. Si tiene o ha tenido alguna relación con alguna de las partes que pueda afectar o comprometer su neutralidad;
3. Si tiene vínculos profesionales estrechos y de compromiso con alguno de los abogados de las partes o su Bufete, que puedan comprometer sus actuaciones y su libre juicio; y
4. Deberá enterarse en el expediente acerca de los aspectos básicos del caso para definir su naturaleza y alcances, pues solo así el designado puede decidir con conocimiento y en libertad, si intervenir o no como árbitro. Es normal que a estas alturas el expediente sea muy reducido, pero es posible en algunos casos que no sea así y se requiera de más tiempo para analizar la información básica.

Un principio fundamental del proceso arbitral es la celeridad, lo que hace una diferencia esencial con el proceso judicial y constituye la base del éxito del arbitraje. Sin embargo, a pesar de la plausible intención de aplicar ese principio, plazos extremadamente cortos aplicados a casos especialmente complejos o enjundiosos, pueden eventualmente afectar y limitar la aceptación de árbitros que requieran de más tiempo para conocer el caso. Es recomendable que los centros arbitrales discriminen y disciernen aquellos casos para cuya aceptación el árbitro re-

³¹⁰ El art. 32 de la Ley N° 7.727 omite indicar la forma mediante la cual el árbitro debe comunicar la aceptación de su cargo, pero en la práctica se pide siempre la forma escrita.

quiera de un poco más de tiempo y le sea concedido y no se aplique entonces automáticamente un plazo corto preestablecido. En todo caso, no encontramos impedimento para que el designado árbitro pida por su cuenta y se le conceda una extensión del plazo para aceptar el cargo por motivos justificados. Adicionalmente, es razonable que el árbitro tenga un tiempo suficiente y razonable para decidir su aceptación, considerando que una vez aceptado el cargo no podrá renunciarlo libremente. Téngase en cuenta, que con su aceptación, el árbitro está formalizando un contrato de arbitramento con determinado centro arbitral, contrato el cual no podrá luego desatender o excusarse sin causa legal. A su vez, el centro arbitral se obliga con el árbitro a auxiliarlo en la administración del caso para un fin común, cual es producir el laudo y cobrar las expensas y honorarios establecidos. Esta relación contractual, –cuyas reglas están más implícitas que explícitas entre los árbitros y los centros–³¹¹, debe guardar un equilibrio o equidad en el trato entre las partes, lo que incluye dar plazos razonables para las actuaciones prearbitrales y también las arbitrales.

En la práctica se han dado algunas situaciones ocasionales de manipulación por una las partes durante este trámite, para impedir que se integre e instale el Tribunal Arbitral, como por ejemplo designando reiteradamente a árbitros “de parte”, que sabe de antemano que no van a aceptar el cargo, logrando así dilatar la fase prearbitral. Tales prácticas indebidas no están expresamente sancionadas en la ley y los centros arbitrales carecen de mecanismos reglamentarios para una ágil solución. Para evitar situaciones como estas, lo más sano es que el tribunal en pleno sea designado por el propio centro arbitral y no por las partes. La Ley N° 7.727 (art. 28) establece no obstante que cada parte nombra un árbitro, de modo que esa es la regla general, a menos que el acuerdo arbitral indique otro mecanismo o remita a un centro arbitral cuyos reglamentos faculden al centro a la designación del cuerpo arbitral.

10. LA RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO

Se trata de una eventualidad que tanto la ley como los reglamentos de los centros arbitrales regulan usualmente con bastante detalle. La regla general en la práctica arbitral, nos informa que tal evento ocurre principalmente en la etapa prearbitral y no tanto durante el proceso arbitral. Durante la fase prearbitral, los mismos centros arbitrales dan a las partes un plazo para recusaciones de los árbitros, luego de ser estos designados y de haber

³¹¹ Quedan a salvo las regulaciones disciplinarias y sobre la ética arbitral, reglamentariamente estipuladas por los centros, por mandato legal.

aceptado los cargos, pero antes de iniciar sus funciones, de modo que el proceso arbitral inicia estando ya superadas y resueltas las recusaciones y en su caso, sustituido el árbitro recusado.

La experiencia indica que durante la fase arbitral, las recusaciones se dan frecuentemente por alguna manifestación verbal o escrita de un árbitro que una de las partes interpreta como un adelanto de criterio contrario a sus intereses y recusa al árbitro para que sea sustituido. Esa ha sido en la práctica arbitral costarricense una de las situaciones más reiteradas en este tema. Por ejemplo, en discusiones sobre la competencia del tribunal o en las decisiones arbitrales sobre la excepción de incompetencia, es posible que los árbitros se refieran a cuestiones que atañen al fondo del caso, lo que los haría blanco de una recusación.

En la experiencia local de recusaciones prearbitrales, destaca sin duda el tema de los vínculos profesionales entre los árbitros designados con alguna de las partes o sus abogados, lo que incluye relaciones a nivel de despachos de abogados, relación de sociedad profesional o haber sido un árbitro abogado de una de las partes en otro juicio o asunto legal. Considerando la transparencia y neutralidad que debe privar en la formación del Tribunal Arbitral, de presentarse alguna de esas situaciones, lo conveniente es que el propio árbitro se excuse o bien sea separado. Se han dado situaciones de vínculos indirectos, como por ejemplo que un pariente, v.g. un hermano o hijo del árbitro designado, sea el que tenga ese vínculo con alguna de las partes o con sus abogados. Aquí la situación puede resultar más compleja y el ideal sería que los centros arbitrales regularan algunas de estas situaciones. Estimamos que cuando una parte ya se ha predispuesto inicialmente contra un árbitro y así lo externa, la reacción apropiada, a falta de regulación, es que el árbitro se excusa, aunque la causal invocada no esté clara o sea indirecta, a fin de no dañar el proceso ni la imagen del centro arbitral.

11. LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA O ACUERDO ARBITRAL

La revisión e interpretación del acuerdo arbitral constituye ciertamente una labor relevante que exige un análisis jurídico-legal, para lo que deben estar capacitados los funcionarios del centro Arbitral. Esta responsabilidad es compartida por el centro arbitral con el Tribunal Arbitral. Estamos ante una temática polémica y delicada, que involucra aspectos sobre competencia e incompetencia, que son de índole jurídica y jurisdiccional y por principio le corresponde decidirla al propio Tribunal Arbitral. Sin embargo, una posición más flexible, responsable y más práctica, permitiría que el propio centro arbitral haga una evaluación preliminar básica del acuerdo arbitral para determinar aspectos fundamentales que permitirían que a nivel prearbitral se resuelvan de antemano problemas evidentes y que podrían impedir de plano el desarrollo normal del

arbitraje³¹². Así, por vía de ejemplos, derivados de la experiencia, encontramos las siguientes eventualidades:

- a) *El objeto del arbitraje versa sobre una problemática evidentemente no susceptible de resolverse por la vía arbitral, por versar sobre derechos legalmente no disponibles.*

En este caso, no se debe requerir de una resolución del Tribunal Arbitral y el centro arbitral no está obligado a designar un Tribunal Arbitral ni este debe instalarse. Basta con la resolución administrativa fundada de rechazo y archivo. En caso de duda, le debe corresponder al Tribunal Arbitral resolver.

- b) *La cláusula está incompleta en cuanto a:*

- i) Designación del centro arbitral;
- ii) Número y tipo de árbitros;
- iii) Objeto del arbitraje.

Se trata de problemas resolubles a nivel prearbitral y que deben ser resueltos en esta sede. El centro arbitral debe revisar la cláusula arbitral, advertir el problema e informarle a las partes para que subsanen la omisión. En el caso del tipo de árbitro y arbitraje, la legislación vigente indica para ese evento, que se tramitará como arbitraje de derecho, de modo que bastará con que el centro así se lo haga saber a las partes.

Por lo demás, las partes son libres de llegar a nuevos acuerdos y de modificar el acuerdo arbitral original para incluir los aspectos sobre los que debe versar el arbitraje si se omitieron o para ampliarlos³¹³.

- c) *No existe un acuerdo arbitral formal*

Esta situación puede surgir cuando el acuerdo ha sido verbal, o se da una aceptación expresa sobreviniente e incluso una tácita sobreviniente³¹⁴. Será tácita la aceptación de ir al arbitraje, de producirse una participación activa de la parte requerida durante la fase prearbitral³¹⁵, a pesar de no

³¹² La puesta en marcha de los procedimientos prearbitrales, la formación de un tribunal arbitral y el inicio del arbitraje, representan un considerable costo en tiempo y dinero para los centros arbitrales que justifica la iniciativa de revisar el acuerdo arbitral y eventualmente el rechazo de la solicitud de arbitraje a nivel administrativo, amén de que las mismas partes se beneficiarían al saber de antemano la improcedencia del arbitraje.

³¹³ El art. 23 infine de la Ley N° 7.727, así lo autoriza expresamente.

³¹⁴ El art. 23 de la Ley N° 7.722, exige para el acuerdo arbitral la forma escrita.

³¹⁵ Tal sería el caso de que requerida la parte para ir al arbitraje, hace designación de un árbitro.

existir un acuerdo previo. Si el requerido simplemente guarda silencio y además no interviene ni actúa, debe entenderse que rechaza ir al arbitraje.

Si una vez requerida la parte que será demandada, acepta expresa o tácitamente ir al arbitraje, a pesar de no estar suscrito formalmente un acuerdo arbitral previo, el objeto de ese arbitraje no podrá ser otro que el indicado en el requerimiento arbitral.

Con aplicación del principio “pro arbitraje”, los centros arbitrales pueden propiciar la realización del proceso arbitral, no estando obligados a archivar la solicitud de arbitraje por falta de acuerdo expreso y escrito entre las partes, sino que puede tramitar el requerimiento arbitral y explorar la respuesta de la otra parte para conocer si su reacción es favorable o no al arbitraje³¹⁶, y tenerlo por aceptado y convenido por medio de manifestaciones de las partes que dejen constancia escrita directa o indirecta de ello.

12. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS Y TRÁMITES BUROCRÁTICOS

Algunos centros arbitrales han sido creados como adscritos a otras entidades, las que a su vez tienen su propia organización separada de la del centro, la que puede llegar a tener alguna participación en la fase prearbitral (e incluso en la propiamente arbitral y la posarbitral). Esta condición particular puede eventualmente determinar las actuaciones y duración de los trámites en los centros arbitrales. La experiencia local en este contexto, ha sido que los procedimientos tienden a retrasarse, al diluirse la visión de los fines que inspiran y persigue el arbitraje. Frecuentemente las decisiones en este nivel se supeditan a las agendas de Juntas Directivas y de ocupados funcionarios, que no están necesariamente involucrados con la filosofía del arbitraje. Este fenómeno puede corregirse y los administradores de centros arbitrales deben redoblar esfuerzos para ello y también para que sus propios funcionarios no se contaminen con los problemas y las actitudes burocráticas y lentas de las otras dependencias de la institución a la cual el centro arbitral está adscrito³¹⁷.

13. LA INTERVENCIÓN DE TERCERAS PARTES

No existe impedimento legal como indicamos supra para que con posterioridad a la suscripción de la cláusula arbitral, las partes puedan de

³¹⁶ Resulta conveniente, con aplicación de la Legislación sobre La Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor N° 7.472, que en esta eventualidad el centro arbitral informe al requerido sobre la naturaleza y alcances del proceso arbitral.

³¹⁷ No tiene razón de ser, v.g., que los árbitros deban ser ratificados por una Junta Directiva o que sean juramentados por el ente superior, o que este intervenga en la resolución de cuestiones que puede y deben resolver la administración del centro. Asimismo, la posibilidad de que las partes puedan recurrir ante el superior administrativo de una decisión del centro arbitral adscrito, debe ser considerada restrictivamente.

común acuerdo complementar el acuerdo original, ampliarlo o limitarlo durante la fase prearbitral. Esa modificación puede ser opcional entre las partes, pero puede llegar a ser indispensable si para ejecutar el acuerdo original y realizar el arbitraje, cuando por ejemplo, se requiera de la intervención en el proceso de otras partes que no suscribieron el acuerdo original. El centro arbitral que está administrando los procedimientos arbitrales, puede tomar la iniciativa sugiriendo a las partes la necesidad de una ampliación del acuerdo, cuando determine que debe incorporar a terceras partes, o en otra palabras, cuando confirme la existencia de lo que se conoce como una litisconsorcio activa o pasiva necesaria impeditiva del proceso arbitral. Nuevamente, aludimos a una situación polémica y espionosa. La primera cuestión que surge es si este problema debe ser resuelto por el Tribunal Arbitral ya instalado, o si la administración del centro arbitral luego de revisar la cláusula arbitral y el requerimiento arbitral, advierte que deben incorporarse esas otras partes, puede o debe entonces suspender los trámites hasta que se integren todas las partes en cuestión. Si resulta evidente que hace falta la intervención de otra parte en los procedimientos prearbitrales y en los eventuales arbitrales, haría mal el centro arbitral en adelantar los procedimientos cuando lo que debe hacer es más bien advertir la situación a las partes para que la resuelvan. Sin embargo, es obvio que cuando las partes ya están enfrascadas en un conflicto y han iniciado los procedimientos prearbitrales, es muy difícil conseguir un nuevo acuerdo arbitral entre ellas, o, aun llegando a ese acuerdo, que el tercero quiera suscribir la cláusula arbitral y participar en los procedimientos prearbitrales y arbitrales. Algunos ejemplos de esta situación –la que ha generado especial interés en el derecho arbitral comparado–³¹⁸, aluden a los sucesores o cesionarios de derechos en contratos con cláusula arbitral, v.g. un contrato de arriendo en que se ceda a un tercero la condición de arrendante o bien la del arrendatario; el caso de los terceros subadquirentes de bienes que son objeto de una negociación o de un contrato traslativo de dominio en el cual se insertó un acuerdo arbitral, entre otros posibles casos.

No existe una receta única para resolver estos casos y deberá examinarse y resolverse cada situación en particular. Sin duda que el centro arbitral puede verse limitado en la interpretación jurídico-legal y resolución de esta problemática, que en caso de duda deberá ser dilucidado por el Tribunal Arbitral. Pero el centro arbitral debe a mi juicio intentar una solución prearbitral cuando el problema se hace evidente: Si las partes son incapaces de subsanar la omisión una vez advertida, el centro arbitral tiene la opción de proceder de oficio y por su cuenta invitar al tercero a participar como parte en los procedimientos prearbitrales y de allí tenerlo como

³¹⁸ Véase en este sentido entre otros, Whitesell, M. y Silva-Romero, E., *Multiparty and Multi-contract arbitration: Recent ICC experience*, ICC Arbitration Bulletin, Paris, 2003.

parte en el futuro proceso arbitral multiparte, si este tercero accede a intervenir a pesar de no haber suscrito la cláusula arbitral.

14. FIN DE LA FASE PREARBITRAL

Concluye esta etapa al haberse cumplido con las actuaciones prearbitrales descritas.

Formalmente se cierra esa fase con la instalación del Tribunal, momento a partir del cual se da inicio el proceso arbitral como tal. Aunque no esté aún presentada la demanda arbitral, sí existe proceso a partir de la instalación, al estar cumplidos todos los requisitos legales para que el Tribunal opere, pudiendo dictar resoluciones con carácter vinculante para las partes. En este aspecto el arbitraje se diferencia con el proceso civil común, el que da inicio con la presentación de la demanda³¹⁹.

La fase prearbitral puede asimismo concluir prematuramente por transacción o conciliación entre las partes, por desistimiento del promotor y por renuncia de ambas partes al arbitraje mediante un nuevo acuerdo. Puede concluir anormalmente si la parte promovente no cumple con alguno de sus deberes procedimentales, y siempre que ese incumplimiento sea sancionado con el archivo definitivo del expediente administrativo.

En conclusión, es recomendable organizar y sistematizar los procedimientos prearbitrales, trazando una clara línea divisoria con el proceso arbitral, con el propósito y en resguardo de la eficiencia, validez y eficacia del proceso arbitral. Es conveniente su regulación, organizando la fase prearbitral con una mejor visión de esos procedimientos como un conjunto ordenado y consecutivo de pasos razonablemente regulados y conducentes a un arbitraje administrado y ejecutado exitosamente.

³¹⁹ Para el profesor Sergio Artavia Barrantes, *op. cit.*, p. 81, no puede existir proceso si aún no hay demanda, tesis ortodoxa que no resulta a nuestro juicio aplicable al proceso arbitral, dadas sus características propias como por ejemplo, la existencia del acuerdo arbitral previo y de un requerimiento arbitral, que faculta a los árbitros a iniciar el proceso arbitral aun contra la voluntad de una de las partes y aunque no exista todavía una demanda formal.

LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS EN COSTA RICA

ROLANDO VEGA ROBERT³²⁰

Sumario: 1. Introducción, 2. El desafío de los sistemas judiciales ante el congestionamiento, 3. Breve reseña del RAC en Centroamérica. 4. La experiencia del RAC en Costa Rica, 5. Desarrollo de la conciliación judicial, 6. Hacia una cultura de paz, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los poderes del Estado se refieren al término “cultura de paz”, buscan en todo momento una reflexión colectiva y una participación abierta y democrática de todos los ciudadanos, que facilite la posterior toma de decisiones. Desde inicios de la década de los años noventa, el Poder Judicial costarricense ha estado constantemente promoviendo e impulsando diferentes formas de ofrecer soluciones más rápidas, y sobre todo integrales y satisfactorias a los usuarios del sistema judicial para la solución de sus conflictos. Esta visión ha permitido reafirmar en los ciudadanos el compromiso del Poder Judicial costarricense con el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, principalmente, a través del caudal de recursos públicos comprometidos en inversión dirigida a la paz social y al fortalecimiento de otros valores esenciales en un Estado de Derecho: la libertad y la democracia.

Frente a los desafíos actuales que nos llevan a aceptar una situación de crisis real ante el congestionamiento de los tribunales, no hay ninguna duda de que el Poder Judicial está obligado al cambio, a mejorar día a día la prestación de sus servicios y a no descuidar su proceso de moderniza-

³²⁰ Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia; Presidente de la Comisión de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial; Director de la Cátedra de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; Ex Defensor Adjunto de los Habitantes de la República de Costa Rica; ex Director de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica; ex asesor y consultor nacional e internacional; ha escrito varios libros y más de medio centenar de artículos en revistas especializadas y en periódicos. rvega@poder-judicial.go.cr

ción y reforma. A las carencias tradicionales, debemos sumar los nuevos retos y las nuevas exigencias propias de una sociedad más dinámica y compleja, demandante de mayores respuestas ante el alarmante aumento de la litigiosidad. Pero las necesidades no se limitan únicamente a mejorar los servicios para intervenir en conflictos ya planteados, sino que debe extenderse al establecimiento de políticas claras de prevención del conflicto a nivel social, y que con su utilización se permita bajar los índices de litigiosidad y eduquen a los ciudadanos en la solución de sus conflictos a través de fórmulas alternativas a las heterocompositivas.

En Costa Rica el Poder Judicial ha llegado al convencimiento de que deben fortalecerse las conciliaciones judiciales en el ámbito intra proceso, así como también promover la creación de centros comunitarios. En el ámbito educativo, debe empezar a sembrarse la semilla en escuelas y colegios mediante la ejecución de un plan nacional de educación para la paz, con una clara educación cívica respecto de las instituciones de la justicia, del proceso judicial y los derechos de los ciudadanos, del conflicto y los mecanismos de solución.

Es evidente que los diversos poderes del Estado no operan en un vacío en las relaciones de tipo intraestatal, sino que se desenvuelven también en interacción con la sociedad civil. Fórmulas audaces de participación ciudadana en la justicia incluyen no solo alternativas de desjudicialización sino experimentos que vinculan abiertamente a los usuarios del sistema.

Por lo anterior, en el marco de la reforma judicial que se está dando en Costa Rica, uno de los objetivos principales lo constituye una justicia participativa. Desde esa perspectiva, se ha tomado la Resolución Alternativa de Conflictos como una herramienta idónea para acercar la justicia, entendida desde una perspectiva netamente humanista, a toda la población civil del país.

La experiencia recopilada hasta el momento en la aplicación de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos a los procesos judiciales, específicamente mediante conciliaciones especiales a gran escala, ha demostrado ser una excelente vía para lograr soluciones satisfactorias para las partes en conflicto y a más bajo costo.

Hoy día no se cuestionan esas formas autocompositivas en las que las personas participan cada vez en mayor medida de las decisiones que afectan sus vidas. La sociedad cuenta en este momento con un fácil acceso a toda clase de información, lo que la hace estar mucho más informada, ser más crítica, más exigente, y más inclinada a tomar el control de sus propias situaciones y esto implica en alguna medida, la devolución del conflicto a las partes.

Varias y muy importantes han sido las razones que han propiciado que se retome y fortalezca la resolución alternativa de conflictos. Su importancia no radica en que constituyan algo totalmente novedoso, sino en que a diferencia de la forma en que se aplicaban históricamente, en la actualidad

se han sistematizado y se han definido sus características y particularidades. Existe en la actualidad una tipología de conflictos que determina el nivel de aplicación de cada uno de los medios alternativos, al propio tiempo que se han establecido procedimientos claros y sencillos que garantizan en mayor medida resultados positivos. La finalidad ha sido sin duda alguna ir devolviéndole poco a poco y en los casos en que ello sea posible, la devolución de los conflictos a los propios usuarios tratando de que al retomar la solución de los mismos, se posibilite un proceso de reeducación que permita un cambio cultural en esa dirección.

El presente artículo tiene como propósito describir las experiencias que se han dado en Costa Rica sobre esta temática desde sus inicios hasta la actualidad, haciendo notar una marcada influencia de la conciliación en el ámbito de lo judicial y del arbitraje en el ámbito de los centros privados. La mediación ha sido hasta el momento un mecanismo que no ha tenido un gran desarrollo y sin duda alguna, es una de las grandes tareas pendientes a nivel nacional.

2. EL DESAFÍO DE LOS SISTEMAS JUDICIALES ANTE EL CONGESTIONAMIENTO

Los Poderes Judiciales de los distintos países centroamericanos, e incluso de América Latina, se han enfrentado desde hace más de una década a la preocupante situación que se da en la administración de la justicia generada por los altos índices de litigiosidad. A manera de ejemplo, en Costa Rica han estado ingresando más de un millón de causas nuevas por año en una población total que apenas sobrepasa los cuatro millones de habitantes. Lo anterior ha propiciado una situación angustiosa por cuanto ya no solo se trata de garantizar el acceso a la justicia sino que esta sea expedita, transparente y cumplida, sobre bases de eficacia y eficiencia en el servicio que brinda a los habitantes. Ese desafío ha ocasionado procesos de modernización y de reforma judicial que todavía se encuentran en proceso de consolidación y cuyos resultados habrán de esperarse para medir su verdadero impacto.

Bien podríamos afirmar que como parte de las estrategias para poder hacerle frente a la saturación del sistema, el propio Poder Judicial ha concebido a los mecanismos de resolución alterna de conflictos como una opción viable para lograr dar satisfacción a los usuarios en la solución de sus conflictos con el respaldo y apoyo institucional. Se ha pretendido con ello disminuir la lentitud del sistema judicial y se ha buscado que los operadores del derecho cuenten con las posibilidades de acceder a procesos de capacitación, actualización y especialización permanentes. La idea es fortalecer los procesos de formación de profesionales calificados, que puedan atender los conflictos técnicamente, tanto dentro como fuera del sistema.

Conscientes de lo anterior, los Poderes Judiciales entraron desde inicios de los años 70 en diferentes procesos de modernización, que si bien es cierto han sido estructurados de forma seria para garantizar la consecución de los objetivos que lo inspiran, también lo es que su avance no es en muchos casos a la velocidad que requieren los tiempos actuales, en razón de la cantidad y complejidad de los conflictos que se deben enfrentar, esto en razón de los controles y requisitos que deben ser cumplidos para ir avanzando en el desarrollo de esos programas.

3. BREVE RESEÑA DEL RAC EN CENTROAMÉRICA

Para pasar luego al análisis particular de Costa Rica, es importante analizar de previo el contexto regional. Centroamérica ha sido altamente convulsa durante muchos años, debido a la realidad política que han vivido por décadas algunos de sus países. Esto ha generado en los habitantes de la zona una cultura de lucha y enfrentamiento, aprendida en primer lugar como requisito de supervivencia y transmitida generacionalmente como una forma de vida.

Las situaciones en que la tolerancia, el respeto de las diferencias y el diálogo son las formas usuales de convivencia, y solución de controversias entre los individuos, no han sido, entonces, por muchos años las utilizadas.

Por el contrario, el acceso irrestricto al sistema judicial es la forma seleccionada por excelencia para solucionar controversias y cualquier otra sugerencia o propuesta es en muchos casos interpretada como un signo de debilidad o denegación del derecho de acceso a la justicia.

Es importante reseñar brevemente lo que han reflejado algunos estudios sobre acceso a la justicia que se han llevado a cabo en los distintos países en lo relativo al tema que interesa aquí desarrollar.

En El Salvador, el país más pequeño en territorio de Centroamérica, con aproximadamente 6 millones de habitantes en un área de 21 mil kilómetros cuadrados, es de acuerdo con estudios realizados una nación proclive a una cultura de violencia, motivada posiblemente por su situación política y a pesar de que entró en un proceso de paz a partir de 1991. Una encuesta realizada en el año 1996 evidenció lo anterior con datos en que se indicaba que el 60% de la población afirmaba su anuencia a matar por defender su propiedad, así como un 15% lo haría con gente indeseable. El 7% de la población manifestó tener un arma.

En materia de RAC, El Salvador cuenta con una Ley del año 2002, que impulsa la conciliación tanto a nivel privado como institucional en materia de familia, penal, civil y laboral. Existen varios proyectos para llevar a cabo la conciliación en conflictos comunitarios, arbitrajes en materia mercantil y se cuenta asimismo, con programas de prevención de conflictos.

Guatemala, por su parte, es un país con un amplio territorio de 108.889 kilómetros cuadrados, multiétnico y multilingüe, pues cuenta con

23 grupos étnicos y aproximadamente 21 grupos lingüísticos. Lo anterior, hace que los conflictos sean diversos y difíciles de solucionar porque entran en juego una mezcla de los elementos antes apuntados. El desempleo es una característica importante que golpea el país y que se ha agravado a causa de fenómenos naturales que han acabado con fuentes importantes de trabajo. Con 34 años de conflictos políticos terminados en el año 1996 a través de los acuerdos de paz, se ha iniciado la reconstrucción del sistema judicial que necesariamente se vio afectado en forma negativa lo que ha provocado, según indicó Param Coomarawamy, Relator Especial de Naciones Unidas para Guatemala, que este sea ineficaz e incompetente³²¹.

Cuenta con una Ley RAC desde el año 1995, la que ha potenciado el uso de los mecanismos como el arbitraje y la conciliación tanto a nivel privado como institucional. Igualmente se ha trabajado en la educación de la población sobre el tema y se ha constituido como un modelo de acceso a la justicia para personas de escasos recursos económicos, que como se indicó anteriormente es una parte importante de la población.

Por su parte Nicaragua, con un territorio de 130.700 kilómetros cuadrados y una población superior a los 10 millones de habitantes, no ha quedado fuera de la situación política tan compleja y similar a la de los países supra citados, pues su proceso de paz concluyó al menos formalmente en los años 90.

Es uno de los países en que sus ciudadanos manifiestan desconfianza por el sistema de administración de justicia al ser esta sumamente lenta y permeable en muchos casos a la impunidad. Una encuesta aplicada a la población por el Centro de Estudios Estratégicos, refleja esta percepción al indicar que el 48% de la población define la administración de justicia como inefectiva y apunta como razones explicativas de ello, la corrupción de los funcionarios en un 39,5%, el poco presupuesto en un 37,3% y el desconocimiento de las leyes en un 36,5%³²².

Es el único país de Centroamérica que a la fecha no cuenta con una ley de resolución alterna de conflictos. Sin embargo, la conciliación, la mediación y el arbitraje se encuentran insertos dentro de las diferentes leyes del ordenamiento jurídico. Su sistema establece a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 94, que debe agotarse de forma obligatoria y previa al inicio de un proceso judicial, el intento de una mediación. Es ciertamente una mediación con al menos dos elementos particulares que la hacen un poco diferente y discutible, de acuerdo con lo que doctrinariamente se ha establecido, pues esta como se indicó, es obligatoria y la realiza el mismo juez que conocerá del proceso en caso de que la mediación no dé resultados positivos.

³²¹ Citado en: "Acceso a la Justicia y Equidad", IIDH, 2000, página 171.

³²² Citado en: "Acceso a la Justicia y Equidad", IIDH, 1998, página 222.

Honduras es un país con una extensión territorial amplia de 100.000 kilómetros cuadrados y con aproximadamente 7 millones de habitantes. Su situación política, al igual que la del resto de los países centroamericanos, ha sido problemática hasta los años 90 en que también entró en un proceso de paz y democratización. Su principal problema en la actualidad es el de las pandillas juveniles que tienen colapsado y con poca capacidad de respuesta al sistema judicial. Cuenta con una Ley de Resolución de Conflictos desde el año 2000, que estimula particularmente la conciliación y el arbitraje, tanto a nivel judicial como privadamente. Sin embargo, ha faltado divulgación en la población y ello ha ocasionado que la credibilidad de la población en estas formas alternativas, no se haya desarrollado con la rapidez deseada.

4. LA EXPERIENCIA DEL RAC EN COSTA RICA

4.1. Antecedentes generales

La historia de Costa Rica es diferente en el tema político a la de los demás países centroamericanos. Este ha contado con una tradición democrática y un sentido amplio de justicia social que le ha permitido a sus más de 4 millones de habitantes, la posibilidad de tener un mayor desarrollo intelectual y económico, lo que genera que el nivel de vida sea en varios aspectos superior.

El sistema de administración de justicia, cuenta con amplia credibilidad y confianza por parte de los usuarios. No se puede ignorar, sin embargo, que presenta algunos problemas similares a los de los demás países centroamericanos, esencialmente el congestionamiento y la lentitud que este acarrea. Ello ha generado la búsqueda de opciones que permitan coadyuvar al sistema judicial en el cumplimiento del precepto constitucional de justicia pronta y cumplida.

Hernández Valiente³²³ señala precisamente que el reto que se plantean en la actualidad los diferentes sistemas de administración de justicia de América Latina, impone tres exigencias:

Sinceridad: porque sabemos que los problemas no se resuelven ocultándolos, embelleciéndolos con palabras sonoras o describiéndolos con eufemismos.

Creatividad: para saber descubrir, precisamente, cuáles son y dónde están las oportunidades de solución que se nos ofrecen. No pocas veces padecemos más a causa de nuestra propia falta de imaginación que a causa de la falta de recursos.

³²³ HERNÁNDEZ Valiente, R. "La justicia en Centroamérica en la década de los noventa". Ponencia en el Seminario de Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe. 1993.

Valentía: pues las circunstancias históricas nos lo exigen. Aunque son muchos quienes reclaman un cambio en la justicia, no todos están dispuestos a renunciar a las estructuras que durante siglos los han amparado y a las que están acostumbrados. Por ello, es esta una oportunidad exigente y debemos demostrar que estamos a la altura del desafío, actuando con la audacia que solo da la certeza intelectual aunada a la voluntad política”.

En materia de Resolución Alternativa de Conflictos, a diferencia de muchos países, la iniciativa surgió en el seno del Poder Judicial y no de la propia sociedad civil. Fue dicha institución la que impulsó la idea y lideró todas las acciones que dieron forma al sistema de resolución de conflictos que se sigue actualmente en el país. En la actualidad continúa liderando la mayoría de los esfuerzos que se realizan a nivel nacional sobre el tema.

En 1993 la Corte Suprema de Justicia suscribió un convenio con la Agencia Internacional de Desarrollo (AID). En dicho convenio se estableció como una de sus áreas prioritarias el desarrollo de la Resolución Alternativa de Conflictos. A partir de este momento se realizaron varias actividades importantes que permitieron sentar las bases que orientarían el tema del RAC en Costa Rica. Un ejemplo de lo anterior, fue la celebración del Primer Congreso Nacional sobre Administración de Justicia en 1995, cuyo tema central fue el RAC. El principal objetivo de dicha actividad fue el de informar y sensibilizar a los más de tres mil participantes de diferentes sectores de la comunidad nacional sobre esos mecanismos y a la vez idear planes y estrategias que permitieran su desarrollo futuro.

Los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos no han sido vistos por el Poder Judicial como contrapuestos o ajenos a la administración de justicia. Por el contrario, han sido concebidos como complementarios a esta e incluidos dentro del Plan Estratégico del Poder Judicial 2000-2005, como uno de sus principales ejes de acción.

4.2 Promulgación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social

A partir del año 1998, entró en vigencia la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social que vino a regular todo lo referente a la conciliación, a la mediación y al arbitraje.

La promulgación de esta Ley dio el soporte legal necesario para llevar a cabo varias experiencias a nivel privado que han dado como resultado la creación de aproximadamente 17 centros privados de conciliación y arbitraje en el país.

4.3. Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos

A partir de la promulgación de la Ley N° 7.727, de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se creó, de acuerdo con lo que establece el Capítulo IV, la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, adscrita al Ministerio de Justicia, la cual tiene la misión de autorizar, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos, el funcionamiento de cada Centro Privado de Resolución de Conflictos que se desee crear en el país. Dentro de las potestades otorgadas por la Ley al Ministerio de Justicia, está la de controlar asimismo el funcionamiento de los centros autorizados.

En el Reglamento del mencionado Capítulo IV de la Ley RAC, que con el propósito de establecer las disposiciones de carácter general que regulan los requisitos, la autorización y la revocación de las entidades interesadas en brindar servicios de administración de mecanismos de resolución alternativa de conflictos; se establece el procedimiento de autorización y regulación de los centros.

Dentro de los requisitos más importantes de autorización, se encuentran los siguientes:

- a. Personería Jurídica;
- b. Dirección de la entidad y sus representantes legales;
- c. Reglamento de Funcionamiento;
- d. Organigrama del Centro;
- e. Reglamentos específicos para los diferentes métodos RAC que administrará el centro;
- f. Código de Ética;
- g. Sistema de tarifas, honorarios y costos administrativos de los procesos;
- h. Sistemas de rendimiento de garantías;
- i. Plano de la infraestructura utilizada, con especificación de la distribución de áreas; y
- j. Lista de neutrales, con indicación de su formación y experiencia y títulos que acrediten lo indicado.

El proceso de autorización por parte del Ministerio de Justicia tendrá un plazo de 60 días naturales. El plazo de autorización será de tres años y para su renovación, el centro deberá acreditar nuevamente todos los requisitos establecidos.

4.4. Centros privados de solución de controversias

La aprobación de la Ley RAC, dio origen asimismo a la proliferación de Centros Privados de Solución de Controversias. A la fecha se encuentran en funcionamiento alrededor de 17 centros, en los cuales se resuelven a

través de la conciliación y principalmente del Arbitraje, un número importante de controversias.

Cada centro tiene, aunque no formalmente en todos los casos, una especialidad en cuanto a la tipología de conflictos que conoce. Los hay especializados en asuntos comunitarios o vecinales, materia de propiedad (bienes raíces), agricultura y agroindustria, conflictos familiares y negociación internacional.

Casas de Justicia: En la actualidad están operando tres Casas de Justicia en convenio con las Universidades y con las Municipalidades. El tipo de asuntos que conocen en estos centros es de tipo conflicto vecinal, tales como daños a la propiedad, ruidos, límites de propiedad, basura, entre otros. El servicio que brindan es totalmente gratuito. Iniciaron labores sucesivamente desde el año 2000. La Casa de Justicia de la Universidad Latina que fue la primera en entrar en funcionamiento, han atendido entre el 2002 y el 2004, 466 casos de los cuales 89 terminaron con acuerdo.

Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos: Inició labores a partir del año 1999. Su misión es dirimir las diferencias que surgen del ejercicio de las disciplinas de la ingeniería y de la arquitectura. Durante el año 2004, se realizaron alrededor de 200 audiencias de conciliación, de las cuales alrededor de 55% han terminado con acuerdo conciliatorio.

Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad: Inició funciones a partir del año 2001. Dentro de sus áreas de especialidad, están la conciliación y mediación en conflictos surgidos a partir de contratos de compraventa, cesión, arrendamiento, usufructo, leasing, tiempo compartido, donación, testamentos, fideicomisos, uso de propiedad turística, y conflictos relacionados con la propiedad. Este Centro ha atendido durante su tiempo de funcionamiento únicamente seis conciliaciones, por lo tanto su principal labor ha sido la administración de procesos arbitrales, un total de 19 procesos.

Centro de Mediación y Arbitraje CEMEDAR: Fue autorizado e inició labores en el año 2002. Su especialidad es en casos de Familia, Civil, Notarial, Laboral, Tránsito, Turismo, Bancario, entre otros. A la fecha han atendido 12 mediaciones de las cuales 8 han logrado acuerdo.

Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara Norteamericana de Comercio: Este Centro funciona desde el año 1998, se dedica básicamente a Arbitraje Comercial, aunque también ha realizado conciliaciones.

Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara de Comercio: Este fue el primer Centro de Conciliación que funcionó en el país. Inició labores des-

de el año 1996. Durante el año 2004, se resolvieron mediante conciliación aproximadamente 3 casos.

Centro de Conciliación y Arbitraje del Ministerio de Trabajo: Este Centro de Conciliación inició labores desde el año 2001, realiza la mayor parte de los procesos conciliatorios que se realizan en dicho Ministerio. Es un servicio gratuito. Durante el año 2004, se resolvieron aproximadamente 468 casos.

Instituto de Conflictos Familiares INCOFAMI: Funciona desde el año 1998, se dedica exclusivamente a resolver conflictos en materia de Familia. Durante el año 2004, se resolvieron en ese Centro a través de la Conciliación 2 casos.

Centro de Mediación y Arbitraje CEMEDAR: Funciona desde el año 2000. Durante el año 2004, resolvió aproximadamente 2 casos mediante conciliación.

En total los centros privados atendieron durante el año 2004, un total de 1.208 casos, de los cuales se resolvieron mediante acuerdo conciliatorio un total de 495 asuntos, de acuerdo con lo informado por ellos a la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia.

5. DESARROLLO DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL

Es importante reconocer que si bien la actividad que realizan los jueces dictando sentencias es quizás lo más trascendental de la función jurisdiccional, no se puede ignorar que frente a determinados intereses sociales e individuales, la solución heterocompositiva no siempre resulta ser la más apropiada. Por esa razón debe darse la oportunidad a otro tipo de alternativas de solución del conflicto que puedan generar autocompositivamente las propias partes. No existe ningún impedimento para que lo anterior pueda lograrse dentro del propio sistema judicial y por esa razón, es que se considera que la Ley del RAC ha hecho un aporte esencial para el Poder Judicial al contemplar la creación de la figura del “Juez Conciliador”, de la cual hablaré más adelante por constituirse hoy día en una realidad.

La conciliación es parte de este grupo de métodos y lo que persigue es la resolución de los conflictos de forma integral y definitiva sin recurrir a la fuerza y en la cual el juez no realiza una labor de juzgador sino de otro orden, manteniendo siempre el control del proceso pero devolviendo a las partes la potestad de generar los acuerdos que más satisfagan sus verdaderos intereses y no sus posiciones que son las que se reflejan usualmente en los documentos que conforman un expediente.

Sin embargo para que el usuario la adopte como una vía más de solución confiable, viable y segura, debe incluirse como una política dentro de la administración de justicia desde la perspectiva de las funciones que un estado moderno debe cumplir.

Peña González³²⁴ establece que al hacerse necesario definir los objetivos públicos en materia de justicia se visualizan dos posiciones. La primera, brindar a los ciudadanos la posibilidad de acceder a la tutela judicial y la segunda acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas posibilidades radica principalmente en que la primera opción va encaminada a la creación de más tribunales, en tanto la segunda conduce a diversificar las formas de resolución promoviendo los mecanismos alternativos.

De manera que la visión debe ser la de un sistema más abierto y al alcance de todos, pues la justicia, como señala Schearzer³²⁵, es un servicio cuya cumplimentación excede de la sentencia y que puede y debe ofrecerse con más amplitud desde dentro del sistema.

Es importante generar desde lo interno un cambio de mentalidad que aleje la equiparación de los términos conflicto y litigio dentro de las políticas públicas en materia de justicia. En primer lugar, porque esto exacerba la litigiosidad y los resultados de los procesos no siempre son los más satisfactorios para las partes involucradas.

Para potenciar el uso de soluciones alternativas, no solo debe tenerse una política clara en ese sentido, sino además contarse con los profesionales idóneos para el manejo de los procesos. Si nos enfocamos a lo que debe entenderse por profesional, debemos partir de que este carácter nace de un conjunto de actividades que se constituyen en especializadas; son grupos de personas organizadas con un cúmulo también especializado de conocimientos, habilidades, capacidades, técnicas y competencia en cuanto a una línea de trabajo específica.

La especialidad en conciliación, algunos expertos la definen como una profesión, pues cuenta con los elementos antes mencionados, desarrollados a partir de raíces multidisciplinarias que la enriquecieron. Encierra asimismo una doble función, particular por su naturaleza. En primer lugar el Juez actúa como conciliador, entendiéndose este como un tercero imparcial, experto en el manejo del conflicto y de las técnicas necesarias para dirigir a las partes en el proceso de negociación dirigido a la búsqueda de las soluciones integrales y definitivas para su conflicto. Por otro lado, una vez logrado el arreglo entre las partes, actúa en sentido estricto como Juez,

³²⁴ PEÑA González, C. "Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos". Trabajo presentado en la reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas. Santiago de Chile. 1994.

³²⁵ SCHWARZER W.W. "Transcription of Plenary Proceedings". National ADR Institute for Federal Judges, Harvard Law School. 1994.

homologando los acuerdos producto de la conciliación, labor fundamental, pues es esta homologación la que da el carácter de cosa juzgada material al acuerdo. De manera que debe no solo tener los conocimientos propios en materia de conciliación y el manejo de habilidades y destrezas necesarias, sino conocer además los aspectos legales de admisibilidad de los casos que deba atender y los límites de la conciliación en la materia en que se esté desempeñando.

Con esta visión el Poder Judicial de Costa Rica ha capacitado casi seiscientos jueces y juezas en conciliación por medio de la Escuela Judicial. Igualmente, a partir del año 2001 constituyó la Unidad de Jueces Conciliadores, adscrita a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y compuesta por seis jueces y juezas especializados. En un inicio las primeras experiencias, por un plazo de dos años, se desarrollaron en la materia de familia. Se pretendía con ello insertar la figura del Juez Conciliador a nivel institucional demostrando cómo la práctica profesional de la conciliación, genera beneficios cualitativos y cuantitativos en el manejo de los casos y por lo tanto, en la disminución de la litigiosidad y en la duración y costos de los procesos.

En el mes de julio del 2003, la Corte Suprema de Justicia integró la Comisión de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial. Esta Comisión se dio la tarea inmediata de plantear y definir los “Objetivos Estratégicos del Poder Judicial” en materia de RAC que guiaran sus metas, proyectos y acciones hacia futuro. Dichos objetivos estratégicos quedaron aprobados por la Corte de la siguiente forma:

- 1) Debe proponerse a corto plazo a la Corte Plena una definición de las políticas institucionales en la materia para conocimiento de la Corte y su aprobación.
- 2) Dentro de esa definición de políticas debe establecerse como un objetivo de la Comisión el impulsar un modelo de conciliación judicial que tenga como objetivo fundamental el descongestionamiento en todas las materias en donde se considere viable la reducción del retardo judicial.
- 3) Los jueces conciliadores que pertenezcan a la Unidad de jueces conciliadores en la actualidad y hacia el futuro deben quedar investidos de competencia plena para actuar en la celebración de conciliaciones judiciales en todas las materias.
- 4) La Comisión, deberá abocarse a identificar posibles ayudas o colaboraciones de la cooperación internacional para el fortalecimiento del RAC en el Poder Judicial y a nivel general.
- 5) La Comisión, deberá realizar a mediano plazo un diagnóstico general sobre la evolución y el resultado del RAC en Costa Rica, a propósito de la celebración del X Aniversario de su implantación en Costa Rica. Dicho diagnóstico deberá realizarse a más tardar en el primer semestre del próximo año.

- 6) La Comisión deberá impulsar mediante procesos participativos, la identificación interna y externa con el tema del RAC como una de las herramientas esenciales para afrontar con éxito el retardo judicial.
- 7) Según las experiencias internacionales en la materia, la única manera de lograr a través del RAC una efectiva disminución y descongestión de los despachos judiciales, es a través de la aplicación extensa y masiva de las resoluciones de conciliación en todos los procesos en que esto sea posible, y promover estas facilidades activamente desde los mecanismos judiciales. La Comisión deberá abocarse a dirigir sus procesos a la mayor brevedad posible, para lo cual contará con los recursos requeridos y el apoyo del Consejo Superior³²⁶.

Como puede deducirse de lo anterior, se asume como un objetivo esencial a nivel institucional el impulso de un modelo de conciliación judicial que tenga como fin el descongestiónamiento en todas las materias en donde se considere viable la reducción del retardo judicial.

Con el fin de dar cumplimiento a ese objetivo, la Comisión a través de la Unidad de Jueces Conciliadores diseñó la ejecución durante el año 2004, del "Plan piloto de audiencias especiales de conciliación", en los diferentes circuitos y despachos judiciales del país. Durante un año se atendieron 2.318 asuntos, de los cuales se han resuelto positivamente 1.809, en las diferentes materias y despachos, lo cual nos da un 78% de efectividad en la solución de los conflictos mediante las audiencias realizadas.

Lo anterior ha permitido al Poder Judicial introyectar en los usuarios un modelo de solución de conflictos distinto al dictado de una sentencia, pero igualmente satisfactorio y con respaldo institucional. Ha permitido al usuario percibir el sistema judicial como el que realmente le ofrece soluciones viables, se interesa por el ser humano detrás de cada expediente, le da la oportunidad de expresar sus intereses y de resolver sus conflictos con base en estos. Gracias a esta apertura, se ha logrado atender a 6.489 personas que han tenido la oportunidad de buscarle solución a sus conflictos y de conocer en qué consisten los mecanismos del RAC que el Poder Judicial también ha puesto a su disposición.

A pesar de los avances que pueda haber representado la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social que entró en vigencia en el año 1998, en el año 2000 se presentó ante la Asamblea Legislativa una iniciativa de reforma que hasta la fecha no ha sido aprobada. En la Comisión del RAC del Poder Judicial surgió la inquietud de realizar un proceso de análisis y revisión del mencionado proyecto de ley a inicios de 2004. Producto de ese esfuerzo que se inició en el mes de abril y que involucró a destacados profesionales y conocedores del tema, se re-

³²⁶ Acuerdo de Sesión 39-03 de Corte Plena, Artículo XVIII, del 20 de octubre de 2003.

dactó en diciembre del 2004 un Anteproyecto de Reforma de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, que tiene como objetivo sustituir en todo al proyecto actual. Este documento se encuentra en etapa de validación y consulta con todos los sectores involucrados, con el fin de ser presentado a la Asamblea Legislativa en los próximos meses.

Con estas iniciativas institucionales, el Poder Judicial ha logrado posicionar la Resolución Alternativa de Conflictos, no solo dentro de la institución sino también a lo externo de ella. En estos momentos los esfuerzos están siendo encaminados hacia la creación del “Centro de Conciliación Judicial”, el cual estaría integrado por expertos en el manejo del conflicto y en técnicas de conciliación. Además estaría totalmente desligado del despacho en que se tramita el expediente judicial.

El Centro de Conciliación buscaría dentro de sus objetivos, facilitar una solución rápida, menos costosa y con carácter definitivo al conflicto garantizándole al usuario la posibilidad de un acceso gratuito ante una instancia de naturaleza judicial y altamente confiable.

6. HACIA UNA CULTURA DE PAZ

Es evidente para el Poder Judicial la importancia de trabajar no solamente en la búsqueda de la solución a los problemas que afectan actualmente a la institución, en torno a la morosidad judicial, sino también hacer un esfuerzo adicional para promover la labor de información, sensibilización y prevención con las personas que dentro de algunos años podrían ser potenciales usuarios del sistema.

Es por lo anterior que desde el año 2004 se está impulsando en forma conjunta con el Ministerio de Educación Pública, el proyecto “Resolución alterna de conflictos en el ámbito educativo: hacia una cultura de paz”. Dentro de los citados objetivos estratégicos que orientan la labor de la Comisión de Resolución Alternativa de Conflictos, está el involucramiento de la institución en la implementación del RAC en las diferentes instituciones. En ese sentido, se hace necesario promover un cambio profundo desde las raíces propias de nuestra sociedad. Este Convenio está dirigido a incorporar los métodos de resolución pacífica en los programas nacionales de educación.

Dentro de los objetivos específicos del Convenio están los siguientes:

- a. Promover y difundir en el país el uso de medios alternos de solución de controversias, que contribuyan a mejorar la paz social y propicien la armónica convivencia.
- b. Realizar estudio de necesidades e identificación de alternativas para el desarrollo de programas de promoción y difusión de mecanismos de resolución alterna de conflictos, a través de los diferentes programas de estudio del sistema educativo.

- c. Ejecutar experiencias piloto relacionadas con el tema y monitorear en forma constante los resultados obtenidos.
- d. Realizar evaluaciones periódicas de los proyectos y actividades piloto que se realicen, con el fin de medir el impacto, introducir mejoras, evaluar las modalidades de operación y el cumplimiento de los objetivos del proyecto.
- e. Coordinar y organizar conjuntamente actividades académicas y de investigación en el tema de resolución alternativa de conflictos, o sobre cualquier otro tema relacionado, de acuerdo con la conveniencia el beneficio de los objetivos de cada institución.
- f. Coordinar y organizar actividades tendientes a la difusión y promoción de los mecanismos de resolución alterna de conflictos.

Por medio, de una gran reforma curricular en los planes de estudio se pretende incluir la conciliación como un eje transversal en las distintas asignaturas y concebida como uno de los mecanismos que nos permitan hacer realidad el valor de la paz.

El Poder Judicial visualiza la Resolución Alterna de Conflictos en el ámbito educativo como uno de los componentes más importantes, porque sus objetivos y estrategias van encaminadas a una labor preventiva, de intervención temprana, en la etapa de formación de los niños y jóvenes, lo que permitirá que su cultura inicial sea de paz, no teniendo que desaprender comportamientos ni modificar actitudes.

A partir de una capacitación a capacitadores docentes y a líderes estudiantiles con un perfil adecuado, se espera lograr a mediano plazo, la creación en las escuelas y colegios de “Centros Estudiantiles de Mediación” (CEM), donde los propios estudiantes atenderían a sus homólogos en conflicto para ayudarlos a buscar una solución autocompositiva, incorporando este mecanismo como una forma de solución de conflictos permanente dentro del sistema educativo.

Además se plantea la necesidad de capacitar a profesionales en el uso de técnicas básicas de conciliación y mediación, para resolver conflictos que han ingresado a la corriente judicial, en el marco del convenio mencionado. La elaboración del plan o programa se orienta además hacia una mayor participación en las comunidades de distintos grupos organizados hacia una búsqueda de respuestas frente a esta necesidad de paz social.

Se considera que solo a partir de la puesta en marcha de proyectos orientados con los fines descritos se podrá lograr, a mediano o largo plazo, una disminución de la litigiosidad en la sociedad, con una consecuente baja en el circulante judicial. Por lo tanto la paz social dejaría de ser un ideal y se convertiría en una buena parte de la realidad.

Tomando en consideración lo anterior se está desarrollando un Plan Nacional de Educación para la Paz, dirigido a estudiantes y docentes de primaria y secundaria. Este Plan va orientado en cuatro sentidos:

1. *Reforma Curricular al Plan de Estudios de Primaria y Secundaria:* Tiene como objetivo un cambio en el plan de estudios, con el fin de incluir la resolución alterna de conflictos como eje transversal de la educación formal.
2. *Diseño de un Plan de Capacitación Nacional en materia RAC:* Consiste en diseñar un Plan de Capacitación Nacional que permita ir transmitiendo los conocimientos necesarios, así como el desarrollo de habilidades y actitudes en docentes y estudiantes. Debe asimismo involucrarse en este proyecto a los padres de familia a través de la Escuela para Padres, de manera que estos participen en el desarrollo y consolidación del proceso.
3. *Elaboración de textos específicos sobre RAC:* El propósito de elaborar textos específicos sobre RAC es que sean utilizados por los docentes como textos de estudio con sus estudiantes, independientemente de la asignatura que impartan.
4. *Creación de Centros Estudiantiles de Mediación:* Es necesario que todos los conocimientos adquiridos así como las habilidades y destrezas desarrolladas, puedan ser puestas en práctica de forma inmediata por todos los participantes. Esto con el fin de estimular e incentivar la participación de todos dentro de estos programas. Por lo anterior resulta de mucha importancia que se trabaje en la instalación de Centros Estudiantiles de Mediación, en los cuales los estudiantes puedan ayudar a sus iguales a solucionar sus conflictos de forma definitiva y satisfactoria para todos los involucrados.
5. *Diseño y Ejecución de un Plan Nacional de Divulgación y Sensibilización:* Se busca diseñar y ejecutar un plan nacional de divulgación que posibilite a los habitantes de la República conocer los esfuerzos que ambas instituciones realizan en la prevención de los conflictos con los niños y jóvenes.

7. CONCLUSIONES

En poco más de una década los mecanismos de Resolución Alterna de Conflictos han pasado a ser una parte esencial en el quehacer judicial. Igualmente su importancia en el ámbito de lo privado ha sido incuestionable y los resultados obtenidos sobre todo en materia de arbitrajes, día con día van creciendo y mejorando en nuestro país.

A pesar de los logros obtenidos, es necesario en Costa Rica redoblar esfuerzos para reimpulsar el RAC a través de una sistematización de procesos estratégicos debidamente estructurados con la debida adecuación de la correspondiente plataforma legal.

En todos los países del área, y particularmente en Costa Rica, los esfuerzos han sido importantes y los resultados visibles. Sin embargo, el avance no ha sido tan rápido como las necesidades lo requieren pues se ha

tenido que trabajar primero en procesos de paz y de modificación de conductas más bien tendientes a la supremacía de la fuerza. En Costa Rica la concientización de la necesidad de impulsar y perfeccionar estos mecanismos, en especial la conciliación, ha sido una preocupación que a diferencia de los demás países nació en el seno de la Corte Suprema de Justicia e involucró a la sociedad civil, al punto de que a la fecha funcionan bastantes centros privados de resolución de conflictos.

El Poder Judicial ha mantenido su liderazgo en el tema contando siempre con un alto grado de credibilidad por parte de los usuarios. En la actualidad, el Estado tiene que administrar recursos cada vez más escasos para atender las demandas sociales; por ello, se deben fortalecer los mecanismos de desarrollo y de cambio social y dotarlos de la flexibilidad adecuada para aprovechar eficientemente los recursos disponibles para la construcción y perfeccionamiento de una Justicia más democrática.

Diez años es poco tiempo y si hacemos un alto en el camino y realizamos un análisis retrospectivo podemos concluir que hemos avanzado mucho en poco tiempo, pero que el camino por recorrer es aún largo y que en este punto solo podremos lograr más avances si los esfuerzos que se hacen tanto a nivel nacional como internacional, son conjuntos.

Al final del camino lograremos resultados más satisfactorios con menor esfuerzo, lo cual nos posibilitará tener herramientas ágiles y eficientes para hacer frente a los conflictos cada vez más diversos y con mayor grado de dificultad que se generan en una sociedad que como la nuestra avanza a pasos agigantados hacia el avance en todas las áreas y que por lo tanto requiere respuestas individualizadas que se ajusten a los conflictos que van surgiendo cada día.

Para concluir, hago más las palabras que hace pocos años expresó el ex Secretario General de la UNESCO, Federico Mayor Zaragoza³²⁷:

“Tenemos también que desarmar la historia. Enseñamos a nuestros hijos la historia del poder. No la del saber. La de la guerra, no la de la cultura. Historia jalonada de acontecimientos bélicos, con el fragor de las armas como única banda sonora. Tenemos, pues, que cambiar. Sí, tenemos que aprender a pagar el precio de la paz, como hemos tenido que pagar el precio de la guerra.”

³²⁷ Citado por ALZATE SÁEZ de Heredia Ramón, en *Mediación Escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias*. Paidós Educador. Argentina, 1999.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.
- Universidad para la Paz (Costa Rica). Proyecto de Consensos y Resolución para América Central. América Central: del conflicto a la negociación y el consenso. Programa para las iniciativas Regionales. San José, Costa Rica, 1999.
- RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. Amigable Composición: Curso Práctico de negociación y conciliación. Guatemala, 2001.
- SOLANO CARRERA, Luis Fernando. La Situación de la Justicia: una visión desde el Programa de Capacitación a Jueces de Centroamérica. San José, Costa Rica 1997.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Resolución Pacífica de Conflictos. San José, Costa Rica, 1997.
- Gerente. Revista ejecutiva del Grupo Nación. San José, Costa Rica, 2001.
- Summa. Edición 116. San José, Costa Rica, enero 2004.

ESTRATEGIAS Y TÁCTICAS DEL MEDIADOR COMERCIAL

DR. ARMANDO CASTANEDO ABAY³²⁸

Sumario: 1. Introducción, 2. Macro objetivos del mediador comercial. ¿Qué llega?; ¿qué actúa?; ¿qué sale?; a, en y de, 3. El camino “alfombrado” del mediador hacia una relación comercial conflictual, 4. Presupuestos básicos y manejo del conflicto comercial por el mediador especializado, 5. Objetivos procedimentales del mediador comercial en su actuación profesional, 6. La utilización del canal comunicacional por el mediador comercial, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

“El desafío no está en eliminar el conflicto sino en transformar la forma en que nosotros manejamos el conflicto, que lo hacemos de una forma destructiva a través de la violencia, guerra, batallas, etcétera, de transformarlo en una forma más constructiva como la negociación, la mediación..., muchas de las cosas en las que Uds. están participando.

Y desde entonces este es uno de mis temas. ¿Es posible que los seres humanos puedan llevarse bien? ¿Podemos imaginar un futuro en el cual la gente pueda hacer frente a las diferencias en forma constructiva, no en forma destructiva?”³²⁹.

En sintonía con la idea que acabo de citar del maestro Ury, la figura del mediador comercial, de por sí misma, presupone la creencia en ese futuro y la capacitación en relaciones comerciales y solución de conflictos de idéntica especie.

Digamos que esta preparación sirve de base sustentadora, y a la vez aporta los fundamentales objetos de estudio, de todo aquel que se forme para mediar en relación con los vínculos y transacciones comerciales actuales.

³²⁸ Doctor en Ciencias Jurídicas por las Universidades de La Habana, Cuba y Universidad de Valencia, España. Titulado como mediador comunitario y familiar en Nueva York. Entrenador Internacional en Cursos de Mediación. Autor de los libros: “Mediación, Una alternativa para la Resolución de Conflictos”, “Estudios de Derecho Administrativo Cubano”, “Temas de Derecho Administrativo cubano”. Miembro efectivo de la Junta Directiva del Forum Mundial de Mediación. Arbitro y Mediador comercial internacional. E-mail: sgral@rect.uh.cu

³²⁹ Ury, William, Conferencia a mediadores, Buenos Aires, julio 1 de 1998.

Por tanto –y ello solidifica nuestra tesis– el propio empresario, depositario de experiencia en ambos campos, tiene vencido el cincuenta por ciento de su posible asimilación de las cualidades del mediador comercial. Ya tiene un adelanto sustancial, por conocer en esencia la relación comercial, que es en la cual surgen los conflictos que servirán de objeto de estudio y trabajo a su posicionamiento como mediador en un conflicto en el que no tenga intereses directos.

Algunos empresarios, al culminar mis cursos internacionales de mediación comercial avanzada, me han preguntado si ellos mismos no pudieran mediar en los conflictos de sus propias empresas.

El mediador con intereses particulares directos en que el conflicto se solucione de una u otra manera, no debe actuar como mediador en el particular caso, pues –aunque no sea su intención– tendería a desbalancear el poder de los mediados a favor de lo que considera “justo” o “adecuado” para ser incluido en el acuerdo final.

Entonces, quien ha cursado el entrenamiento, “vuelve a la carga”: “Pues, si es así, ¿por qué me capacito en mediación?”

Personalmente –y la doctrina más reconocida coincide con esto– pienso que los empresarios preparados en técnicas de mediación tienen, entre otras, tres fundamentales ventajas sobre los demás que las desconocen.

En primer orden, se forman en técnicas de negociación probadas en relación con su efectividad, y los mejores negocios nacen de las mejores negociaciones.

En segundo lugar, resultan ser más capaces de comprender y cooperar en cualquier proceso de mediación al cual asisten interesados en solucionar un conflicto, que, de continuar desarrollándose y profundizándose, pudiera representar pérdidas económicas y de alianzas estratégicas imprescindibles para el desarrollo de su comercio.

Y, en tercer término, mientras otros planifican cómo obtener la victoria en sus conflictos comerciales, estos planifican como extraer más y mejores dividendos de futuras inmediatas operaciones, al no preocuparse, sino ocuparse, de la solución de sus diferencias operacionales en las transacciones que ejecutan.

2. MACROOBJETIVOS DEL MEDIADOR COMERCIAL. ¿QUÉ LLEGA?; ¿QUÉ ACTÚA?; ¿QUÉ SALE?; A, EN Y DE

Entre que el mediador comercial llega “a”, actúa “en” y sale del proceso de mediación, deben provocarse diferencias conductuales en cada etapa del mismo con una relación directa con los objetivos programáticos del singular proceso que se llevará a efecto.

A veces se dice que las metas no son buenas, pero lo cierto es que sirven de guía para encaminar esfuerzos y aclarar el horizonte hacia el cual hemos decidido dirigirnos.

En mediación comercial esta máxima es muy útil pues permite “ver el dibujo completo” del escenario en el cual el mediador actuará, y le permite ir ganando terreno mientras solidifica los logros que ha ido obteniendo hacia la resolución del conflicto.

Es lo que llamo “proceso sostenible” en mediación comercial, es decir, avanzar milímetro a milímetro y “anclar” –para que perdure– lo que se ha alcanzado hasta cada momento del proceso; como dicen Littlejhon, Shailor y Pearce: “con coherencia y coordinación”³³⁰.

Dicho esto, ¿a qué se refieren los tres “qué” formulados en el título del epígrafe?

A la mediación comercial llega una relación con todas sus interacciones. No olvidemos que la existencia del conflicto declara la vida de la relación, aunque no sea cordial, pero existen interacciones y omisiones humanas que enlazan de manera relacional a quienes son protagonistas del conflicto comercial. El cómo modificar esta interacción, es un problema investigativo y práctico a solucionar tomando en consideración el método elegido para ello, en el tema que nos ocupa, la mediación.

En la mediación comercial actúa esa relación facilitada que se va convirtiendo, a medida que la mediación avanza, en una negociación facilitada sostenedora de expectativas, pero modificadora de interpretaciones y percepciones.

Sale de la mediación la misma relación, pero matizada por lo que pudo incidir en ella la fórmula ganar-ganar, y encaminada hacia el logro de perspectivas conjuntas en vez de individualizadas.

Por lo tanto queda claro que el mediador comercial trabaja en base a una relación humana conflictual cualificada por las exigencias del comercio y sus corolarios.

Debido a lo que acabamos de concluir, el mediador comercial trabaja sobre la relación comercial moldeada por el conflicto que ha surgido en ella misma.

3. EL CAMINO “ALFOMBRADO” DEL MEDIADOR HACIA UNA RELACIÓN COMERCIAL CONFLICTUAL

La interacción subjetiva generada por el conflicto comercial no deja de ser una relación entre sujetos, por ello el respeto y tacto del mediador hacia la misma debe saberse transmitir a los mediados con adecuada y medida habilidad. Por eso usamos la metáfora de la *alfombra*. Es decir, el

³³⁰ Littlejhon, Stephen W, Shailor Jonathan y Pearce, W Barnett, en su artículo: “La estructura profunda de la realidad en la Mediación”, “Nuevas direcciones en Mediación”, de Folger, Joseph P. y Tricia Jones como compiladora, Paidós, 1997, p.105. Dicen los autores: “La coherencia consiste en dar sentido, en el logro de la claridad en la comunicación, y la coordinación supone armonizar u organizar las acciones de un modo tal que las pautas de interacción les parezcan lógicas a los diversos participantes involucrados.

mediador debe introducirse como tercero de una manera inteligente para no crear ruidos adicionales al tenso ambiente que precede a su labor profesional.

Se debe conocer, ante todo, la historia, la cultura, los deseos –separados estos de las necesidades y viceversa– los códigos de comunicación más utilizados por los mediados y los significados que estos representan para ellos mismos y para los otros copartícipes de la relación conflictual, sus intereses, y todo aquello que tenga vínculo con fuerzas atractoras o repelentes en el decursar de sus negociaciones y el cumplimiento de los acuerdos logrados en estas.

Una de las cuestiones de mayor relevancia para la mediación comercial es que esta propende a trabajar en medio de culturas diversas, y, por tanto, se hace imprescindible el conocer cómo cada cultura asimila la producción del conflicto y el desarrollo, profundización y solución de este.

Por ejemplo, “en las culturas de estilo occidental, los individuos tienden a ver el conflicto como una catarsis sana de la angustia, y también como un mecanismo positivo para vigorizar relaciones moribundas”³³¹.

No debemos olvidar que la relación que representa el propio conflicto –prácticamente de seguro– ha sido vórtice de acciones y omisiones de los mediados precedentes a la mediación comercial para intentar aliviarla. El intento, al no verse coronado con el éxito, ha provocado frustración en los protagonistas del conflicto, por lo que en muchas ocasiones al comenzar nuestras mediaciones comerciales nos encontramos con que lo primero que nos dicen los mediados es que “ya todo ha sido intentado, y no nos ponemos de acuerdo”.

Principalmente por esto es que el mediador comercial debe, respetando tal percepción, demostrar con hechos –lo más temprano procesalmente hablando– que el acuerdo sí es factible, al menos en aquellos asuntos en que los intereses de los mediados coinciden o no son antagónicos. Ese será un efectivo inicio de la mediación comercial.

Y ahora, compliquemos un poco más el escenario en el cual puede verse inmerso un mediador comercial, no solo por intentar abrir el *abanico* de coyunturas y circunstancias posibles, sino debido a que la mediación comercial, por esencia de su objeto de trabajo, se encuentra, en múltiples oportunidades, con la relación comercial intercultural, tema que no –por abordado que haya sido– deja de ser recurrente en este tipo de estudios.

El conocimiento de los diferentes patrones de conducta y de códigos comunicacionales de los mediados, es una herramienta de valoración especial en mediación comercial.

³³¹ Donohue, William A. y Bresnahan, Mary I: “Cuestiones comunicacionales de la Mediación en conflictos culturales”, en “Nuevas direcciones en mediación”, Paidós, Argentina, 1997, p. 197.

Ello puede apoyar el logro del ambiente de solidaridad y colaboración que busca la mediación.

El concepto de panethnicidad, entendiéndose como tal el desarrollo de organizaciones y solidaridades que tiendan puentes entre los subgrupos de las colectividades étnicas³³², a partir del siglo XX, en su década de los 90, revolucionó la perspectiva de la –en pañales aún– mediación que se venía abriendo paso.

A partir de la claridad y comprobación objetiva de este tipo de relaciones y su influjo en la comunicación social, los estudiosos y practicantes de la mediación nos hemos dado a la tarea de ubicarla en un lugar relevante en tanto la búsqueda de la empatía y la apertura perceptiva de los mediados, sobre todo en la interacción triangular mediado-mediador-mediado.

Y, hurgando un poco más allá del horizonte de sus efectos apreciables a simple vista, se analiza hoy en día, el gran por ciento de probabilidad de éxito para una mediación comercial, al descifrar –por el mediador– y transmitir un adecuado parafraseo de estos códigos y sistemas de los mediados de distinta cultura social, histórica y comercial.

Si graficáramos una mediación comercial con la construcción de un edificio, debíamos pensar –entre muchos– en dos factores esenciales, el primero: cómo lograr la cooperación de los constructores para que la coordinación de sus esfuerzos nos dé como resultado un avance sistemático de la obra y, el segundo, la compatibilidad del tipo y diseño de los materiales a utilizar.

La cooperación laboral requiere, en primer orden, que cada uno de los trabajadores entienda su tarea particular, y luego que coordinen sus acciones según un proyecto comprendido y asimilado por todos.

La compatibilidad de los materiales a utilizar ya pasaría por el ingenio, la experiencia y la pericia de técnicos, especialistas, proyectistas e inversionistas que, en definitiva, siguen la ejecución de la obra hasta su terminación.

En mediación comercial, la cooperación transita –básicamente– por la comprensión de cada uno de los mediados de cada una de las posturas, afirmaciones, negaciones y conceptualizaciones de todos los sujetos que intervienen en el proceso, a través de sus percepciones y de cómo el mediador sea capaz de ayudarles a construir –finalmente– su obra: el acuerdo final.

“El mediador puede ayudar también a las partes a desarrollar soluciones creativas, o a aportar propuestas que no se deben atribuir obligatoriamente a una de las partes. Esta técnica puede ayudar a evitar el fenómeno de la desvalorización reactiva, que hace que la gente minimice las pro-

³³² Folger, Joseph P y Jones, Tricia S: Idem, p. 191. Acerca de la conceptualización de López y Espíritu, 1990, p. 198.

puestas hechas por el adversario. (¿Qué sabe el otro que yo desconozco?, o, si me ofrece esa cantidad, es que en el fondo puede darme mucho más)³³³.

Esta ayuda o facilitación en mediación comercial, no es más que el trabajo de ensamblaje y compatibilización que realiza el mediador en relación con las percepciones de los mediados, tomando como punto de partida los códigos comunicacionales utilizados por estos, ya sean verbales o extraverbales.

Ello permite un acercamiento al conflicto por parte del mediador comercial sin crear interferencias que puedan entorpecer la solución del conflicto, por el contrario, facilita su aparición y aceptación personal por los medidos.

4. PRESUPUESTOS BÁSICOS Y MANEJO DEL CONFLICTO COMERCIAL POR EL MEDIADOR ESPECIALIZADO

Es un hecho acreditado por la experiencia práctica en mediación, el que los mediados se presenten ante esta esperando obtener una victoria aplastante frente a la, o las otras, persona (s). Por tanto, intentan trasladar al nuevo proceso las intenciones originales de maximizar las ganancias y disminuir los costos.

En tiempos pasados lo experimentaban en el arbitraje, pero ya “abundan las quejas sobre lo costoso, impredecible y burocrático que resulta el arbitraje, por lo que muchas personas prefieren acudir a la mediación o a otras técnicas mixtas de resolución de conflictos. Según un artículo... en el Wall Street Journal, la Asociación Americana de Arbitraje ha perdido gran parte de los negocios que realizaba, en beneficio de empresas que ofrecen servicios de mediación. Por ejemplo, el número de controversias en el sector de la construcción negociadas por la AAA descendió de 5.189 en 1991 a 4.387 en 1992; durante el mismo período los casos relativos a dicho sector, negociados por empresas de mediación, aumentaron entre un 15 y un 20%. El incremento del número de deserciones del sistema arbitral a favor de la mediación parece ser algo más que una moda; la AAA ha respondido a esta situación, ha ampliado su departamento de mediación, animando a sus clientes a intentar un acuerdo mediado, antes de recurrir al arbitraje”³³⁴.

Este es otro de los retos con los que se encuentra el mediador comercial. Cómo hacer comprender a los medidos que el primer interés compartido entre ellos ha sido la voluntad de llegar a un acuerdo y que, para

³³³ Mnookin, Robert B.: “Why negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict”, Ohio State Journal on Dispute Resolution 2, 1993.

³³⁴ Pollok, Ellen Joan: “Arbitrator Finds Role Dwindling as Rivals Crow”, Wall Street Journal, 28 de abril 28 de 1993.

avanzar en su propio interés, deberán ser ponderados los intereses de ambos lados.

Desde esta perspectiva ha dado resultado exitoso ubicar el diálogo en áreas neutrales especiales para el mundo del comercio, como bien pudieran ser: la continuidad de la relación comercial, el fortalecimiento de alianzas estratégicas, el intercambio de influencias relacionadas con nichos de mercados de importancia, la disminución de costos, y otros.

Con lo dicho estamos tratando de reflejar la importancia que tiene para la mediación comercial el hacer comprender a los mediados que es más importante, para ellos mismos, obtener lo que necesitan, en vez de lo que desean.

Entonces la fórmula inicial del mediador comercial se reduciría a encontrar las áreas neutrales relativas al conflicto que tengan relación directa con las necesidades reales de los mediados, anclarlas, trabajar sobre ellas y disponer el *efecto ping-pong* (yo cedo para que tú cedas, en tanto la solución a nuestras necesidades esenciales).

Percatémonos entonces que desde el principio de la mediación comercial el objetivo básico del mediador es la inclusión del otro, que tú cedas y el que las necesidades sean entendidas como nuestras, que conduce a lo que se conoce en mediación como la legitimación interpartes, presupuesto básico para una mediación efectiva.

“Crear un contexto de confianza en la mediación requiere poder alentar y facilitar la comunicación. Para lograr este objetivo, legitimar a las personas es indispensable. Legitimar significa crear las condiciones para que la gente pueda acceder a la participación. Para ello debe sentirse cómoda en sentido técnico: localizada positivamente. Solo cuando las personas encuentran ese lugar positivo –en el contexto de la mediación– es posible que se pueda pasar de la dinámica de interacción negativa –la confrontación– a una dinámica de interacción positiva que pueda construir el puente de la colaboración”³³⁵.

En pocas palabras, satisfacer necesidades comerciales buscando invariantes posibles ajustadas a tal finalidad, evitando desgastes innecesarios.

¿Le ha preguntado usted a un empresario cuánto invierte en un negocio evitándole conflictos a la ejecución del mismo? La respuesta será similar a esta: ¡Muchísimo!

¿Y qué si nos ponemos de acuerdo para disminuir significativamente esos innecesarios costos? La respuesta no se hará esperar: ¡Adelante!

Pues es eso y no otra cosa, desde el prisma del comercio, lo que posibilita la mediación especializada en esta faceta de las relaciones humanas.

³³⁵ Tapia, Gachi y Diez, Francisco: “Herramientas para trabajar en mediación”, Paidós Mediación 9, 1ª edición, Argentina 1999, p. 99.

Hágalo ver y entender a los mediados, demuéstreselo con números en blanco y negro, y su mediación tendrá bastante despejado el camino hacia el éxito.

No olvidemos que todo conflicto³³⁶ nace primero en el nivel intrapsíquico, para después manifestarse externamente; y, por tanto, hay que ofrecer elementos a la psiquis de los mediados para que esta reforme su percepción acerca de cómo enfrentarlo, disolverlo o solucionarlo. Esto conduce a remover las raíces del conflicto comercial y, con ellas, su estructura y dinámica.

Toda la carga subjetiva que acompaña al conflicto comercial lo conduce por el camino de los sentimientos a personalizarse en algún nivel o estadio de su desarrollo, y ello dificulta su tratamiento sin la intervención de un tercero entendido en el estudio de este tipo de competencia de intereses.

Pero, por otro lado, y si ubicamos al conflicto en una balanza de ponderación, también habrá que reconocer que, desde que se exterioriza, le acompaña también el sentimiento de su solución, algo que –indefectiblemente– ayuda mucho a la tarea del mediador comercial.

El dilema se aclara como existente cuando se reconoce el contraste existente entre la necesidad de una tranquila y pacífica existencia dentro de la relación comercial, y el impulso de sus sujetos intervinientes a defender los intereses de cada uno usando algún tipo de coerción o presión frente al otro.

Es preciso aclarar, pues muchos empresarios así lo solicitan, que la mediación comercial –o alguna otra especialmente– asume la solución o eliminación de coerciones o presiones; es más, en realidad pasan por encima de estos buscando lazos, intereses y necesidades que sirvan de puntos de contacto para un trabajo cooperativo.

5. OBJETIVOS PROCEDIMENTALES DEL MEDIADOR COMERCIAL EN SU ACTUACIÓN PROFESIONAL

“... el mediador tiene tres tareas procedimentales a ejecutar en cada sesión de mediación. Primero, el mediador tiene que tomar temporalmente el control del argumento base con el objetivo de crear un sentimiento de seguridad en sus clientes. Segundo, el mediador tiene que establecer las distancias negociadoras entre los mediados, diferenciando las necesidades de las partes de lo que estas quieren”³³⁷ y, tercero, conducir a los mediados

³³⁶ Dejemos claro que, según la conceptualización de conflicto comercial que hemos venido describiendo en estas páginas, este se configura con dificultades de su comprensión para los mediados, y, por otro lado, como generalmente productivo, subjetivo y tratable en la búsqueda de posibles soluciones factibles y viables.

³³⁷ Richard Evarts, W; Greenstone, James L; Kirkpatrick, Gary J.; Leviton, Sharon C.: “Winning through accomodation”, Kendall/Hunt Publishing Company, Dubuque, Iowa, p. 27.

a crear por ellos mismos alternativas de solución que funcionen –desde un prisma productivo– para la solución del conflicto particular que ponen al conocimiento y tratamiento procesal mediador.

5.1. Consejos prácticos

Algunos consejos prácticos para el logro de cada uno de estos objetivos preliminares, pudieran ser los que a continuación se listan:

5.1.1. Tomar el control del argumento base, provocando un sentimiento de seguridad en los clientes

Ante todo, el mediador comercial tiene que conocer de comercio, las instituciones que giran en torno a este y su trascendencia para el mundo empresarial actual.

Haciendo uso de estos conocimientos debe parafrasear adecuadamente la exposición de los mediados, reflejando una cabal comprensión de su expresión y la influencia de la situación conflictual para ellos.

Los mediados deben estar conscientes de que el mediador es claro en sus argumentos y fundamentaciones y que, de igual manera, los toma en consideración en su agenda así como en cada momento del decursar del proceso.

La demostración de la utilidad de las intervenciones expositivas de los mediados debe reflejarse en cada uno de los acuerdos particulares que se vayan obteniendo y, por supuesto, deben conformar partes del acuerdo final.

Ahora, es importante que el control de los acuerdos de los mediados no indique parcialidad individualizada alguna, sino, por el contrario, parcialidad compartida y balance de poder continuado en las distintas fases de la mediación.

La estabilidad emocional referida al intercambio verbal y extraverbal entre los mediados será seguida muy de cerca por el mediador para que los estados anímicos no constructivos o no productivos en los diálogos que se produzcan no conspiran contra la continuidad del proceso y el alcance de logros mantenidos y sistemáticos en el mismo.

También se refiere al control del mediador y los mediados la llamada contención personal en cuanto a valoraciones o criterios que conduzcan a la personalización del conflicto. Es de relevante importancia el constante trabajo del mediador por la despersonalización del conflicto y la lejanía

En realidad la tercera tarea referida por los autores indica la proporción de alternativas de solución por parte del mediador. Creo que la esencia de la mediación como tal no se refiere a esto, sino a que estas nazcan de los propios mediados; ello no obsta para que el mediador haga nacer alternativas de solución, pero siempre desde la perspectiva de la conciliación. Es lo que llamamos el proceso mixto mediación-conciliación.

del mismo que debe lograr de los mediados para que estos sean capaces de –como ya se ha expuesto– captar todos los componentes del objeto de análisis, es decir, que vean el dibujo completo.

4.1.2. Estableciendo distancias negociadoras entre los mediados, o la determinación de necesidades apartando estas de los deseos y los caprichos de los mediados

Identificar, asignar nivel de importancia y balancear las que realmente resultan para los mediados sus necesidades decantando sus deseos, permite al proceso de mediación comercial concentrarse en invariantes que le servirán de guía, y a la vez de incentivo útil, para avanzar hacia el acuerdo.

Luego de la identificación, prioridad y balance de necesidades y deseos de los mediados, habrá que encontrar resortes, a partir de áreas neutrales, para ir acercando cada espécimen a su correlativo y explorar las posibilidades de fusión en cuanto a inclinación a la cooperación para lograr resultados efectivos y productivos.

La cooperación a la cual nos referimos significa colaboración. “Al igual que el término colaboración, la palabra sinergia significa trabajar juntos, pero específica que la suma de esfuerzos consigue un mayor rendimiento que sus partes constituyentes. La sinergia echa por tierra nuestras expectativas al mostrarnos un universo en el que dos más dos son cinco.

Buckminster Fuller, el más sólido defensor de la sinergia, la definió como la conducta de sistemas globales que no se puede predecir a partir del comportamiento de sus partes por separado. La sinergia es la vía por la cual la naturaleza busca de forma incesante nuevas formas de hacer más con menos... El objetivo de la colaboración es crear combinaciones sinérgicas³³⁸.

En la mayoría de las mediaciones comerciales resulta bien complejo determinar estas necesidades, pues en ellas ni tan siquiera los mediados las tienen claras.

Un recurso que ha dado muy buenos resultados en mediadores comerciales experimentados es el trabajo de cada mediado y en equipo con su mediador para encontrar lo que se ha dado en llamar acuerdo imprescindible o acuerdo vital.

El acuerdo imprescindible o acuerdo vital se refiere a lo que, de no lograrse, de todas formas y bajo cualquier circunstancia impedirá absolutamente el logro de resultados satisfactorios para los mediados en relación con el conflicto que los condujo a la mediación. Es decir, lo que sin ello no permitiría –incluso– continuar el proceso, la relación comercial, la estrategia empresarial y, posiblemente, conduzca a la inviabilidad de la empresa comercial.

³³⁸ Muldon, Brian: “El corazón del conflicto”, Paidós. España, 1ª edición 1998, p. 133.

Asimismo, el mediador, procedimental y técnicamente hablando, intentará –con sus recursos– que los mediados puedan ver claros y nítidos los costos que podrían acarrearles el mantener sus distancias, barreras y atrincheramientos característicos de los conflictos comerciales.

Es evidente que la mente del empresario actual está adaptada al análisis primario de la relación costo-beneficio relacionada con cada una de sus acciones y omisiones en materia de negocios.

Y, por otro lado, no hay duda de que el mantenimiento del conflicto, por mucha relación humana que también pueda representar, significa un costo adicional, una preocupación y ocupación recurrente y, por supuesto, un gasto de recursos y una puerta abierta a la producción del conocido daño moral y el consustancial al crédito comercial. Ni hablar de los casos en los que la solución del conflicto de torna vital para alguno o varios de los mediados en cuanto a la supervivencia de sus actividades comerciales.

El desconocer el velo que pudiera cubrir las verdaderas y esenciales necesidades de los mediados, pasa por la identificación de cuáles de estas influyen o determinan la existencia del propio conflicto; es sobre estas que el mediador debe concentrar su trabajo y encontrar aquellos aspectos que podrían movilizar variables para acercar estas a partir de la facilitación del mediador.

6. LA UTILIZACIÓN DEL CANAL COMUNICACIONAL POR EL MEDIADOR COMERCIAL

“Los supuestos básicos de la perspectiva comunicacional en el estudio del conflicto y la negociación han sido postulados por Putman y Folger (1988) y Putman y Rolof (1992). Son tres los principios orientadores de esta perspectiva, que se abreva considerablemente en la metateoría pragmática e interpretativa. El primer principio es la atención al microanálisis de los indicios verbales y no verbales detallados, que incluye la configuración y el desarrollo temporal del proceso. Estos comportamientos son la base para comprender la evolución del conflicto. Sin la apreciación de esas estructuras y funciones, el estudioso no puede reconocer los aspectos evolutivos del proceso y su impacto sobre los resultados. Además, la estructura y las funciones de los mensajes modifican la naturaleza de la interacción, y son modificadas por esta. De modo que para examinar la comunicación en un micronivel se necesita que la orientación del proceso entienda la sucesión de los mensajes simples dentro de secuencias dinámicas globales”³³⁹.

En todo proceso de mediación la comunicación, su percepción, interpretación, mensajes, reacciones en emisores y receptores, su sintaxis y

³³⁹ Folger P., Folger y Jones, Tricia S., “Nuevas direcciones en mediación”, Paidós, Mediación T, Buenos Aires - Barcelona - México, 1ª edición, 1997, p. 14.

semántica en cuanto a sus significados, cobra un especial papel y resulta trascendente en cuanto a su resultado final.

Por supuesto, la mediación comercial no resulta una excepción, sino lo contrario. En ella se refleja –especialmente– la anterior afirmación y, además, de un modo singular.

De inmediato expongo las especificidades más relevantes al respecto, a partir de las cuales el mediador especializado facilita la negociación entre los mediados.

6.1. La manera física y expresiva que utilizan los mediados ofrece más información crítica para el proceso de mediación que sus propias palabras

Para un mediador comercial entrenado y con suficiente experiencia práctica, no resulta complejo utilizar la técnica de la compatibilización del lenguaje de los mediados con el correspondiente mensaje implícito que este puede contener y emitir.

Ante todo, hay que tomar como base de análisis los códigos, significados y posibles interpretaciones, focalizando más en el cómo se dice que en el qué se dice.

Además de ser empleada la interpretación con base en la programación neurolingüística, el mediador debe tomar en consideración el efecto que desea provocar el emisor y el que provoca en el receptor en cuanto a la forma de decir de sus clientes.

Está claro que se produce una comunicación explícita, pero también una implícita, y esta segunda cargada de mensajes los cuales en muchas ocasiones son decisivos en el logro de los objetivos de la autocomposición que tiene la mediación como meta.

El descifrar estos mensajes, así como los significados de gestos, posturas, movimientos y expresiones faciales y corporales, resulta tanto objeto de estudio del mediador comercial como el propio conflicto de idéntica especie.

No olvidemos como otros factores de especial relevancia en el proceso de comunicación en mediación comercial, el espacio y el contexto. Estos forman parte indisoluble del significado de los mensajes y las reacciones que estos provocan.

6.2. El discurso de generalización y el de especificación

Es una regla, y, por tanto, las excepciones la confirman el que los mediados inmersos en una mediación comercial, ya sea si comenzamos con las entrevistas privadas o con sesión conjunta pero en su primer

contacto con el mediador, tienden a detallar y a ser lo más exactos posibles en sus argumentaciones, que tienden a intentar vencer y no a cooperar.

Ese nivel de diálogo, del que se extraerán algunos aspectos valorativos claves, el mediador capacitado lo tratará de mantener durante –al menos– gran parte del proceso.

Ello tiene la finalidad de declarar, con la mayor exactitud posible, las disputas singulares que conforman al conflicto en general, y también la de trabajar con ellas en la dirección de las menos controvertidas hacia las más distanciadoras buscando *engrasar* el mecanismo de cooperación.

Y esto no obsta para que en algún momento la expresión de alguno de los mediados, o de ambos inclusive, se torne generalizadora, usando los “siempre”, o los “nunca”.

Las generalizaciones en mediación comercial deben ser desintegradas en la primera oportunidad adecuada que vea el mediador, pues son puntos de inflexión en el lenguaje que demuestran cansancio, puntos finales y valoraciones de principios que conspiran contra la tranquila continuidad y efectividad procesal.

6.3. La interpretación de las percepciones

Los múltiples estudios realizados acerca del conflicto han demostrado cómo este tiende a ser generalizado en un momento inicial. Es lo que hemos dado en llamar la interpretación perceptiva inicial del conflicto por los mediados.

El mediador comercial, tomando esta como referencia, intentará demostrar a los mediados que en sus diálogos hay una alta carga de interpretación perceptiva. Es decir, que varias versiones sobre un mismo asunto son posibles, y, por tanto, un buen y efectivo paso inicial sería analizar la percepción que tiene cada cual del contenido expositivo expresado y del escuchado.

¿Para qué?

Pues para que la próxima fase del proceso comunicacional sea tender el puente entre los intervinientes en el mismo, y de esta manera dejar despejado el camino hacia la cooperación en la búsqueda de significados convenientes a sus necesidades.

A su vez, los significados acordados por los mediados, en futuras sesiones de trabajo serán puestos a disposición de todos, tanto de los mediados como del mediador, y de esta manera integrar las estrategias de solución del conflicto.

El mediador expondrá los significados acordados por los mediados en la forma en que más congruentes sean con las expresiones o mensajes

menos controversiales y de tendencia colaborativa en virtud de las verdaderas necesidades³⁴⁰ de los mediados.

Luego, tomará los resultados de este ejercicio como resorte motivante para provocar la aparición de alternativas de solución en los mediados.

Focalizando en sus alternativas, no quepa duda de que los mediados pasarán desde la fase de las generalizaciones a las particularizaciones con que comenzaron el proceso dialógico, pero esta vez detallarán lo que consideren negociable atendiendo a lo verdaderamente motivacional para ellos: sus necesidades esenciales.

6.4. El dominio del proceso dialógico cooperativo

“La mediación se centra en ciertas prácticas discursivas, más específicamente, en ciertas descripciones de la realidad que contienen, desde la perspectiva de al menos una de las partes, ciertas inequidades, a las que se incorporan los mediadores con su propio lenguaje de prácticas discursivas profesionales (lo que hacen los mediadores, de lo que hablaremos en los próximos días) destinadas a introducir cambios cualitativos en dichas prácticas, a saber, en las historias conflictivas que las partes aportan a la consulta. Debe quedar claro que por prácticas discursivas no nos referimos solamente al lenguaje hablado –extraverbal, y gestual/postural, y proxémico– sino al complejo entramado interpersonal del comportamiento social en contexto.

En última instancia, estamos implicando que el discurso, las prácticas sociales y las estructuras sociales son partes del mismo fenómeno. Esta afirmación trae consigo una visión crítica (y no absoluta) del conocimiento cotidiano, y una creencia en la especificidad histórica (y no la universalidad) de las categorías con que organizamos el mundo. Requiere, en resumen, la creencia constructorista social de que el conocimiento del mundo, la manera en que lo definimos y damos por sentado el cómo son las cosas y cómo deben serlo se sostiene a través de los procesos sociales”³⁴¹.

Las técnicas de escucha activa, parafraseo y empatía utilizadas por los mediadores comerciales deben ser preferentemente afianzadas y buscar su reflejo en los mediados en momentos oportunos del proceso de mediación para evitar que la argumentación tome el camino de la búsqueda de culpas y responsabilidades individualizadas.

³⁴⁰ Nótese que no nos referimos a “intereses”. Esto es debido a que nuestro criterio comparte la afirmación de Carlos Sluzki de que “el universo de los intereses de las personas se va construyendo todo el tiempo en los procesos interactivos con otras. De manera tal que no hay intereses a detectar sino más bien posibilidades de coconstrucción a explorar”. Sluzki, Carlos: Conferencia “Prácticas constructoristas”, Hotel Bauen, Buenos Aires, septiembre de 1997.

³⁴¹ Cobb, Sara y Sluzki, Carlos: Conferencia de 23 de septiembre de 1996, Cereneq, Buenos Aires, Entrenamiento en Mediación.

Algunos mediadores, en el intento de obtener la mayor cantidad y la mejor calidad de información, caen en la trampa de permitir que el proceso tome un curso argumentativo.

Es preciso recordar que estamos en presencia de una mediación, y no de un proceso judicial. La búsqueda de las causas por las cuales se originó el conflicto –sin dejar de ser objeto de análisis del mediador– no es el centro de atención de una efectiva mediación; todo lo contrario, esta se focalizará en las posibilidades potenciales futuras de la relación.

Por otro lado, la técnica argumentativa que desemboca en la conocida negociación distributiva³⁴² sí conduce a la preparación adecuada de los mediados para el logro del acuerdo final, pero solo hasta ese punto; es decir, el mediador comercial favorecerá el intercambio de argumentos siempre y cuando los mediados realicen sus exposiciones desde la perspectiva del reconocimiento y la legitimación del otro bajo la máxima “entrego y recibo”.

Al lograrse lo anterior, el proceso de mediación comercial estará listo para entrar en el momento de ajuste y maximización de aparición de oportunidades.

¿Qué quiere decir esto? Pues que es el preciso instante en que el mediador comercial debe facilitar la optimización de las estrategias de cada mediado al momento de entregar y recibir. Que lo que se entregue y se reciba tenga un vínculo directo con la satisfacción de sus verdaderas necesidades operativas futuras que dependan de su relación comercial. Es lo que llamamos la integración de las necesidades, a partir de la responsabilidad relacional compartida.

7. CONCLUSIONES

Queda claro que las distintas estrategias y tácticas asimilables a la mediación comercial no son excluyentes unas de otras, es más, son complementarias. La elección en cuanto a la utilización de cada una dependerá del conflicto en particular que se esté mediando, las características de los implicados, el contexto comercial en el que se desenvuelvan los mediados y las verdaderas necesidades que motiven a estos a intentar llegar a un acuerdo.

La tarea de la determinación de su efectividad le corresponde al mediador comercial, y ello presupone el estudio serio y sistémico del conflicto, los códigos de acceso comunicacional que declaran las diferentes culturas y los resortes motivacionales con que acudan los mediados al proceso y los que de una forma creativa estos mismos creen en su negociación asistida.

³⁴² “...la negociación distributiva es la búsqueda de ventajas a través del ajuste recíproco”. Lebow. R. N. “The Art of bargaining”. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

Hoy, cuando las aisladas transacciones comerciales están condenadas al fracaso, el mundo hace el intento de unirse de alguna forma, y lo hace a través del comercio internacional; el desarrollo de las estrategias y tácticas de los métodos que pueden componer sus inconsistencias propiciará que la referida unidad fluya en medio de relaciones más fortalecidas y entrenadas en el logro de sus objetivos, entendiendo los conflictos, más que como una amenaza, como una oportunidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

- COBB, Sara y SLUZKI, Carlos. "Conferencia de 23 de septiembre de 1996", Cerenec, Buenos Aires, Entrenamiento en Mediación.
- DONOHUE, William A. y BRESNAHAN, Mary I.: "Cuestiones comunicacionales de la Mediación en conflictos culturales", en "Nuevas direcciones en mediación", Paidós, Argentina, 1997.
- FOLGER P., Folger y JONES, Tricia S., "Nuevas direcciones en mediación", Paidós, Mediación T, Buenos Aires-Barcelona-México, 1ª edición, 1997.
- FOLGER, Joseph P y JONES, Tricia S: Idem, p.191. Acerca de la conceptualización de López y Espíritu, 1990.
- LEBOW. R. N. "The Art of bargaining". Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- LITTLEJHON, Stephen W, SHAILOR Jonathan y PEARCE, W Barnett, en su artículo: "La estructura profunda de la realidad en la Mediación", "Nuevas direcciones en Mediación", de Folger, Joseph P. y Tricia Jones como compiladora, Paidós, 1997.
- MNOOKIN, Robert B, "Why negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict", Ohio State Journal on Dispute Resolution 2, 1993.
- MULDON, Brian, "El corazón del conflicto", Paidós. España, 1ª edición 1998.
- POLLOK, Ellen Joan: "Arbitrator Finds Role Dwindling as Rivals Crow", Wall Street Journal, 28 de abril de 1993.
- RICHARD EVARTS, W; Greenstone, James L; Kirkpatrick, Gary J.; Leviton, Sharon C.: "Winning through accomodation", Kendall/Hunt Publishing Company, Dubuque, Iowa.
- SLUZKI, Carlos: Conferencia "Prácticas construccionistas", Hotel Bauen, Buenos Aires, septiembre de 1997.
- TAPIA, Gachi y DIEZ, Francisco: "Herramientas para trabajar en mediación", Paidós Mediación 9, 1ª edición, Argentina 1999.
- URY, William, Conferencia a mediadores, Buenos Aires, 1 de julio de 1998.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO ARBITRAL. UNA VISIÓN PANORÁMICA A LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

DR. ERNESTO SALCEDO VERDUGA³⁴³

Sumario: 1. Introducción, 2. Los árbitros tienen facultades jurisdiccionales, 3. Características y requisitos de las medidas cautelares, 4. Principales fuentes normativas que determinan el régimen de asistencia judicial a las medidas cautelares en el ámbito latinoamericano, 5. El órgano competente para ordenar medidas cautelares, 6. Ley aplicable al procedimiento arbitral, 7. Medidas cautelares a solicitar antes del inicio del arbitraje, 8. Medidas cautelares posteriores al inicio del proceso arbitral, pero antes de la constitución del Tribunal, 9. Medidas cautelares a adoptarse con posterioridad a la constitución del Tribunal, 10. Medidas posteriores a la expedición del laudo, 11. Las medidas cautelares en la ley de arbitraje del Ecuador, 12. Conclusiones y propuestas, 13. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos lustros, la importancia del arbitraje comercial como medio para la solución de diferendos económicos internacionales ha aumentado rápidamente y de manera significativa en todo el orbe. Esta expansión se debe sin duda a la globalización económica acompañada del incremento de los transportes internacionales y la transformación de las comunicaciones. Decisiva también en el surgimiento de esta importancia

³⁴³ Abogado, graduado en la Universidad de Guayaquil. Especializado en Derecho Procesal, Derecho Comercial y Derecho Arbitral. Árbitro y Mediador calificado del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Árbitro Internacional de la CIAC (Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional) asociado con la American Arbitration Association (AAA). Arbitro Internacional del Tribunal Internacional de Arbitraje del MERCOSUR-Ticamer. Docente de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en la cátedra de Derecho Procesal Civil y en la Especialización de Arbitraje en la Facultad de Jurisprudencia. Vicepresidente Ejecutivo Alterno del Estudio Jurídico Ortega Moreira & Ortega Trujillo de Guayaquil.

es la crisis del Poder Judicial que es un fenómeno universal en donde se destaca la insuficiencia e ineficacia del sistema estatal clásico de solución de controversias, a lo que se suma el avance tecnológico adquirido por la sociedad mundial que genera una gran especialización, a la que desafortunadamente no pueden acceder todos los jueces ordinarios por razones que no son necesarias señalar por no ser el objetivo de este trabajo. No menos importante como causa del crecimiento del arbitraje es el aumento en el número y complejidad de las transacciones internacionales. Al incrementarse el volumen del comercio internacional, como es previsible, también aumentan los problemas y disputas entre los operadores del sistema (empresas, productores, inversionistas, comerciantes, etc.).

La internacionalización del derecho; la aparición de nuevas formas de negociación y posibilidades de comercialización, en donde los negocios son difíciles, complejos y aleatorios, con diversas reglas que regulan los contratos internacionales; con tribunales ordinarios extranjeros que aplican leyes extranjeras, costumbres y prácticas desconocidas, son circunstancias –todas ellas– que a la postre permiten el surgimiento de graves inconvenientes que dificultan el arreglo definitivo de los conflictos. En una época así de continuo y acelerado progreso y de paralelos conflictos, se necesita de soluciones jurídicas que satisfagan a usuarios del comercio internacional cada vez más exigentes.

Las exigencias de obtener una justicia más rápida y al mismo tiempo más eficiente para solucionar los conflictos que se producen en las relaciones comerciales internacionales, han convertido al arbitraje en una institución que cada día adquiere mayor interés e importancia en el mundo entero y, obviamente, en los países latinoamericanos. Dentro de este contexto, diversas jurisdiccionales nacionales ofrecen en la actualidad un panorama altamente favorable al desarrollo del arbitraje nacional e internacional. Brasil, por ejemplo, a través del Acta de Arbitraje de 1996 (Ley 9397/96), introdujo cambios importantes en beneficio de su sistema arbitral; México en 1993 modificó su Código de Comercio incorporando la Ley Modelo de UNCITRAL (1985) tanto para el arbitraje interno como internacional. Como miembro del NAFTA se comprometió a utilizar las reglas de ICSID o de la Ley Modelo UNCITRAL como mecanismo de solución de disputas conforme a lo establecido en el Tratado; por su lado, los países miembros del PACTO ANDINO (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) han realizado notables avances en los últimos años, reformando sus respectivas legislaciones sobre arbitraje e impulsando el desarrollo de la institución; en el MERCOSUR, el arbitraje es el principal mecanismo de solución de disputas entre los países que lo integran. Otros Estados como Uruguay, Paraguay, Venezuela, Perú, Chile, Panamá, han efectuado también importantes reformas en su legislación arbitral que han permitido que el arbitraje se transforme en tales países en el método más confiable de solución de conflictos en el comercio nacional e internacional.

Ahora bien, en el arbitraje al igual que ocurre en la jurisdicción ordinaria se vuelve necesaria, en determinados casos, la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento que faciliten la conservación de los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este, evitando que el laudo que llegue a dictarse sea de imposible ejecución o que cause un daño irreparable. Estas medidas pueden ser requeridas ya sea durante el desarrollo del proceso, o ya una vez concluido este y encontrándose pendiente de ejecución el laudo, o ya, incluso, antes de que se inicie el proceso de arbitraje.

Pero el problema que plantean las medidas cautelares en el proceso arbitral radica en saber si los árbitros, al igual que los jueces de la justicia ordinaria, están facultados para ordenarlas y para ejecutarlas.

Para conocer la respuesta debemos analizar brevemente si los árbitros gozan o no de jurisdicción, entendida esta como la define el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada...”

2. LOS ÁRBITROS TIENEN FACULTADES JURISDICCIONALES

Desde el punto de vista doctrinario se entiende la jurisdicción como una expresión de la soberanía del Estado que a través de órganos especialmente instituidos (los tribunales de justicia) “por acto de juicio, determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”³⁴⁴.

La palabra jurisdicción procede de la frase romana *a jure dicendo*, y de un modo más concreto, de las voces *juris dictio*, que significa el acto público de declarar el derecho³⁴⁵.

Como enseña el conocido procesalista Hugo Alsina³⁴⁶, el concepto de jurisdicción o lo que es lo mismo, la potestad de administrar justicia, está constituido por diversos elementos, que son:

- La *notio*, o facultad de conocer la cuestión litigiosa;
- La *vocatio*, o facultad de convocar a las partes a comparecer a juicio;
- La *coertio*, o facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso;

³⁴⁴ Eduardo J. COUTURE: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, p. 27.

³⁴⁵ Juan Isaac LOVATO: “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Tomo 1, p. 227.

³⁴⁶ Hugo ALSINA: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. Ediar. Buenos Aires, 1957, T. II, p. 426, N° 6.

- La *iudicium*, o facultad de resolver definitivamente mediante la sentencia, el conflicto llevado a su conocimiento; y,
- La *executio*, o facultad de hacer cumplir las resoluciones definitivas, inclusive mediante el uso de la fuerza pública.

Otros expositores señalan más concretamente que los elementos de la jurisdicción son tres, la *notio*, la *decisio* y el *imperium*, esto es, que los jueces conocen, deciden y ejecutan lo juzgado³⁴⁷.

Ahora bien, para poder llevar a cabo la función de administrar justicia, existen cuatro poderes al servicio de la jurisdicción, que son: de decisión, ejecución, coerción y documentación³⁴⁸.

El poder de decisión es aquel que se manifiesta a través de las resoluciones expedidas por el juez. Mediante este poder el juez resuelve con fuerza obligatoria y vinculante el conflicto declarando si existe o no una voluntad de ley aplicable al caso, a través de la sentencia.

El poder de ejecución es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es, de cumplir y hacer cumplir todos los actos que permitan hacer efectivas las decisiones adoptadas. Este poder de ejecución llamado también de imperio es inherente, propio de la jurisdicción.

El poder de coerción es la facultad que tienen los jueces para remover los obstáculos que se presentan en la sustanciación del juicio, imponiendo sanciones a quienes se opongan al cumplimiento de su función de administrar justicia.

El poder de documentación o de instrumentación, consiste en que todas las providencias y decisiones del juez deben constar por escrito para que estos documentos hagan fe de lo ocurrido en el proceso. Permite, conferirle categoría de instrumento público a las actuaciones en las que interviene el órgano jurisdiccional y mantener la custodia de tales actuaciones.

Ahora bien, la jurisdicción está íntimamente vinculada al concepto de proceso. No puede haber jurisdicción sin proceso ni viceversa. Como enseña Jaime Guasp: "Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal. Dicha intervención se conoce (...) con el nombre de jurisdicción (...). Ambos conceptos son, pues correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro"³⁴⁹.

Siendo indiscutible la correlación entre proceso y jurisdicción, se hace menester anotar que la jurisdicción, esto es, la potestad de administrar

³⁴⁷ Mauro MIGUEL y ROMERO y Carlos De MIGUEL ALONSO: "Derecho Procesal Práctico, T. I, p. 50.

³⁴⁸ Juan Isaac LOVATO: "Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano". Segunda Edición. Tomo 1, pp. 310 y siguientes.

³⁴⁹ Jaime GUASP: "Derecho Procesal Civil", p. 109.

justicia, se ejerce durante el desarrollo del proceso en tres momentos diferentes:

- *En el momento cognoscitivo*, es decir, cuando el órgano jurisdiccional conoce de los hechos y de las pretensiones que presentan las partes en el proceso. Este momento comprende toda la sustanciación del proceso desde que se inicia con la demanda hasta cuando se encuentra en el estado de ser resuelto;
- *En el momento resolutivo*, cuando el órgano jurisdiccional produce la declaración de certeza (favorable o desfavorable) respecto del derecho invocado y que constituye la solución jurídica que el juez da al caso sometido a su decisión; y,
- *En el momento ejecutivo*, cuando el órgano jurisdiccional cumple y hace cumplir, inclusive por la fuerza, las obligaciones impuestas por sus decisiones o mandatos, cuando el obligado se niega a satisfacerlas voluntariamente.

Este último momento procesal nos permite advertir que no toda decisión jurisdiccional es ejecutable, sino en la medida en que el obligado cumpla o no voluntariamente el mandato contenido en la decisión judicial, lo cual, de ninguna manera significa que esta fase del proceso no forme parte de la función jurisdiccional, solo que el momento ejecutivo siempre será eventual.

Traslademos ahora los conceptos arriba expuestos sobre la jurisdicción en el proceso ordinario al campo del proceso arbitral, y examinemos, si los árbitros al igual que los jueces estatales ejercen o no jurisdicción.

Sin entrar en el análisis doctrinario de la naturaleza jurídica del arbitraje, soy un convencido de que más allá de cualquiera de las tesis académicas en que se ubique al arbitraje, los árbitros al igual que los jueces ordinarios administran justicia, es decir, ambos en el ejercicio de sus funciones –aplicando el sentido etimológico de la palabra jurisdicción– “dicen o declaran el derecho”, determinando a través de una sentencia o de un laudo, en su caso, la composición de un litigio³⁵⁰.

Debemos recordar que si bien el sometimiento al proceso arbitral tiene su origen en la voluntad o acuerdo de las partes, las facultades de los árbitros para decidir el fondo del asunto no emergen del pacto arbitral sino

³⁵⁰ “Etimológicamente –decía–, jurisdicción (*de juris dictio*) significa “decir el derecho”. Su primera y esencial función es lo que Calamandrei ha denominado la “declaración de certeza”. Se trata de declarar cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, quién tiene razón. Es lo que se realiza a través del llamado “proceso de conocimiento”, que es el medio por el cual la jurisdicción “dice el derecho”. Enrique VESCOVI: “Teoría General del Proceso”. Editorial TEMIS, 1984, p. 120.

de la ley³⁵¹. Por eso, aunque es verdad, conforme opina una gran parte de la doctrina, que los árbitros carecen de *coertio* y de *executio* –facultades de imperio que son propias del Estado e indelegables, carencia que les impide a los árbitros hacer cumplir lo que deciden– de todas maneras ejercen jurisdicción al declarar el derecho en un caso concreto precisando el mandato general y abstracto que la norma jurídica encierra, exactamente como lo hacen los jueces ordinarios³⁵².

“Esa declaración de certeza –como dice Jorge H. Zinny– tanto en el proceso arbitral cuanto en el jurisdiccional, se obtiene actuando el derecho objetivo, aun en el supuesto en que los árbitros resuelvan *ex aequo et bono*, esto es, subsumiendo el caso en la norma jurídica, lo que implica interpretarla y aplicarla. Esto significa que en uno y otro hay un momento cognoscitivo y un momento resolutorio o decisorio”³⁵³.

En el Ecuador, si bien se acepta de manera general que los árbitros carecen de *imperium*, esa conclusión no es absoluta, desde que la actuación arbitral tiene reconocimiento constitucional³⁵⁴ y legal³⁵⁵, y porque al acudir las partes al arbitraje, la ley autoriza que en el convenio arbitral ellas puedan prever la ejecución de medidas cautelares, sin que tenga el árbitro que recurrir a juez ordinario alguno, siempre y cuando “así lo estipularen en el convenio”³⁵⁶. ¿Qué otra mejor evidencia de la capacidad de imperio de los árbitros, al menos en mi país?

En definitiva, el arbitraje es una institución jurisdiccional que, al amparo de su reconocida constitucionalidad, goza de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal, toda vez que los ciudadanos pueden elegir libremente por someterse a una o a otra jurisdicción para obtener la

³⁵¹ “Desde que, en suma, los poderes decisorios de los árbitros emanan de la ley, poco importa que estos no actúen en función de soberanía ni que sus servicios sean remunerados por las partes en tanto la solución contraria no configura un elemento característico de la actividad jurisdiccional”, así se expresa Lino Enrique PALACIO: “Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, T. IX, p. 30.

³⁵² “Lo que (hace la ley) es autorizar la sustitución del juez profesional que en otro caso sería competente, por jueces no profesionales, designados por las mismas. Pero los árbitros no hacen en el caso que se les somete cosa distinta de lo que haría el juez profesional que hubiese intervenido de no existir el compromiso de someter la cuestión al juicio arbitral. Los árbitros constituyen un órgano jurisdiccional accidental, integrado por los jueces no profesionales, encargados de administrar justicia en un caso concreto”: José CASTILLO LARRAÑAGA y Rafael de PINA: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, año 1950, p. 54.

³⁵³ Jorge Horacio ZINNY: “Medidas cautelares en el arbitraje”. Artículo publicado en *Revista de Derecho Procesal*, Tomo 1, “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 255.

³⁵⁴ “... Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”: artículo 191, segundo inciso, de la Constitución Política de la República.

³⁵⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial N° 145, del 4 de septiembre de 1997.

³⁵⁶ Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

justa satisfacción de sus pretensiones, por lo que –dentro de esa óptica– los órganos arbitrales –al igual que los órganos jurisdiccionales del Estado– pueden adoptar y en algunos casos ejecutar ellos mismos, sin la asistencia judicial, medidas cautelares respecto de un proceso sometido a su conocimiento con el fin de garantizar sus resultados.

Como dice Zinny –con cuya opinión coincido: “El arbitraje es un método de heterocomposición para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses respecto de los cuales las partes tienen la libre disponibilidad, prevista –y en algunos casos, impuesta– por la ley, por lo que la facultad de los árbitros para decidir emerge de la norma y no de la voluntad de las partes. Ellos actúan en el carácter de terceros imparciales y, por lo tanto, no están sujetos a instrucciones de las partes en orden al contenido del laudo. Además, el pronunciamiento de los árbitros se dicta actuando el derecho, esto es, aplicando la ley al caso concreto, con lo que tiene el carácter de “definitivo”, en el sentido de que “define” el derecho de las partes, y también en el sentido de que soluciona el conflicto que le dio origen, concluyendo para siempre el debate. Por ello, el laudo no es un mero dictamen sino una decisión cuyo cumplimiento resulta obligatorio para las partes. Teniendo en cuenta las características apuntadas, puede concluirse válidamente que los árbitros ejercen jurisdicción”.

Sosteniendo la tesis de que son equivalentes el proceso arbitral y el proceso judicial –pues en ambos se invocan los mismos principios de bilateralidad, audiencia, contradicción e igualdad entre las partes– resulta por demás lógico que ambos procesos orientados bajo el mismo propósito de dictar una justicia eficaz, puedan utilizar –para conseguir esta finalidad– de las mismas medidas de aseguramiento y puedan los árbitros valerse de los jueces estatales para que las medidas por ellos dictadas sean cumplidas en beneficio de una tutela judicial efectiva.

Porque en efecto, la ausencia de *imperium* en las facultades de los árbitros los obliga en la mayoría de las ocasiones a acudir a la justicia ordinaria para que se cumplan sus mandatos. Este hecho innegable solo revela la necesidad de que exista y se mantenga una íntima vinculación y cooperación entre los jueces de la justicia ordinaria y los árbitros de la justicia privada para que el complejo tema de las medidas cautelares se haga efectivo en la práctica con la consecuente seguridad jurídica que ello importa, medidas cautelares que son todavía más importantes en el ámbito de las transacciones internacionales toda vez que en este campo es donde más se reclaman resoluciones rápidas y económicas a las diferencias o conflictos que de tales transacciones pudiesen surgir.

3. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

No cabe duda de que al litigante le interesa la efectividad del proceso que instaura, buscando que el juez o el árbitro actúen de manera efectiva y

oportuna para dar seguridad jurídica y material a los efectos que han de producir sus resoluciones. Puede ocurrir y de hecho, en la práctica así sucede, que a medida que avanza lentamente el proceso desaparezcan o se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas con las que se inició la causa, volviendo así ilusorias o ineficaces las resoluciones judiciales o arbitrales en principio destinadas a esclarecer y dilucidar el conflicto. En la eficacia de los procesos, no solamente existe el interés de los litigantes sino también el interés público, porque el cumplimiento de las sentencias y laudos contribuye a asegurar la autoridad de la justicia y se convierte en garantía de la paz ciudadana, que es parte de la razón de ser del Estado democrático.

La innegable lentitud en el desarrollo de los procesos que afecta también a los juicios arbitrales, impone la necesidad de expedir resoluciones preventivas o cautelares como un remedio contra esa lentitud y para mantener las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, de modo que el pronunciamiento del laudo o de la sentencia, puedan satisfacer efectivamente la pretensión incoada y que su cumplimiento sea factible y de interés para el justiciable³⁵⁷.

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes, simultáneamente con la presentación de la demanda, o durante el desarrollo del proceso.

Tres son los presupuestos para la admisibilidad de las medidas cautelares: 1) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal (*fumus bonis iuris*); 2) El peligro inminente y fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo por la demora en la sustanciación del proceso (*periculum in mora*); y, 3) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo para garantizar los perjuicios que se pudieran causar al demandado si el derecho del solicitante de la medida le es finalmente negado³⁵⁸.

³⁵⁷ “Las medidas cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosa lentitud del proceso. Como se ha dicho acertadamente, responde al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacerlas bien. Siendo la dimensión temporal inmanente al propio concepto del proceso, debe encontrarse una solución que garantice que el objeto litigioso permanecerá inalterado durante toda la pendency del mismo, y que, en definitiva, la sentencia que se dicte será una sentencia eficaz, por proyectarse sobre la misma realidad económica existente a la iniciación del proceso. Las medidas cautelares tienden esencialmente a garantizar la eficacia de la sentencia mediante una anticipación limitada de los efectos normalmente derivados de las ejecuciones”. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “Las medidas cautelares en el proceso civil”, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974, p. 5.

³⁵⁸ PODETTI, Ramiro J.: “Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa”. Rev. de Derecho Procesal, Año I, N° 1, primer trimestre, 1943. Dice el autor que los presupuestos de las medidas cautelares son: a) invocación de la existencia de un derecho material y su justificación prima facie; b) Inminencia del peligro; c) Otorgamiento de contracautela suficiente para garantizar al demandado el resarcimiento de los daños que la medida pudiera ocasionarle si fue pedida sin derecho.

Por tanto, el otorgamiento de una medida cautelar solo requiere que se demuestre la simple apariencia o verosimilitud del derecho invocado, condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora, esto es, la posibilidad de que en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio inminente que transforme en tardío o inocuo el reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Finalmente, el otorgamiento de la contracautela por parte del solicitante de la medida asegura la efectividad del resarcimiento de los posibles daños contra el demandado si la medida fue pedida sin sustento jurídico.

Las medidas cautelares se caracterizan, a su vez, por tener las siguientes peculiaridades: su instrumentalidad, provisionalidad y flexibilidad.

Son instrumentales, por cuanto en ningún caso constituyen un fin en sí mismo, sino que se encuentran subordinadas a un proceso principal del cual dependen, con el propósito de asegurar el cumplimiento de la sentencia que debe dictarse en aquel.

Son provisionales, porque subsisten hasta que la sentencia definitiva adquiera firmeza y mientras duren las circunstancias que las determinaron. Las cautelas tienen una vida limitada: permanecen desde el momento en que son decretadas hasta que se dicta el fallo definitivo.

Son flexibles o mutables, porque pueden ser modificadas, esto es, ampliadas, mejoradas, reducidas o sustituidas; es decir, las cautelas decretadas inicialmente no necesariamente son conservadas en toda su integridad hasta que se dicte la sentencia definitiva, ya que, por ejemplo, el demandante puede pedir que se la sustituya por otra que sí cumpla debidamente su función de garantía de los resultados del proceso; y, a su vez, el afectado, puede pedir que se la reduzca por ser exagerada, etc.

Por regla general las medidas cautelares están sometidas a un plazo de caducidad si dentro de un determinado periodo de tiempo después de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal. El fundamento de la caducidad de las medidas cautelares es la de evitar que una de las partes pueda abusar de su derecho presionando a la otra con una medida cautelar previa sin darle la oportunidad de entrar en el litigio principal, al mismo tiempo que impide que se mantenga indefinidamente una medida que puede causar graves perjuicios a la parte afectada.

Las medidas cautelares se decretan a pedido de parte interesada y sin escuchar previamente al afectado con ellas (*inaudita parte*), para evitar que se frustre su finalidad. Ello no impide, sin embargo, que una vez ordenadas y ejecutadas, las medidas sean puestas en conocimiento del afectado y puedan ser impugnadas por este.

La doctrina las clasifica en tres grandes categorías que tienen que ver con la materia sobre la cual versan: cosas, pruebas y personas, y con la

finalidad que persiguen. De acuerdo con este criterio y siguiendo a Palacio³⁵⁹, se clasifican en:

- Medidas para asegurar bienes, distinguiendo entre estas las que tienden a asegurar la ejecución forzosa (embargo, secuestro), de las que persiguen mantener un *statu quo* respecto de bienes o cosas.
- Medidas para asegurar elementos de prueba.
- Medidas para asegurar personas, que pueden tener por objeto la guarda provisional de aquellas o la satisfacción de sus necesidades urgentes.

4. PRINCIPALES FUENTES NORMATIVAS QUE DETERMINAN EL RÉGIMEN DE ASISTENCIA JUDICIAL A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO

A continuación mencionaremos los más importantes documentos convencionales internacionales y/o regionales que tienen incidencia sobre la temática de las medidas cautelares entre los diversos países del área latinoamericana.

A nivel de instrumentos convencionales contamos con el Tratado de Asunción para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR) suscrito en 1991. En orden cronológico, tenemos a continuación el Protocolo de Brasilia para las soluciones de controversias entre los Estados miembros del MERCOSUR, suscrito en 1991; luego, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1991, de Las Leñas (con incidencia en el ámbito de los países miembros del MERCOSUR); el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 y el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción de 1994, ambos convenios relacionados y vinculados al MERCOSUR.

Luego tenemos el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual, vigente para Argentina, Paraguay y Uruguay; y el Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, aprobado en Montevideo en 1997.

En cuanto a los instrumentos regionales, debemos considerar las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que en relación al tema que nos ocupa, merecen destacarse: la Convención Interamericana de 1975 sobre Cartas Rogatorias (ratificada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Esta-

³⁵⁹ PALACIO, Lino Enrique: "Manual de Derecho Procesal Civil". Cuarta Edición, Tomo II, Abeledo-Perrot, p. 275.

dos Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. España se ha adherido); la CIDIP II Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979; y la CIDIP III firmada en La Paz en 1984 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre la competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera.

También es importante recordar la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá 1975) y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales (CIDIP II, Montevideo 1979), que son documentos internacionales de gran importancia para la necesaria fluidez de la asistencia judicial internacional.

Asimismo es preciso mencionar a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y de 1940 (ambos suscritos por Argentina, Paraguay y Uruguay. Por su parte, Bolivia, solo ratificó el Tratado de 1889, por lo que para este país solo rige este instrumento en materia de auxilio cautelar judicial, pues no ha ratificado instrumentos internacionales posteriores sobre el tema). Necesario se hace señalar también que existe el Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 (ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay) que tiene suma importancia en materia de embargo de buques.

La posibilidad de que la cuestión de la asistencia judicial internacional a las medidas cautelares pueda estar regida por dos o más tratados internacionales distintos, no ocasiona problema alguno siempre que dichos instrumentos resulten compatibles entre sí, situación que a su vez se encuentra prevista por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En todo caso, en lo que tiene que ver con este tema, la existencia de normativas regionales propias no impiden la aplicación de otros tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos entre los países interesados, de manera especial las Convenciones de CIDIP, pues con mucho criterio se considera que la cooperación judicial internacional tiene su fundamento en la necesidad de las naciones de no desvincularse ni aislarse de las demás, por lo que el auxilio judicial ha llegado a convertirse en una verdadera obligación para el Estado requerido.

5. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA ORDENAR MEDIDAS CAUTELARES

En lo que respecta al órgano competente para disponer medidas de conservación en apoyo de un procedimiento arbitral, los sistemas nacionales e institucionales de arbitraje de Latinoamérica admiten algunas posibilidades que van desde la atribución de una competencia exclusiva a los jueces ordinarios –excluyendo a los árbitros– pasando por la división de poderes entre unos y otros (ora sea en función de la clase de medida solicitada, ora en atención al momento procesal en el que la cautela se

pide) hasta llegar a la que se conoce como teoría de los poderes concurrentes de jueces y árbitros, que es la solución adoptada por la mayoría de los sistemas arbitrales internacionales.

De acuerdo con esta teoría, la parte interesada en obtener una medida cautelar podrá interponer la solicitud en tal sentido, de manera indistinta, ya sea ante los jueces ordinarios o ante los árbitros, asumiendo el riesgo de acogerse al órgano que crea que mejor salvaguarde sus intereses. No obstante, valga decir que esta competencia concurrente de jueces y árbitros solo procede a partir del momento en que el Tribunal de Arbitraje se ha constituido, puesto que antes no existe ningún órgano arbitral que pueda tramitar la solicitud.

Aunque muchas legislaciones guardan silencio sobre la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, en otras se establece expresamente esta competencia³⁶⁰. Por ejemplo, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), vigente desde el 1 de noviembre de 1996, establece en su artículo 26:

1. “A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal Arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.
3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como una renuncia a ese convenio”.

La transcrita disposición está tomada prácticamente de manera textual del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), aprobado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976³⁶¹.

³⁶⁰ Algunas legislaciones como las de Argentina y Uruguay, entienden que los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio* y, por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar sus propios fallos definitivos, lo que en ambos casos son derivados al juez estatal.

³⁶¹ El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, dispone: “art. 26: Medidas Provisionales de Protección. 1. A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal Arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos. 2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en

Por su lado, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Asamblea General en 1985, dispone:

“Artículo 17: Facultad del Tribunal Arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares que el Tribunal estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal Arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

Entre las leyes internas que regulan la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, tenemos por ejemplo:

La Ley de Arbitraje de Colombia (Decreto N° 2.279 de 1989), que en su artículo 32 determina que en el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, los árbitros –al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso– pueden decretar medidas cautelares con sujeción a determinadas reglas que se consignan en la misma disposición.

La Ley General de Arbitraje de Perú de 1995, N° 26.572, en su artículo 81, dispone:

“En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo”.

Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. Según el artículo 89 de la misma Ley, estas disposiciones se aplican supletoriamente al arbitraje internacional, si no existe regulación por tratados internacionales vigentes.

un laudo provisional. El Tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas. 3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje, ni como una renuncia a ese acuerdo”.

La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia N° 1.770, dice, en su artículo 35:

“Salvo acuerdo en contrario de partes y a petición de una de ellas, el Tribunal Arbitral podrá ordenar las medidas precautorias que estime necesarias, respecto del objeto de la controversia”.

“El Tribunal Arbitral podrá exigir a la parte que solicite la medida precautoria una contracautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada”.

Según el artículo 36 de la misma Ley, para la ejecución de medidas precautorias, producción de pruebas o cumplimiento de medidas compulsorias, el Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes podrá disponer o pedir, respectivamente, el auxilio de la autoridad judicial competente del lugar donde deba ejecutarse la medida o practicarse una diligencia dispuesta por el Tribunal Arbitral.

La Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, dice:

“Artículo 26: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”.

6. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El arbitraje se configura, de principio a fin, como una institución basada en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que el procedimiento arbitral se rige por las normas pactadas por las partes que, por norma general, se refieren al reglamento de alguna institución que administra el arbitraje. Si las partes no han convenido en dichas normas, y en aquello que no estuviere previsto en el Reglamento de la institución, el procedimiento arbitral se rige por la ley del Estado donde se lleva a cabo el arbitraje. Consecuentemente, la ley de arbitraje del lugar de la sede del arbitraje es la que determinará qué clase de medidas cautelares podrán ordenar los árbitros.

Por cierto que el hecho de que los árbitros tengan competencia en materia cautelar de igual forma que los jueces, no significa necesariamente que las medidas de protección dictadas por los árbitros vayan a hacerse efectivas en caso de incumplimiento de la parte afectada. Esta circunstancia depende de lo que determinen tanto la ley del lugar donde deba hacerse efectiva la cautela, como en la ley aplicable al procedimiento arbitral.

Desde esta óptica, se hace necesario realizar una distinción entre el aspecto declarativo y el ejecutivo de las medidas cautelares. Así, si bien es

verdad que el poder de ejecución recae de forma exclusiva en los jueces y tribunales ordinarios, no es menos cierto que los árbitros tienen facultad para ordenar y determinar la clase de medida cautelar a ejecutarse y, aunque en caso de incumplimiento por el sujeto pasivo se tenga que recurrir por lo general a los jueces estatales, ya hemos visto que en algunas legislaciones, las pueden ejecutar ellos mismos sin acudir a la asistencia judicial.

La posibilidad de que se hagan efectivas las medidas cautelares depende, en la mayoría de las veces, de la rapidez del procedimiento de ejecución y del desconocimiento de la medida, de la parte contra la que se va a proceder (*inaudita parte*), porque de lo contrario, el sujeto pasivo podría impedir el cumplimiento de la medida mediante la transferencia a una tercera persona, de los fondos o bienes sobre los que la medida recaerá.

Aunque son principios básicos del debido proceso, ya sea arbitral o judicial, la audiencia, contradicción e igualdad de las partes, que obligan a que estas sean oídas en todas las fases del procedimiento, no cabe duda que oír a la parte contra la que se dirige la medida cautelar –antes de llevarla cabo– podría burlar uno de sus efectos más importantes como es el de la sorpresa de su ejecución. Por eso, la doctrina estima de manera unánime que la adopción de una medida cautelar *inaudita parte* por un Tribunal de Arbitraje no contradice ni vulnera tales principios, siempre que, el sujeto pasivo tenga el derecho de ser oído a posteriori, para oponerse a la medida o para pedir al Tribunal que reconsidere su decisión.

La efectividad de la medida cautelar también está condicionada a que se reconozca la competencia del Tribunal Arbitral que la dicta y que el mandato del árbitro que la dispone sea calificado de título ejecutivo por la ley del lugar donde deba hacerse efectiva y en la ley aplicable al procedimiento arbitral, porque en caso contrario, será sumamente difícil obtener su cumplimiento. De poco serviría que las partes o la ley hubieran autorizado a los árbitros a ordenar medidas cautelares si la ley aplicable al procedimiento o la ley del lugar de ejecución de la medida no reconociera la competencia de tales órganos o no calificara el mandato arbitral como título ejecutivo, lo cual significaría la ineficacia de la medida dispuesta y, en definitiva, de la decisión final, pues la tutela cautelar tiene como finalidad última su aseguramiento.

7. MEDIDAS CAUTELARES A SOLICITAR ANTES DEL INICIO DEL ARBITRAJE

Si una de las partes necesita solicitar medidas de protección antes de que el procedimiento arbitral se inicie, esto es, antes de que se haya hecho conocer a la entidad administradora la voluntad de acudir al arbitraje, la parte deberá acudir irremediabilmente a los jueces ordinarios, sin que esto signifique renuncia al arbitraje.

Por ejemplo, la Ley General de Arbitraje del Perú N° 26.572, de 1995 establece en su artículo 79 que “las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él”.

El inciso final del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador sostiene la misma tesis: “Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”.

8. MEDIDAS CAUTELARES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO ARBITRAL, PERO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Este periodo del proceso arbitral que se desarrolla ante un organismo o centro administrador del arbitraje antes de que se constituya el Tribunal, no ha sido considerado ni por los reglamentos de arbitraje, ni por ley alguna, ni tampoco por la doctrina. Cierta corriente doctrinaria sugiere la posibilidad de que la entidad administradora pueda ser autorizada a ordenar medidas provisionales, ya sea a través de sus órganos ejecutivos o delegándolo en la sección o comité nacional del país donde las medidas deben hacerse efectivas³⁶². Esta posibilidad solo sería factible en el arbitraje institucionalizado y no en el arbitraje ad hoc.

9. MEDIDAS CAUTELARES A ADOPTARSE CON POSTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Una vez constituido el Tribunal de Arbitraje, las medidas cautelares deben ser decretadas exclusivamente por los árbitros, sin perjuicio de que se requiera la asistencia judicial si fuere necesaria la coerción para hacerlas efectivas.

Algunas legislaciones atribuyen competencia exclusiva a los árbitros para dictar las medidas cautelares como lo hace la Ley de Perú (art. 81); otras otorgan competencia excepcional a los tribunales nacionales; y otros establecen directamente la competencia de los jueces estatales, excluyendo a los árbitros (art. 22.4 de la Ley de Brasil). En Ecuador, los árbitros ejecutan las medidas cautelares que ellos mismas decretan sin tener que solicitar el auxilio judicial, siempre que las partes así lo hayan estipulado en el convenio arbitral (art. 9).

³⁶² Propuesta formulada por H.R. ZAPIOLA PÉREZ, Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial -CIAC-OEA. Citado por María Blanca NOODT TAQUELA, en el artículo “Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional en el MERCOSUR”, publicado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1997.

10. MEDIDAS POSTERIORES A LA EXPEDICIÓN DEL LAUDO

Una vez expedido el laudo y agotados los recursos legales que la ley prevea, termina la competencia de los árbitros, por lo que, por esta razón, se verán impedidos de dictar medidas cautelares o cualquier otra resolución. En el caso de que el laudo no sea cumplido voluntariamente, serán las autoridades judiciales las encargadas de hacerlo cumplir, adoptando las medidas cautelares que se estimen apropiadas para tal finalidad.

La Convención de Nueva York de 1958 prevé esta posibilidad, pero limitada al caso de anulación o suspensión del laudo (art. VI). La Convención de Panamá contempla una regla idéntica (art. 6).

11. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ARBITRAJE DEL ECUADOR

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, señala:

Medidas cautelares:

“Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materiales del proceso o para garantizar el resultado de este. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de esta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, como en muchas otras legislaciones procesales, sigue un esquema *numerous clausus* para determinar las medidas cautelares que pueden ordenar los jueces estatales, esto quiere decir, que los jueces no pueden disponer sino aquellas medidas de protección taxativamente señaladas por la ley. A veces ocurre que una de

las partes puede tener derecho a obtener una cautela judicial, pero en la práctica, la limitación impuesta por la ley, le impide gozar de una verdadera protección.

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en cambio, concede en forma expresa a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, pero no solamente las previstas en el Código de Procedimiento Civil, sino también aquellas que consideren necesarias para en cada caso, asegurar los bienes materia del proceso o el resultado de este.

En tal sentido, los árbitros pueden expedir:

- Medidas provisionales dirigidas a preservar el estado de cosas hasta el momento que se dicte el laudo. Por ejemplo, que continúe ejecutándose el contrato en que el supuesto incumplimiento de una de las partes ha motivado que la otra demande su resolución.
- Medidas dirigidas a asegurar la posterior ejecución del laudo. En este grupo se pueden incluir los embargos provisionales de bienes o cualquier otra orden cuya finalidad sea la conservación del patrimonio del deudor³⁶³.

La Ley ecuatoriana también reconoce la existencia de la contracautela, con la que se busca conseguir que, quien solicita una medida cautelar, garantice de manera previa el cobro de la indemnización de perjuicios a que tendría derecho la parte contraria si la medida cautelar resulta infundada o es rechazada por carecer de sustento jurídico.

Los árbitros en el Ecuador están facultados para expedir medidas cautelares, sin que sea necesario que las partes los hayan facultado expresamente en el Convenio Arbitral, esta es una facultad que va implícita en su propia condición de árbitros, aunque por supuesto, la voluntad de las partes puede suprimir dicha facultad.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, previo acuerdo de las partes, pueden ejecutar las medidas provisionales que ordenen, es decir, les confiere imperium, aunque limitado por la voluntad de las partes. Esto significa que podrán solicitar disponer el cumplimiento de la medida sin tener que acudir al auxilio de los jueces. Si en cambio, no existe tal acuerdo de las partes, la ejecución de las medidas cautelares, deberá hacerse necesariamente con la ayuda de los jueces ordinarios.

Los jueces ordinarios en el Ecuador no están autorizados para volver a analizar el fondo de la cuestión ya resuelta por los árbitros, es decir, no tienen facultad para cuestionar las medidas ordenadas por los árbitros y deben limitarse a cumplirlas o ejecutarlas, si es que son competentes, dentro del territorio nacional.

³⁶³ CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo: "Medidas cautelares en el arbitraje". Ponencia del Primer Congreso Nacional de Arbitraje, 5 y 6 de junio de 2000- Guayaquil, Ecuador.

En cuanto a la ejecución de medidas cautelares ordenadas en arbitrajes internacionales, el art. 42 de la Ley de Arbitraje establece que los laudos internacionales tienen los mismos efectos y son ejecutables en la misma forma que los dictados en un arbitraje interno. Como en materia de arbitraje internacional, las medidas cautelares se expiden mediante laudos provisionales, nada impide que, debido a la equiparación que hace la ley ecuatoriana entre laudos nacionales e internacionales, se les aplique a las medidas cautelares las mismas reglas que para la ejecución de laudos internacionales, esto es, sin ni siquiera exigir el exequátur al que se refiere la Convención de Nueva York.

Cosa distinta es tratándose de laudos provisionales extranjeros, pues la Ley ecuatoriana no abarca la ejecución de laudos extranjeros sino solamente los laudos expedidos en arbitrajes internacionales. En estos casos, sí se hace necesaria la ejecución de la medida cautelar con la obtención previa del exequátur contemplado por el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, requiriendo además el cumplimiento de los requisitos establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador y que la decisión del tribunal extranjero no contradiga el derecho público ecuatoriano.

Por otro lado, en el Ecuador la ejecución de medidas cautelares dispuestas en arbitrajes internacionales se topan con un inconveniente. Al tenor del artículo 15 de nuestro Código Civil “los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación”. De conformidad con esta disposición, a veces, nuestros tribunales han interpretado que las medidas cautelares dispuestas por un Tribunal Judicial o Arbitral extranjero, son contrarias a la jurisdicción nacional, pues se refieren a bienes situados en territorio nacional, bienes que, según el invocado artículo 15 del Código Civil, están sujetos a la Ley ecuatoriana, esto es, a la jurisdicción de los tribunales del país. Igual cosa sucede en Chile, cuyo artículo 16 del Código Civil es exactamente igual al del Ecuador.

Guzmán Latorre, tratadista de Derecho Internacional Privado, criticando una sentencia de la Corte Suprema de Chile que se pronunció en el sentido de que el art. 16 del Código Civil de Chile impide que se cumpla una orden de un tribunal extranjero para la ejecución de bienes del deudor ubicados en territorio chileno, dice: “Si es un principio de derecho que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros (art. 2465 del Código Civil), constituyendo sobre ellos un derecho de prenda general a favor de sus acreedores, y si la Ley chilena no establece restricción alguna tratándose de las obligaciones contraídas en país extranjero –al contrario, reconoce expresamente la eficacia de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados en país extraño sobre bienes situados en Chile (art. 16, inciso 2º del Código Civil)–, es necesario concluir que el precepto comentado no puede ser obstáculo para otorgar el

exequátur a una sentencia extranjera que se refiera a bienes situados en Chile”³⁶⁴.

En concordancia con la cita anterior, en el Ecuador se entiende el artículo 15 de nuestro Código Civil como la aplicación del principio *lex loci rei sitae*, esto es, los bienes situados en el Ecuador se rigen por la Ley ecuatoriana, pero ello no debe constituir un obstáculo para ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales o arbitrales extranjeros o internacionales respecto de dichos bienes, tanto más cuanto que el Ecuador ha suscrito la “Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras” del año 1958, y la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” del año 1975, ambas ratificadas por el Ecuador, en cuya virtud, mi país se obliga a dar reconocimiento y ejecución a las sentencias o laudos arbitrales expedidos por tribunales arbitrales extranjeros siempre que cumplan con los requisitos que las referidas Convenciones señalan y con las exigencias de la Ley ecuatoriana.

12. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Las medidas cautelares se adoptan, en la mayoría de las legislaciones, con el propósito de asegurar los bienes objeto del litigio o para garantizar el resultado económico del proceso. Otras leyes también las permiten con finalidades adicionales diversas, por ejemplo, para asegurar los medios de prueba, o para mantener la situación de hecho o jurídica que existían al momento de presentación de la demanda.
2. Las medidas cautelares son soluciones jurisdiccionales instrumentales, provisionales y flexibles, que se estiman procedentes dentro de las facultades que la ley y las partes establecen para los árbitros siempre y cuando se demuestre la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal (*fumus bonis iuris*); y el peligro inminente y fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo por la demora en la sustanciación del proceso (*periculum in mora*).
3. El mayor beneficio de las medidas cautelares estriba en que permiten una protección eficaz ante eventuales conductas de la parte pasiva que pudieran afectar las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano de justicia arbitral, lo que garantiza que no se vuelvan ilusorias las resoluciones jurisdiccionales destinadas a restablecer la observancia del Derecho.
4. Sería deseable que todas las legislaciones arbitrales latinoamericanas confieran plenas y amplias facultades a los tribunales de arbitraje para ordenar toda clase de medidas precautorias y ejecutarlas sin necesidad

³⁶⁴ GUZMÁN LATORRE, Diego: “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 511

de acudir a la asistencia judicial, al estilo del ejemplo que da la Ley de Arbitraje del Ecuador.

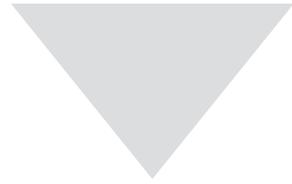
5. La jurisprudencia y la doctrina de países como Brasil y Argentina han provocado el surgimiento de ciertas instituciones que aunque no son propiamente medidas precautorias, no obstante se las invoca para obtener la protección jurisdiccional de los derechos, al no existir otra vía procesal más eficaz. Tales instituciones son la llamada “*cautela satisfactiva*”, y la “*medida autosatisfactiva*”, que se caracterizan por constituir un proceso urgente, no instrumental como las medidas cautelares propiamente dichas. A ellas se agrega la llamada “*tutela anticipatoria*”, que se caracteriza por no tener como objetivo garantizar el resultado del proceso –como las medidas cautelares– sino que se orienta a la satisfacción urgente, inmediata –total o parcial– de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pudiera derivar un grave perjuicio irreparable. Interesante sería que se incorporase a todas las legislaciones latinoamericanas, judiciales y arbitrales, dichas medidas satisfactivas, considerando como dice Morello, la insuficiencia del esquema cautelar clásico y la necesidad de que la doctrina se haga cargo y suministre fundamentos más congruentes a fenómenos que continúan alojándose en la esfera indiscriminada del aseguramiento cautelar³⁶⁵.
6. Se sugiere un manejo ponderado de las contra cautelas exigibles, llegando incluso a poder eliminarlas en ciertos casos en que se vuelva de imposible cumplimiento, por el exagerado monto económico o por el tipo de intereses o bienes en juego (por ejemplo, cuando se trata de pensiones alimenticias).
7. Interesante sería que se analice la posibilidad de que los centros de arbitraje o entidades administradoras de arbitraje puedan tener la facultad de decretar medidas cautelares cuando todavía no se constituye el Tribunal de Arbitraje.
8. Debería regularse internacionalmente la obligación de los jueces estatales de disponer la ejecución de las medidas cautelares dispuestas por los árbitros, sin más acreditación que la evidencia de dicha orden legalmente dictada.
9. En el Ecuador, el mayor problema en la práctica de las medidas cautelares radica en que los árbitros no aplican con fluidez y conocimiento apropiados la potestad de decretar toda suerte de medidas cautelares o de protección de los derechos en litigio, sino que se limitan a dictar solamente las medidas puntualmente determinadas por el Código de Procedimiento Civil. Esta situación debería cambiar rotundamente

³⁶⁵ MORELLO, Augusto M.: “La cautela material”. Citado por Mabel DE LOS SANTOS, en el artículo “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar”. Revista de Derecho Procesal. Tomo, “Medidas Cautelares. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 33.

cuando los árbitros se convenzan de que pueden ejercer tal facultad de manera efectiva, aunque de forma ponderada.

13. BIBLIOGRAFÍA

- COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil".
- LOVATO, Juan Isaac. "Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Tomo I.
- ALSINA, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar. Buenos Aires, 1957, T. II.
- MIGUEL Y ROMERO, Mauro y De MIGUEL ALONSO, Carlos. "Derecho Procesal Práctico, T. I.
- GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil".
- VESCOVI, Enrique. "Teoría General del Proceso". Editorial TEMIS, año 1984.
- PALACIO, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, T. IX., y "Manual de Derecho Procesal Civil". Cuarta Edición, Tomo II, Abeledo-Perrot.
- CASTILLO LARRAÑAGA, José y De PINA, Rafael. "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, año 1950.
- ZINNY, Jorge Horacio. "Medidas cautelares en el arbitraje". Artículo publicado en "Revista de Derecho Procesal", Tomo I, "Medidas Cautelares". Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial N° 145, del 4 de septiembre de 1997.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "Las medidas cautelares en el proceso civil", Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974.
- PODETTI, Ramiro J. "Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa". Re. de Derecho Procesal, año I, N° 1, primer trimestre, 1943.
- Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.
- H.R. ZAPIOLA PÉREZ, Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC-OEA. Citado por María Blanca NOODT TAQUELA, en el artículo "Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional en el MERCOSUR", publicado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1997.
- CARMIGNIANI VALENCIA, Eduardo. "Medidas cautelares en el arbitraje". Ponencia del Primer Congreso Nacional de Arbitraje, 5 y 6 de junio de 2000- Guayaquil, Ecuador.
- GUZMÁN LATORRE, Diego. "Tratado de Derecho Internacional Privado". Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 511.



CAPÍTULO 14

INTERNATIONAL COMMERCIAL NEGOTIATION AND ARBITRATION³⁶⁶

JOSEPH L. DALY³⁶⁷

Summary: 1. Introduction, 2. Negotiation necessities, 3. Stages of negotiation, 4. Transnational and cross cultural negotiations, 5. Arbitration of international disputes, 6. Conclusions.

1. INTRODUCTION

With the growth of the global market even the small auto parts seller in St. Paul, Minnesota, U.S.A. has the possibility of selling in China. The neighborhood art dealer in Sydney, New South Wales, Australia can buy silk paintings in Vietnam and sell them on Manley Beach. It is necessary for all lawyers, even if they are practicing only in St. Paul, Minnesota or Sydney, New South Wales, to understand commercial negotiation and arbitration on both the national and the international scale.

2. NEGOTIATION NECESSITIES

2.1. Getting to yes

In 1981 Harvard professors, Roger Fischer and William Ury of the Harvard Negotiation Project, published the national and international best-seller *Getting to Yes*³⁶⁸. They were correct in 1981 and they are correct in 2001. Most negotiators tend to exhibit either a “cooperative” or a “competitive” style. Professors Fischer and Ury called these “soft” and “hard” negotiators. “Cooperative” negotiation uses a problem-solving approach, while

³⁶⁶ Copyright © 2001 by Hamline Journal of Public Law and Policy; Joseph L. Daly

³⁶⁷ Professor of Law, Hamline University School of Law, St. Paul, Minnesota. International and Commercial Arbitrator for American Arbitration Association, New York. Labor Arbitrator for United States Federal Mediation and Conciliation Service.

³⁶⁸ Roger Fisher & William Ury, *Getting to yes: Negotiating Agreement Without Giving in* (Penguin Books 1983) (1981).

“competitive” negotiation employs an adversarial approach. Studies show both styles can result in “fair” agreements. But problems occur when opposite style negotiators try to finalize the deal.

Professors Fischer and Ury have identified specific methods which distinguish the two diverse styles. Below is their very useful chart.

| Problem | Solution |
|--|---|
| Positional Bargaining: Which Game Should you Play? | Change the Game - Negotiate on the Merits |

| Soft [Cooperative] | Hard [Competitive] | Principled |
|---|--|--|
| Participants are friends. | Participants are adversaries. | Participants are problem-solvers. |
| The goal is agreement. | The goal is victory. | The goal is a wise outcome reached efficiently and amicably. |
| Make concessions to cultivate the relationship. | Demand concessions as a condition of the relationship. | Separate the people from the problem. |
| Be soft on the people and the problem. | Be hard on the problem and the people. | Be soft on the people; hard on the problem. |
| Trust others. trust. | Distrust others. | Proceed independent of |
| Change your position easily. | Dig in to your position. | Focus on interest, not positions. |
| Make offers. | Make threats. | Explore interests. |
| Disclose your bottom line. | Mislead as to your bottom line. | Avoid having a bottom line. |

| Soft [Cooperative] | Hard [Competitive] | Principled |
|---|--|--|
| Accept one-sided losses to reach agreement. | Demand one-sided gains as the price of agreement. | Invent options for mutual gain. |
| Search for the single answer; the one they will accept. | Search for the single answer; the one you will accept. | Develop multiple options to choose from; decide later. |
| Insist on agreement. | Insist on your position. | Insist on using objective criteria. |
| Try to avoid a contest of will. | Try to win a contest of will. | Try to reach a result based on standards independent of will. |
| Yield to pressure. | Apply pressure. | Reason and be open to reasons; yield to principle, not pressure. |

Id. at 13 (emphasis added).

Australians Nadja Spegel, Senior Lecturer University of Queensland, Bernadette Rogers, Director of Alternative Dispute Resolution for Queensland Law Society, and Ross Buckley, Professor of Law, Bond University, have written an excellent book entitled *Negotiation: Theory and Techniques*. They write that “[n]egotiation is different for each individual. Your style will reflect your personality, preferences, upbringing, training, and the environment within which you are negotiating. Indeed, how you negotiate will be an extension of who you are”³⁶⁹. Professors Spegel, Rogers, and Buckley have identified a number of different negotiation strategies: positional bargaining, distributive bargaining, cooperative bargaining, interest-based bargaining, principled bargaining, and problem solving bargaining³⁷⁰. “Many of these concepts overlap, and some appear diametrically opposed. Most, however draw on elements of two essential, and

³⁶⁹ Nadja M. Spegel, Bernadette Rogers & Ross P. Buckley, *Negotiation: Theory and Techniques 2* (Butterworths 1998).

³⁷⁰ Id. at 20.

different strategies: adversarial bargaining and principal or interest-based bargaining (as developed by Fischer and Ury of the Harvard Negotiation Project)³⁷¹.

Whatever “jargon” is used “self-awareness will help you to develop the style that works best for you”³⁷². No one style is right or wrong. “Interest-based bargaining focuses on satisfying interests rather than arguing over positions”³⁷³. Position is what you want and interest is why you want it³⁷⁴. By trying to identify the parties’ real interests, the lawyer negotiator is “better equipped to create an integrative agreement which satisfies the parties’ respective needs. Interest-based bargainers tend to view the other side as joint problem-solvers, rather than opponents to be defeated”³⁷⁵.

While maintaining and developing the relationship between the parties is of greater interest than in adversarial bargaining, interest-based bargaining does not mean you should become friends with the other side. Nor does it mean you have to be exceptionally fair. In interest-based bargaining you speak to the other side in terms of what is likely to motivate them - the possible satisfaction of their interests. It recognizes that our eloquence, arguments or threats are less likely to persuade the other party than a solution which meets their interests. It acknowledges that crafting such solutions is a joint exercise, as only the other side knows their interests and what is likely to satisfy them”³⁷⁶. Interest-based strategy allows both parties to identify needs and to arrive at an outcome that best meets the needs of both, and quite often was anticipated by neither.

Spegel et al refer to the key components of the Fischer and Ury chart in *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*³⁷⁷. Fisher and Ury’s primary negotiation strategies are:

- Separate the people from the problem;
- Focus on interests, not positions;
- Invent options for mutual gain;
- Insist on using objective criteria³⁷⁸.

³⁷¹ Id.

³⁷² Id. at 21.

³⁷³ SPEGEL et al., *supra* note 3, at 22.

³⁷⁴ Id. (emphasis added).

³⁷⁵ Id. at 22-23.

³⁷⁶ Id. at 23.

³⁷⁷ SPEGEL et al., *supra* note 3, at 23.

³⁷⁸ SPEGEL et al., *supra* note 3, at 23.

2.2. Effective Legal Negotiations and Settlement

Professor Charles Craver in his book, *Effective Legal Negotiation and Settlement* notes that certain traits are used to distinguish between the 'competitive' style and the 'cooperative' style³⁷⁹. These traits are:

| Cooperative/Problem Solving | Competitive/Adversarial |
|---------------------------------------|--|
| Move Psychologically Toward Opponents | Move Psychologically Against Opponents |
| Try to Maximize Joint Return | Try to Maximize Own Return |
| Seek Reasonable Results | Seek Extreme Results |
| Courteous & Sincere | Adversarial & Disingenuous |
| Realistic Opening Positions | Unrealistic Opening Positions |
| Rarely Use Threats | Frequently Use Threats |
| Maximize Information Disclosure | Minimize Information Disclosure |
| Open & Trusting | Closed & Untrusting |
| Reason With Opponents | Manipulate Opponents |

CRAVER, *supra* note 13, at 18.

Professor Craver highlights some interesting findings from various studies involving negotiation styles:

1. The Williams study of attorneys in Denver and Phoenix found that 65% of negotiators were considered "cooperative/problem-solvers," 24% "competitive/adversarial," and 11% unclassifiable³⁸⁰.
2. "Competitive" negotiators tend to act competitively with both "cooperative and "competitive" opponents, while "cooperative" negotiators tend to act cooperatively with "cooperative" opponents and competitively with "competitive" opponents³⁸¹.
3. Greater percentage of "cooperative" negotiators were viewed as effective (59%) by other lawyers than "competitive" advocates (25%), while

³⁷⁹ Charles B. Craver, *Effective Legal Negotiation And Settlement* 17-18 (Michie Company, 2d ed. 1993).

³⁸⁰ CRAVER, *supra* note 13, at 19-20.

³⁸¹ *Id.*

greater percentage of “competitive” persons considered ineffective (33%) than “cooperative” persons (3%)³⁸².

4. Although “competitive” negotiators are more likely to obtain extreme results than “cooperative” participants, they generate far more non-settlements and tend to generate less efficient agreements³⁸³.
5. Effective “cooperative” and “competitive” negotiators are thoroughly prepared, behave in an ethical manner, are perceptive readers of opponent cues, are realistic and forceful advocates, observe common courtesies, and try to maximize own client return. These findings would suggest that the most effective negotiators are “competitive/problem-solving” lawyers who seek “competitive” results, but do so in a seemingly “cooperative” manner³⁸⁴.
6. Professor Craver suggests that Lawyers increasingly view opponents as the “enemy” and are personally offended by opponent efforts to advance client interests. Attorneys must realize that opponents are not the “enemy” but they are best friends, since they enable them to earn a living³⁸⁵.

2.3. Preparation for Negotiation

Prepare for negotiation like you would prepare for trial. Adequate preparation and planning for negotiation are crucial to successful outcome. The more you know about your client, the other side, the law, the facts, the clients needs, interests and desires, the more likely you will succeed in successfully resolving the negotiation favorable to your client. Lawyers often fail to prepare adequately for negotiation. Professor Craver suggests “carefully plan your desired methodology as if you were choreographing the movement from your opening offer to your desired objective”³⁸⁶.

2.3.1. Targets

First, establish your “If the Gods were smiling” target. This assumes that everything will go perfectly for you. If you got out of bed on the correct side, the sun was out, your children respect you, your wife loves you, your boss thinks you are the greatest, and God is thankful he created you, that is what you will get in this negotiation!! This is the “Gods are smiling” on you target.

Very few negotiators reach this target. But it is a target which allows you to have very high aspirations. Professor Craver states “negotiators who

³⁸² Id.

³⁸³ Id.

³⁸⁴ CRAVER, *supra* note 13, at 19-20.

³⁸⁵ Id.

³⁸⁶ Id. at 13.

start with high aspirations usually obtain better results". But as I said, very few of us have the gods smiling when we negotiate. The other side certainly will not feel inclined to give you everything you want.

The second step is to establish your "realistic and reasonable aspiration" target. In other words, back off from the "Gods are smiling" target to a "realistic aspirational" target. This should be high. Seek high, yet be "reasonable". It is a position which you can reasonably and rationally defend. If you can personally and rationally defend the position, your confidence will be bolstered when you begin the negotiation process.

Third, establish your "walk-away" position. In other words, what is the number, the goal, the need, the interest, the desire which you absolutely must have fulfilled. If you do not get this fulfilled, you are willing to walk away from the negotiation. This of course will not be what you aspire to get, but if you get it, it will, at least, minimally fulfill your goals, needs, and desires in the negotiation. So you must establish three levels of planning before you negotiate:³⁸⁷

1. The Gods are smiling target.
2. The realistic and reasonable aspirational target.
3. The walk-away zone.

2.3.2. Opening Position

There is another preparation point required. That is what Professor Craver calls the "principled opening position". It can be defended "objectively" when presented to adversaries. This might be the "Gods are smiling" position. It will be more than the "aspirational" level. It is certainly more than the "walk-away" level.

2.3.3. BATNA and WATNA³⁸⁸

The next preparation point is to determine the Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)³⁸⁹. The BATNA is the best place you can go if there is no negotiated agreement. If your client cannot buy the silk paintings for his aspirational price or even his bottom line price, does he have a best alternative? Can he buy the silk paintings in China instead of Vietnam? Can he get them at his price? Are they of the same quality? This will require careful preparation.

³⁸⁷ FISHER & URY, *supra* note 1, at 57.

³⁸⁸ Whenever possible, you should anticipate the other side's BATNA and WATNA as well as your own.

³⁸⁹ FISHER & URY, *supra* note 1, at 104.

Next, the Worst Alternative to a Negotiated Agreement (WATNA)³⁹⁰ must also be considered. If the client must go someplace else to get what he wants, will the quality be high enough? “The WATNA is determined in a similar fashion [to the BATNA] but rather than looking at the best alternatives the focus is on what the worst situation might be if this negotiation does not prove successful”³⁹¹. It may be necessary to get silk paintings from a lesser artist. The client must comprehend the consequence of non-agreement. If it is clear that a non-settlement is preferable to the other side’s last offer, a negotiator should not hesitate to walk away³⁹².

It is absolutely necessary in preparing for negotiation to understand the BATNA and WATNA. There comes a time in every negotiation when the negotiator must recognize that the other side will not move. The negotiation is over. The deal would not finalize. Recognizing when the deal is as good as it gets or would not occur is critical. This is the “walk away” position. Now the negotiator must be willing to walk to the BATNA and the WATNA.

2.4. Interests and Positions

“A position is what someone wants”³⁹³. An interest is why they want it³⁹⁴. In other words, a position is a demand and an interest is a need. The demand of a buyer in China may be to pay no more than \$1,000 per unit, while the interests of the same buyer in China might include developing a relationship with the seller, needing to know more about Australian manufacturing techniques, needing to be assured that the seller will continue to make quality products, and needing to be introduced to Australian politicians. Once the buyer’s interests are identified, it can lead to a continuing and more trusting relationship between the buyer and the seller. The positions of the parties will become less important. It will be easier to move from one position to a different position once the interests have been satisfied.

2.5. Creating Options

It is important to separate the people from the problems. It is equally important to understand the substantive problems and to identify each parties’ interests from their positions. When these tasks are done, the final step is to invent creative options. In order to invent creative options, it is necessary to:

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ E. Wendy Trachte-huber, *Negotiation: Strategies For Law And Business* (Ed. Diane Burch, American Lawyer Media, L.P.) (1995).

³⁹² For further discussion on when to walk away, see Karl Albrecht & Steve Albrecht, *When and how to walk away*, in *Added Value Negotiating: The Breakthrough Method For Building Balanced Deals* 139-140 (Business One Irwin, 1993).

³⁹³ SPEGEL ET. AL., *supra* note 3, at 25 (emphasis added).

³⁹⁴ *Id.*

1. Separate the act of creating options from the act of evaluating them;
2. Focus on options, not solutions;
3. Decide beforehand that no option will be dismissed, no matter how “crazy,” for a ‘crazy’ option might spark a more workable idea in someone else;
4. Generate a number of options rather than look for a single answer; and
5. Search for mutual gains by looking for options which are beneficial to both parties³⁹⁵.

Creating options takes place both as part of individual preparations and during the negotiation. It is one of the “necessities” of every good negotiation.

3. STAGES OF NEGOTIATION

Every negotiation whether between husband and wife, buyer and seller, government and government involves stages. If you look at any negotiation you will see the negotiation progressing through stages. The stages are:

1. Orientation
2. Information exchange
3. Competition
4. Crisis/Closing
5. Cooperation

3.1. Orientation

During the orientation stage the negotiators get to know each other. There is typically an initial exchange of professional and even personal information. The orientation stage for Americans and Australians is typically very short. “Would you like some coffee,” “How was the flight over,” “How about that cricket match [football game]”. The parties will establish tone during this orientation stage. They might be congenial or they might be a bit cold. For Americans and Australians the orientation stage is often only a few minutes. For Asians much more time is spent in the orientation stage of negotiation. Remember how Le Duc Tho, the Foreign Minister of North Vietnam during the Vietnam War, and Henry Kissinger, the former U.S. Secretary of State, spent four months at the Paris Peace Talks discussing whether they would sit at an oval table or a rectangular table. How the parties orient themselves to each other is an important component of negotiation. Substance is usually not discussed during the orientation stage.

³⁹⁵ SPEGEL et al., *supra* note 3, at 27.

3.2. Information Stage

During the information stage each side lays out the strength of its own position. It is common during this phase to ask neutral questions of the other side and to try and induce the other side to make the first offer. During this stage it is important to both listen and observe the other side. Much is said in non verbal communication. During the information stage it is a good idea to talk about less important items and get all sides saying “yes” to one another. During this time it is also important to focus on the other side’s interests rather than their positions.

3.3. Competitive Stage

During the competitive stage each side begins pointing out the weaknesses of the other side’s position. Professor Craver has identified fourteen common techniques used during the competitive stage:

1. Argument (legal and non legal);
2. Overt threats or more subtle warnings;
3. Rational or emotional appeals;
4. Challenges to opponents various contentions;
5. Ridicule of opponent or of his/her position;
6. Control of Agenda (its content and order of items);
7. Intransigence;
8. Straight-forwardness;
9. Flattery (including real or feigned respect);
10. Manipulation of contextual factors (time, location, etc. of negotiations);
11. Humor can be used by many people to ridicule unreasonable positions being taken by opponent or to reduce built-up bargaining tension;
12. Silence (people often talk to fill silent void, thus inadvertently disclosing information);
13. Patience, a powerful weapon since many negotiators make concessions simply to end the process. Time pressure can be effectively used against an opponent who has artificially curtailed time constraint.
14. Creation of guilt or embarrassment since, such feelings can precipitate concessions³⁹⁶.

During the competitive stage, it is important to remember the non-settlement options, the BATNA and the WATNA options. Are the external options worse than settlement?

³⁹⁶ CRAVER, *supra* note 13, at ch. 7.

3.4. Crisis Stage/Closing Stage

Every negotiation reaches a crisis. For example, the parties can simply be so tired that settlement or breakdown must occur. They are “talked out” and can no longer keep negotiating.

Time can also precipitate the crisis. One of the common techniques used by the Japanese is to offer to reconfirm flights in order to know when the time crisis must occur. The Japanese negotiator then knows what time the opponents must leave Japan.

In every negotiation the crisis stage must be reached before the negotiation can be successfully closed. At the crisis stage there will either be breakdown of the negotiation or the final closing stage followed by cooperation. The crisis stage is the most critical and often the most difficult time in a negotiation. There comes a critical point, near the end of both successful competitive and cooperative negotiations, when the parties realize that an agreement is within their grasp. They become psychologically committed to the agreement. It is then the parties must be extremely patient. If concessions are to be made they must be principled concessions which demand reciprocation. The crisis closing stage is always a highly competitive part of every negotiation process even for cooperative negotiation. It requires extremely hard work at this stage because another crisis can erupt at any time. It is important to be extremely patient during this stage. The negotiator should encourage his opponent to close whatever remaining gap exists. Praise the reasonableness of the opponent’s position changes and indicate that an agreement is certain if he/she can provide you with a few additional items³⁹⁷.

3.5. Cooperative Stage

This is the final stage of the successful negotiation. There is simultaneous trading where both parties will be better off. Each party struggles to integrate and achieve the agreement. At this stage, parties are typically in a cooperative bargaining mode. They are thinking about reviewing final terms and drafting the final agreement. This is the time where most likely there will be “tit for tat”.

It is also sometimes difficult for one or both to achieve final agreement even at this cooperative stage. It may be hard for both parties to give up their positions even at this late stage. There is an emotional connection to the original position. Unresolved personal or relationship issues can hinder a party’s ability to move. It is important to be able to recognize when these emotional issues come up. Emotional issues can prevent negotiators from moving forward so as to complete the negotiation.

³⁹⁷ Id. at 150.

4. TRANSNATIONAL AND CROSS CULTURAL NEGOTIATIONS³⁹⁸

Your negotiating style is ultimately an extension of who you are³⁹⁹. People are different⁴⁰⁰. To understand that others behave differently as negotiators is a very important reality check to the successful negotiator.

Just as there are individual differences, there are stereotypical national differences. While any given individual may not fit the stereotype, there are certain differences in the national psyche between, for example, Italians and Norwegians. The Australian negotiator is stereotypically more likely to respond to an informal style of negotiation than is the Japanese negotiator. It must be remembered the other side will not necessarily respond and behave the same as you⁴⁰¹.

While stereotyping the other party according to factors such as profession, culture, gender, educational background can be incorrect, nevertheless culture is very important in successful negotiation. Cross-cultural awareness, and yes even understanding stereotypes, is important in negotiating across a culture. Certain generalizations and patterns can help improve communication during the international negotiation process. David A. Victor, *International Business Communication*, has suggested there are ten specific cultural characteristics that affect negotiations:

1. the negotiating goal (contract or relationship);
2. the negotiating attitude (win/lose or win/win);
3. personal style (formal or informal);
4. communication (direct or indirect);
5. sensitivity to time (high or low);
6. emotionalism (high or low);
7. form of agreement (general or specific);
8. building an agreement (inductive or deductive);
9. team organization (one leader or group consensus);
10. risk-taking (high or low).

³⁹⁸ For further discussion on cross-cultural considerations, see TRACHTE-HUBER, *supra* note 26, at 152-158.

³⁹⁹ SPEGEL ET. AL., *supra* note 3, at 2.

⁴⁰⁰ TRACHTE-HUBER, *supra* note 26, at Ch. 18 citing GERALD R. WILLIAMS, *LEGAL NEGOTIATION AND SETTLEMENT*, provided a checklist which allows individuals to test their own perception of what is an effective negotiator. Trachte-Huber also summarized Williams' findings.

⁴⁰¹ For further discussion on how cultures affect negotiations, see ALBRECHT & ALBRECHT, *supra* note 27, *How Cultural and National Differences Influence Negotiations*, at 58-62.

4.1. Lescant

A lawyer's experience in one culture can be invalid when dealing with another culture. Negotiations in Tokyo, Lima, and Paris, are as conceptually different as they are geographically. The international negotiator often interacts with a variety of cultures. A very useful method of preparation for conducting legal negotiations in another culture is the LESCANT method⁴⁰². Professor Victor suggests that:

1. Language;
2. Environment and technology;
3. Social organization;
4. Contexting;
5. Authority conception;
6. Non-verbal behavior; and
7. Temporal Conception

are the best ways to prepare for and participate in Cross Cultural Negotiations. It is also necessary to understand this method if the international negotiator is to achieve success in his/her negotiations.

4.1.1. *Language [L]*

"American [and Australian] lawyers are among the most monolingual in the world"⁴⁰³. While English is the language of international business today, the language of the culture remains a critical factor in negotiations. Translation is an inexact science. It is important to consider what language the negotiations will be in. Bring a native speaker with you on your negotiating team⁴⁰⁴.

4.1.2. *Environment and Technology [E]*

Physical environment communicates important points within our own culture and it may not be readily understood outside the culture⁴⁰⁵. For example in China, even at a round table, the most important person will sit

⁴⁰² DAVID A. VICTOR, Cross-Cultural Awareness, in THE ABA GUIDE TO INTERNATIONAL BUSINESS NEGOTIATIONS: A COMPARISON OF CROSS-CULTURAL ISSUES AND SUCCESSFUL APPROACHES 15 (1994).

⁴⁰³ Id. at 15. Australian lawyers was added by this author in his presentation at the Hamline Pacific/Asia International Conference on Transnational Negotiation, Arbitration, and Litigation held in Sydney, Australia on February 18, 2000.

⁴⁰⁴ TRACHTE-HUBER, *supra* note 26, at 156 provided some suggestions for negotiations where language might be a barrier.

⁴⁰⁵ Id. at 17.

closest to the door. In America a major status symbol is the office size. Formal and informal negotiations are affected by the place in which the discussion takes place.

Access to communication technology also has a dramatic effect on international transactions. In countries like United States, Australia, Germany, Canada, and Japan, most lawyers can presume that a very good communication infrastructure exists. But in Vietnam that may not be so.

4.1.3. Social Organization [S]

Throughout the world there are large arrays of social organizational factors that can make a critical difference. Kinship and family ties, friendship ties, educational ties, class or social stratification, perception of work, and gender differences are six variables that will likely affect transactions and negotiations across cultures. However, the value placed upon each variable can be different in each country. In the U.S. and Australia, nepotism is frowned upon. But in many Asian countries, nepotism is what makes commercial relationships. No amount of paper can match a blood tie⁴⁰⁶. Countries which favor blood ties or negotiations only with friends, will have less trust and reliance on contracts and written documentation.

Educational ties also make a difference. In the U.S. during negotiations it is usually not relevant whether you attended the University of Minnesota or Harvard University. But in England, a Cambridge education or in Japan, a University of Tokyo education, can make a vital difference to successful negotiations⁴⁰⁷.

Gender issues often affect negotiations⁴⁰⁸. Depending on the culture, men and women can be "raised differently to develop different aspects of their personality and to prefer certain activities over the others"⁴⁰⁹. "All cultures make distinctions between genders resulting in sex-type stereotyping... For example, Williams and Best in a study of 29 countries found that people in each country attached the same traits to the same gender. For men, regardless of culture, these included adventive, dominant, forceful, independent, and strong-willed. For women, regardless of culture, these included emotional, sentimental, submissive, and superstitious"⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Id. at 17.

⁴⁰⁷ Id. at 18.

⁴⁰⁸ For further discussion, see Trachte-Huber, *supra* note 26, at 159- 161. Trachte-Huber suggested methods for women negotiators to use to get men to listen in negotiations. See also Albrecht & Albrecht, *supra* note 27, The Testosterone factor: Do Men and Women Negotiate Differently? 56-58.

⁴⁰⁹ VICTOR, *supra* note 37, at 18, citing Psychologist Lillian Breslow Reuben, *Worlds Of Pain: Life In The Working Class Family* (New York: Basic Books 1976).

⁴¹⁰ Id. at 18, citing J.p. Williams & D.I. Best, *Measuring Sex-stereotypes: A Thirty Nation Study* (Beverly Hills CA.: Sage, 1982).

4.1.4. Contexting and Face-Saving [C]

“Directness in legal negotiations shifts drastically across cultures. Arguably, no two cultures negotiate exactly in the same manner. International negotiations in legal matters are particularly tied up with two key issues: contexting and face-saving”⁴¹¹.

Contexting deals with how something is said over what is put into words. Contexting can be high or low⁴¹². High contexting relies heavily on how something is said or written and the circumstances surrounding the communication⁴¹³. In a high-context culture, negotiations are based more on what is understood rather than on what is explicitly stated⁴¹⁴. Low contexting relies heavily on what is said⁴¹⁵. In the low-context culture, negotiations are based on specifics and on establishing the exact wording of an agreement and little importance is given to implied arrangements⁴¹⁶.

Face-Saving is the act of preserving one’s prestige or outward dignity varies drastically from culture to culture. “Face-saving involves reconciling an agreement with principle and with the self-image of the negotiators. Its importance should not be underestimated”⁴¹⁷. In cultures where face-saving is highly regarded, negotiations may end if one party loses face because here face is more important than the business dealing⁴¹⁸. In cultures where face-saving is weakly regarded, negotiations may continue even if a party is caused to lose face⁴¹⁹. In the United States, the business dealing is generally considered more important than the face-saving. In the United States, law, not “face,” keeps people in line. In Japan the negotiation can come to a very quick end if the power person is insulted openly or aggressive behavior is openly displayed. On the other hand, in Australia, the proper “Aussie insult” can cement the relationship and the deal⁴²⁰.

4.1.5. Authority Conception [A]

Australians are “laid back,” informal, law-abiding people, but all societies are not like Australia. The degree to which people favor a paternalis-

⁴¹¹ Id. at 19.

⁴¹² Id. at 19.

⁴¹³ VICTOR, *supra* note 37, at 19.

⁴¹⁴ Id.

⁴¹⁵ Id.

⁴¹⁶ Id. at 19.

⁴¹⁷ FISHER & URY, *supra* note 1, at 30.

⁴¹⁸ VICTOR, *supra* note 31, at 20.

⁴¹⁹ Id.

⁴²⁰ For further discussion on the importance of face-saving, see FISHER & URY, *supra* note 1, at 28-29.

tic or participative management varies from culture to culture and often from organization to organization within a given culture⁴²¹. In the United States a negotiating lawyer, particularly outside counsel, may hold appropriate authority from the organization, but may not hold the same rank as the foreign negotiator⁴²². “[I]n Japan, the chairman of an organization may enter the room while negotiations are underway. He is unlikely to add anything specific to the discussion and is indeed likely to leave after initial introductions, but his presence symbolically imbues the [Japanese] negotiator with greater authority”⁴²³.

4.1.6. Non Verbal Communications and Face-to-Face Negotiations [N]

In every culture people communicate with more than words. A look may be all that is needed to know what is said. A smile, a turn, a touch, a tone, even dress and grooming can tell volumes. “Non-verbal communication is learned well before language is acquired.... As infants, we have a strong sense of proper and improper non verbal communications and of the outspoken messages that go along with them”⁴²⁴. Non verbal communication is deeply ingrained. Some cultures may find eye-to-eye contact to be rude. Other cultures may find the lack of eye contact to be indicative of untruth.

4.1.7. Time [T]

In the United States time is divided and schedules adhered to closely. In other societies, time is relative. Schedules may have a different reality. Time in these societies is determined by personal relationships and events. These can never be fully predicted.

“The LESCANT model gives the negotiators a tool kit for analyzing culture differences in general. With this model, an international lawyer can learn to ask the right questions”⁴²⁵.

4.2. Choice of Law; Choice of Forum and Choice of Dispute Resolution Mechanism

In every successful transnational negotiation the negotiator must address the question of which law will apply, which forum will be used in the event disagreement arises [e.g. [United States Courts, Australian Dispu-

⁴²¹ Id.

⁴²² Id.

⁴²³ FISHER & URY, *supra* note 1, at 21.

⁴²⁴ Id.

⁴²⁵ VICTOR, *supra* note 31, at 22.

te Centre, China International Economic and Trade Arbitration Commission]; and which alternative dispute resolution mechanism is best to resolve the dispute (trial, mediation, arbitration).

4.3. Negotiation as a Healing Process

Brigham Young University Professor of Law Gerald Williams suggests that all negotiation should be viewed as a “healing process”. In his article, “Negotiation as a Healing Process” he states:

[L]awyers and clients can now recognize that conflicts are meaningful and see that if negotiation is handled with patience and understanding there is a potential for the disputants, (and even for lawyers themselves) to be transformed by the process - not only to settle the conflict, but to resolve the underlying issues and be reconciled to one another. This realization lends meaning and purpose to the daily work of lawyers... This is only a preliminary exploration, offered in the hope it will entice others to join in a more complete investigation of the healing function of lawyers and the healing potential of various dispute resolution process⁴²⁶.

5. ARBITRATION OF INTERNATIONAL DISPUTES

5.1. How International Business Resolves Conflict

5.1.1. Charter of United Nations

On October 24, 1945, fifty nations signed the Charter of the United Nations in San Francisco. One of its laudatory purposes is “to achieve international co-operation in solving problems of an economic... character”.

Article 33 of the Charter speaks to mechanisms used to resolve disputes. “The parties to any dispute... shall first of all seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice⁴²⁷. Why? The Preamble tells us. “We the peoples of the United Nations determine to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind... and to establish conditions on which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law and be maintained...

⁴²⁶ Steven J. Stein, *Drafting An Effective International Arbitration Clause*, N97aibc Aba-Igled A-71 (1997).

⁴²⁷ U.N. CHARTER art. 33.

and for these ends... to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all people"....⁴²⁸

While the Charter of the United Nations is applicable only to states, economics and the global market have developed so dramatically since 1945 that it has become necessary to establish laws, rules, and methods for doing private business to avoid dangerous conflicts in the private sector. Arbitration has developed as the preferred mechanism to resolve private international commercial conflict.

5.1.2. United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award ("New York Convention")

The objective of the New York Convention is to render international arbitration agreements enforceable. This treaty is "by far the most significant contemporary international agreement relating to commercial arbitration"⁴²⁹. It was signed in 1958 in New York under U.N. auspices⁴³⁰. It is widely regarded as "the most important Convention in the field of arbitration and... the cornerstone of current international commercial arbitration"⁴³¹. In broad outline the Convention requires that national courts, subject to specified limitations:

- A. recognize and enforce arbitral awards;
- B. recognize the validity of arbitration agreements; and
- C. refer parties to arbitration when they have entered into a valid agreement to arbitrate that is subject to the convention⁴³².

Article V of the New York Convention reads:

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:
 - (a) The parties to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not void under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

⁴²⁸ U.N. CHARTER preamble.

⁴²⁹ Gary B. Borne, *International Commercial Arbitration In The United States* 18 (Kluwer 1994).

⁴³⁰ *Id.*

⁴³¹ *Id.*

⁴³² BORNE, *supra* note 64, at 18.

- (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
 - (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
 - (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.
2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought find that:
- (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
 - (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country⁴³³.
3. United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”), Model Law International Commercial Arbitration.

“A leading effort toward harmonization in the field of international commercial arbitration is the United Nations Commission on International Trade Law Model Law, on International Commercial Arbitration”⁴³⁴. The UNCITRAL Model Law was adopted by resolution by the UN General Assembly in 1985. The Model Law is designed to be implemented by national legislatures, with the objective of further harmonizing the treatment of international commercial arbitration in different countries.

The UNCITRAL Law represents a significant step towards the development of a stable and predictable international legal framework for commercial arbitration. Like the New York Convention (above), the UNCITRAL Law is ultimately dependent upon its interpretation and application by national

⁴³³ BORNE, *supra* note 64, at 876.

⁴³⁴ *Id.* at 37.

courts. “[T]he law goes beyond the New York Convention by prescribing in significantly greater detail the legal framework for international arbitration, by clarifying points of ambiguity and disagreement under the New York Convention and by establishing directly applicable national legislation”⁴³⁵.

Ten nations have adopted the Model Law, including Australia, Bermuda, Bulgaria, Canada, Cypress, Hong Kong, Mexico, Nigeria, the Russian Federation, Scotland, and Tunisia⁴³⁶. The United States, Germany, and New Zealand are actively considering its adoption⁴³⁷.

The objective of the UNCITRAL Rules is to create a relatively predictable and stable procedural framework for international arbitration while maintaining the informal and flexible character of such dispute resolution mechanisms⁴³⁸.

Developing nations have not always wanted to arbitrate in what they perceive to be Western, Capitalists oriented forums; nor to specify any law other than their own as the governing law. The response to this reticence has been to eliminate in contracts and in arbitration rules any reference to governing law, leaving the arbitrators free to apply whatever law they choose or to refer to the “*lex mercatoria*,” the customary principles of international commerce. The acceptance of the UNCITRAL Law by a country binds it and its courts to any arbitration award involving a company located in any one of the other signatory nations and any company with assets located in any of the signatory nations. Many developing nations seem to prefer UNCITRAL to the other western-situated arbitration institutions. While the U.S. has not yet adopted UNCITRAL the States of California, Connecticut, Oregon, and Texas, have done so⁴³⁹.

5.2. Ad Hoc Arbitration

UNCITRAL Arbitration Rules are an “ad hoc” set of rules⁴⁴⁰. An “ad hoc” arbitration allows great flexibility. It can be “shaped to meet the wishes of the parties and the facts of the particular case”⁴⁴¹. To accomplish the flexibility goal of “ad hoc” arbitration however requires complete cooperation on the part of the disputants and their legal representatives⁴⁴². “[I]f such cooperation is forthcoming, the difference between an ad hoc arbitra-

⁴³⁵ *Id.* at 38.

⁴³⁶ BORNE, *supra* note 64 at 38.

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ *Id.* at 39.

⁴³⁹ *Id.* at 38.

⁴⁴⁰ Gerald Aksen, *Ad Hoc Versus Institutional Arbitration: Arbitration Of International Commercial Disputes A-3* (1997).

⁴⁴¹ See *Id.*, citing D.A. Redfern, *Why Transnational Disputes? Should Institutional Or Ad Hoc Arbitration Be Provided?* (The Institute for Transnational Arbitration) (unpublished remarks).

⁴⁴² AKSEN, *supra* note 75 at A-3.

tion and an institutional arbitration is like the difference between a tailor made suit and one which is bought off the peg⁴⁴³. Aksen in his article stated that “the advantages of ad hoc arbitration presume an essential caveat that the disputing parties, the counsel and the arbitrators work together to make the process work without need to resort to administrative or judicial oversight⁴⁴⁴. It can be cost saving since no fees are paid to an administering agency⁴⁴⁵.”

The UNCITRAL ad hoc international arbitration rules have received very little criticism during the sixteen years of their existence⁴⁴⁶. “If the parties are able to select experienced arbitrators promptly and there is reasonable cooperation between counsel and the proceedings progress quickly, the use of ad hoc international arbitration can be an attractive option⁴⁴⁷.”

5.3. Institutional Administered Arbitration

With the rise of the global market there are many more international institutions competing for arbitration administration. Among the preeminent international institutions are:

1. The International Chamber of Commerce (ICC).
2. The American Arbitration Association (AAA).
3. The London Court of International Arbitration (LCIA).
4. The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC).
5. The Australian Commercial Dispute Centre (ACDC).

Whichever institutional body is chosen there are some distinct advantages to Institutional Arbitration. The arbitrators have been carefully chosen by the administrative body. The arbitrators will typically have legal training and/or experience in the field. Usually the arbitrators will be fluent in the language to be used in the proceeding and will have a background in international law and practice and in trade customs. The typical International Chamber of Commerce Arbitrator will be a Professor of International Law or a retired judge or a private practitioner with years of practical experience. The parties can take comfort in the time tested rules and procedures drafted by professionals in the institutional commercial arena. The ICC Rules are almost seventy years old and updated when necessary to meet the ever changing climate of dispute settlement⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Id. at A-3 - A-4.

⁴⁴⁴ Id. at A-4.

⁴⁴⁵ Id.

⁴⁴⁶ AKSEN, *supra* note 75 at A-9.

⁴⁴⁷ Id.

⁴⁴⁸ AKSEN, *supra* note 75, at A-6.

With Institutional arbitration a professional staff is available to guide disputants through the arbitration process. The institutional administration provides a variety of routine services such as “acknowledging and serving arbitration requests, answering documents, fixing and processing fees, prodding the parties to observe the various response times, selecting arbitrators, ruling on challenges to arbitrators, replacing arbitrators, locating the place of arbitration, and, generally following-up to insure the expeditious and formal completion of the proceedings”⁴⁴⁹.

Another benefit is the judicial deference to Institutional Arbitration. The U.S. Supreme Court has permitted the ICC and the American Arbitration Association to file *amicus curiae* briefs on procedures of international arbitration in the most important international arbitration case decided in the U.S. in the last decade⁴⁵⁰. Indeed, the Supreme Court in *Mitsubishi*, one of the most important international arbitration cases, cited to the ICC *amicus* brief in expanding the kinds of issues resolvable in international arbitration⁴⁵¹.

Another very helpful feature of institutional arbitration is the ability to proceed in the absence of a defaulting party. Most institutions have rules like Article 15 (2) of the ICC Rules, which provides:

If one of the parties, although duly summoned, fails to appear, the arbitrator, if he is satisfied that the summons was received and that party is absent without valid excuse, shall have power to proceed with the arbitration and such proceedings shall be deemed to have been conducted in the presence of all parties⁴⁵².

In every international contract the lawyer should address (1) choice of law and (2) choice of administrative forum. The administrative agency will usually determine the venue of the arbitration. In ICC arbitration the appropriate locale in the absence of the parties agreement will be chosen by the ICC. The ICC will carefully review the circumstances of the various venues before it chooses a place of arbitration.

5.4. Terms of Reference

Article 13 of the ICC Rules of Arbitration speaks to Terms of Reference. “Terms of Reference procedures are controversial”⁴⁵³. Some maintain Terms of Reference slow down the arbitration process and are a unnecessary

⁴⁴⁹ *Id.*

⁴⁵⁰ *Id.* referring to *Mitsubishi Motors Corp. v. Solar Chrysler-Plymouth, Inc.*, 469 U.S. 1102 (1985).

⁴⁵¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Solar Chrysler-Plymouth, Inc.*, 463 U.S. 614 634 n.18, 637 n. (1985).

⁴⁵² AKSEN, *supra* note 75, at A-7.

⁴⁵³ *Id.* at A-8.

burden to an efficient arbitration proceeding⁴⁵⁴. Proponents have declared the mandatory ICC procedure provides an orderly method of defining the issues in the case and is helpful to foreign courts that may be called upon to enforce the award⁴⁵⁵.

Nevertheless they can be useful because often they enable the parties to settle a dispute during the preparation of the terms of reference. It gives an opportunity to the arbitrator(s) to size up the complexity of the case, the position of the parties; it speeds the process once the terms of reference are agreed upon, and once the terms of reference are agreed upon, it lets the parties understand it will be difficult to avoid arbitration or default in the future.

5.5. Sample Arbitration Clauses⁴⁵⁶

The following are sample “institutional” arbitration clauses:

ICC

All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

AAA

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the rules of the American Arbitration Association.

The appointing authority shall be the American Arbitration Association.

The case shall be administered by the American Arbitration Association in accordance with its Rules.

[Note: Parties may wish to consider adding:

- (1) The number of arbitrators shall be ___ (one or three).
- (2) The place of arbitrators shall be ___.
- (3) The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be ___.]

UNCITRAL

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitra-

⁴⁵⁴ Id.

⁴⁵⁵ Id. at A-9

⁴⁵⁶ Steven J. Stein, *Drafting An Effective International Arbitration Clause*, N97aicb Aba-Igled A-71 (1997).

tion in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect on the date of this contract.

The appointing authority shall be the [name of institutional arbitration association]

The case shall be administered by the [name of institutional arbitration association] in accordance with its "Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules".

[Note: Parties may wish to consider adding;

The number of arbitrators shall be ___ (one or three).

The place of arbitration shall be ___.

The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be ___.]

LCIA

Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any questions regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the Rules of the London Court of International Arbitration, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

Joint Clause: AAA/LCIA

Any controversy or claim arising out of, or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration. In the United States, the arbitration shall be held under the Rules of the American Arbitration Association; in England, the arbitration shall be held under the Rules of The London Court of Arbitration. If the parties are unable to agree upon the locale of the arbitration, the Joint Committee established by the respective organizations whose Rules are referred to, shall have power to determine such locale and its decision shall be final and binding upon the parties. Judgment upon the award may be entered in any court having jurisdiction.

Variation of Common AAA Clause

Any controversy or claim arising out of, or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Rules, then obtaining, of the American Arbitration Association or such other Rules as it may designate. The Association is authorized to make arrangement for this arbitration to be held under its Rules, or such other Rules as it may designate, in any locality or territory agreed upon by the parties or failing such agreement, as designated by the Association. This agreement shall be enforceable and judgement upon any award rendered by all or a majority of the arbitrators may be entered in any court of any country have jurisdiction.

The following are sample "ad hoc" arbitration clauses:

- (a) All disputes concerning the construction and performance of this contract shall be exclusively and finally settled by arbitration at which [ABC] and [DEF] shall be represented in accordance with provisions of this Section. The plaintiff shall appoint one arbitrator and the defendant shall have the right to appoint a second arbitrator. The two arbitrators so selected by the parties shall appoint a third arbitrator. The party requesting arbitration shall include the name of the arbitrator it has selected in the notification of the request for arbitration to the other party. Said other party shall select the arbitrator to be selected by it within thirty (30) days of its receipt of the notice of the request for arbitration and the arbitrators so selected shall elect the third arbitrator within thirty (30) days of their selection. In the event that the arbitrators do not select the third arbitrator within the time provided for herein, such third arbitrator shall be appointed by the Chairman of the National Committee of the International Chamber of Commerce of the country where the party requesting the arbitration was incorporated within fifteen (15) days after notice given by either party that the third arbitrator has not been selected by the arbitrators.
- (b) The Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect upon the date that the party requesting arbitration shall have given notification of its request shall control with respect to the arbitration procedure and any implementing procedural rules shall be designated by the third arbitrator, provided, however, that in the event of a conflict between such rules and this Agreement, this Agreement shall control.
- (c) The arbitration award shall be rendered by the third arbitrator, as approved by a majority vote of the three arbitrators, and such award shall include apportionment of the expenses of the arbitration. Judgment upon such award may be entered by any court having jurisdiction, and application may be made to such court for a judicial acceptance of the award and an order of enforcement, as the case may be.
- (d) The fees and other costs of arbitrators shall be included in the arbitration expenses and shall be those established from time to time by the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce in accordance with the schedule appended to its Rules of Conciliation and Arbitration. The fees of experts and any traveling expenses of such expert shall be included in the arbitration expenses. Inasmuch as information disclosed in any arbitration proceeding may constitute the proprietary information of a party, the proceedings at the request of any party shall be private, and the record (except the award) sealed and held in confidence by the parties and the arbitrators.

- (e) For purposes of this Agreement, any dispute under this contract shall be resolved finally and conclusively by an International Arbitrator selected jointly by the parties to this Agreement. The International Arbitrator so selected shall serve for the duration of this Agreement, provided, however, that as of December 1, 1990, and as of each successive December 1, either of the parties to this Agreement may discharge the International Arbitrator by serving 30 days prior written notice upon him and upon the other party to this Agreement. Upon such discharge, or if the International Arbitrator is otherwise unable to serve, the parties shall either agree upon a successor International Arbitrator or the International Chamber of Commerce in Paris, France shall appoint such other International Arbitrator.
- (f) Proceedings before the International Arbitrator shall be conducted in accordance with the procedures for case in the UNCITRAL Arbitration Rules. Any such proceeding may be initiated by any of the parties to this contract, their successors, or their assigns. At all such proceedings, the parties to the dispute shall have the right to participate. Hearings before the International Arbitrator shall ordinarily be held in either London, England or in Geneva, Switzerland at the discretion of the International Arbitrator, but, if the parties involved agree, may be held elsewhere. The proceedings shall be conducted in the English language. Upon the written request of any party to the dispute, the arbitration shall be conducted in accordance with the following expedited procedures:
 - 1. The existence and nature of the dispute shall be asserted by notice in writing given to the other party or parties to the dispute and the International Arbitrator.
 - 2. The International Arbitrator shall convene a hearing with respect to the dispute at the earliest possible time convenient to the parties, but in no event later than ten (10) days following his receipt of such notice. If the International Arbitrator is not available to convene a hearing within this time period, and the parties to the dispute are unable to agree upon another International Arbitrator, the International Chamber of Commerce in Paris, France shall appoint such other International Arbitrator.
 - 3. The award shall be issued no later than 72 hours after the conclusion of the hearing.

An award of the International Arbitrator shall constitute a full, final and complete disposition of the dispute and shall be binding upon the parties to the dispute. Judgement upon an award of the International Arbitrator may be entered by any court of competent jurisdiction. All cost of arbitration, including fees and expenses of the International Arbitrator, shall

be borne equally by the parties to the arbitration, but each party shall bear the cost of its own witnesses, counsel, and the like.

6. CONCLUSIONS

Buying and selling around the world, producing goods and moving the goods to every region of the world requires knowledge and skills in negotiation and arbitration. Negotiation makes the deal; arbitration resolves conflict which arises out of the deal. Both developed and developing countries must train its lawyers and business people how to make the deal and how to resolve difficulties from the contract. International Commercial Negotiation and Arbitration are the key mechanisms in the progress of the global market.

LOS ÁRBITROS Y EL *IUS IMPERIUM*. ¿COMPATIBLES O INCOMPATIBLES?

MA. ALVARO R. CASTELLANOS HOWELL⁴⁵⁷

Sumario: 1. Introducción, 2. El acceso y la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos como Derecho Fundamental, 3. Naturaleza jurídica de las funciones del árbitro, 4. Facultad de decretar medidas cautelares o medidas anticipatorias, 5. Comentarios a iniciativa de Ley sobre métodos alternativos de solución de controversias sobre el tema de medidas cautelares y anticipatorias, 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Para Centroamérica, el tiempo recorrido desde la mitad de la década de los años noventa hasta la fecha, ha sido un período importante en cuanto a evolución legislativa aplicable a los métodos alternativos de solución de conflictos (en lo sucesivo, simplemente “MARC”). A partir de 1995 se aprobó una nueva legislación especial en Guatemala, que aunque se denomine “Ley de Arbitraje”, contiene asimismo una breve regulación sobre la conciliación. Desde entonces, los demás países de la región también han introducido reformas en sus respectivos sistemas legales al grado que hoy, hace escasamente algunos días antes de terminar este artículo, el último país que estaba pendiente en hacerlo, Nicaragua, promulgó su nueva Ley de Mediación y Arbitraje. En aproximadamente 9 años, Centroamérica es otra en cuestión legislativa aplicable a los MARC, logrando mayor armonización y uniformidad regional en esta materia. Es decir, toda la región centroamericana se ha dado a la tarea de actualizar, por decirlo así, su legislación aplicable a los MARC y hacerla más afín a convenciones o tratados suscritos y ratificados

⁴⁵⁷ Maestría en Derecho Internacional y Derecho Comparado, por la Universidad de Columbia, Nueva York (1990). Redactor inicial del anteproyecto de la actual Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República). Organizador y primer Presidente del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (1992-1996). Docente de la materia, tanto a nivel de pregrado como postgrado, en las Universidades Rafael Landívar, Francisco Marroquín y San Carlos de Guatemala. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (2002 a la fecha). Correo electrónico: acastellano@url.edu.gt

por la mayoría de nuestros países⁴⁵⁸. Han servido de modelo, en la mayoría de los casos, tanto el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”, por sus siglas en español o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) así como la legislación española en esta materia. De ahí que también en varios de los países del istmo centroamericano, hemos podido observar un crecimiento en cuanto al número de instituciones o establecimientos que se dedican a la difusión, facilitación y administración de los MARC. En los casos de Guatemala y Costa Rica, y más recientemente en El Salvador, el mismo Poder Judicial en esos países ha empezado a tomar más en serio y a ofrecer servicios de mediación o conciliación de manera sistemática, aunque no obligatoria. Asimismo, es justo reconocer que en la práctica referida específicamente al arbitraje, cada vez son más y más los contratos, inclusive con la administración pública en algunos países como Guatemala, que contemplan acuerdos arbitrales que ya no podrían seguirse considerando como “patológicos”, pues muchas veces se refieren a reglamentos preestablecidos para el desarrollo de los procedimientos respectivos. Sin embargo, un fenómeno muy interesante que se ha podido observar en Guatemala desde hace algunos años, es la intención de investir de mayores y más potentes facultades a los árbitros. Quizás ello se deba a que en algunos casos, la asistencia judicial que deben brindar los tribunales ordinarios a la justicia arbitral, no ha sido eficaz o simplemente, no se ha dado, no obstante que, siguiendo casi literalmente el Modelo de Ley de la CNUDMI, así se ordena en algunos casos muy puntuales por la misma ley vigente. Por ello, desde hace varios años, en seminarios, talleres y cursos, se ha podido reiterar que este es un aspecto que preocupa, principalmente al gremio forense aunque no tanto a los académicos o a los agentes que tienen a su cargo la administración de justicia ordinaria. Tanto es así, que existe ya, una iniciativa de ley, terminada de preparar a finales del año 2004, que pretende dar sendas facultades, revestidas de *ius imperium* a los árbitros, no solo frente a las partes que le han dado origen y razón de ser al procedimiento arbitral sino ante todo, frente a terceros, incluyendo autoridades estatales, judiciales y no judiciales. A este último aspecto deseamos dedicar este breve análisis, con el objeto de determinar si ello es beneficioso o no para el desarrollo de los MARC en nuestro país, Guatemala, y en la región, si fuera el caso. Por ello, en el primer capítulo analizaremos hasta qué grado existe un reconocimiento en cuanto a la utilización de los MARC como un derecho fundamental de las personas. En el segundo capítulo analizaremos brevemente la naturaleza jurídica de las funciones del árbitro, para recordar si realmente existen o no

⁴⁵⁸ Me refiero especialmente a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

grandes similitudes entre un árbitro o un juez, al grado que empiecen realmente a fundirse en un solo concepto, o si por el contrario, sus diferencias son tales, que no dan cabida para más funciones que las que tradicionalmente se le reconocen a un árbitro hasta el día de hoy. En el siguiente capítulo analizaremos concretamente las facultades que a los árbitros generalmente se les reconocen en cuanto al otorgamiento de medidas cautelares. En el capítulo cuarto, haremos comentarios sobre algunos pasajes tanto de la exposición de motivos, como de los artículos contenidos en el anteproyecto guatemalteco sobre la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Controversias que están relacionados directamente con el asunto de las medidas cautelares o medidas anticipatorias, y finalmente, daremos nuestras conclusiones en el capítulo 5.

Como última observación, cabe aclarar que, aunque el enfoque general de la colección en la que se nos han permitido el honor de contribuir con este artículo, tiene un interés particular en el derecho comparado regional, por la extensión de este trabajo solo lo podremos hacer puntualmente en sus capítulos 1 y 3. En los otros, lo haremos cuando sea estrictamente necesario. Aún así, las conclusiones a las que arribamos, las vemos aplicables al menos, en toda la región centroamericana. No nos atreveríamos a trascender nuestro propio istmo en este último afán. Hacerlo, sería ya excesivamente osado, luego de pretender dar una visión regional centroamericana en el tema central que nos ocupa.

2. EL ACCESO Y LA UTILIZACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

No es necesario hacer hincapié en la importancia que tiene, en países como Guatemala, la necesidad de poder encontrar fundamento en norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, del derecho que los ciudadanos o las personas en general, tienen de utilizar los MARC, especialmente, el arbitraje, por ser de tipo heterocompositivo y con el cual, formalmente, se sustituye a la administración de justicia común cuando así lo permita la materia objeto de la litis. No faltaron quienes, al menos en Guatemala, al promulgarse la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, levantarán cuestionamientos, algunas veces alevosos, sobre su incompatibilidad con nuestro sistema constitucional, o más formalmente, con nuestra Constitución Política de la República, vigente a partir del 14 de enero de 1986. Sin embargo, dada no solo la larga historia de los MARC y los compromisos de tipo internacional adquiridos por Guatemala en esta materia, como su incorporación durante los años 80 como Estado Parte a las Convenciones de Nueva York y Panamá⁴⁵⁹, rápidamente se superó esa

⁴⁵⁹ Ver pie de página anterior.

etapa de “duda existencial constitucional”, tomando como fuerte asidero de su compatibilidad y cuna constitucional, el artículo 203⁴⁶⁰ de nuestra Constitución, al cual dedicaremos comentarios fundamentales, por ser protagonista principal de este artículo. Como se verá más adelante, este asidero constitucional ha sido el que la mayoría de autores o expertos locales en la materia han utilizado, pero bajo conciencia que el mismo no es precisamente, el asidero ideal. No creemos que el artículo 203 de la Constitución guatemalteca, que está inmerso en la parte orgánica de la misma, se haya redactado con el fin de dar solidez o cuna constitucional a los MARC y en especial, al arbitraje, pero a falta de otra norma más contundente o expresa, pues indirectamente podría hacer las veces de su fundamento constitucional. Ahora bien, notemos que en este aspecto particular, las Constituciones de Costa Rica, Honduras y El Salvador, tienen un puntual fundamento constitucional para el acceso y utilización del arbitraje como método alternativo a la solución judicial de los conflictos entre particulares. Así, la Constitución Política vigente en Costa Rica, aprobada el 7 de noviembre de 1949, estableció por primera vez con rango constitucional, en su artículo 43, el derecho humano individual de toda persona “a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”⁴⁶¹. En Honduras, es el artículo 110 de su Constitución vigente, la que da pleno reconocimiento a nivel de rango superior en ese país, a los MARC. Literalmente, expresa “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”⁴⁶². Finalmente, en El

⁴⁶⁰ Artículo 203.- Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

⁴⁶¹ Según el Dr. Sergio Artavia, esta norma constitucional en Costa Rica, “tiene su origen histórico en las Ordenanzas Francesas de 1560 y 1673, que concluye en la Revolución Francesa, cuya Asamblea Constituyente –Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791– adoptó en el artículo 5, el principio de que “el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo”. Artavia, Sergio *El Proceso Arbitral en Costa Rica*, Tomo 1, p. 17. Editorial Jurídica Dupas, 1996.

⁴⁶² Se cita en Honduras, como fundamento constitucional de la misma Ley de Conciliación y Arbitraje (Decreto N° 161-2000) la norma transcrita. Nótese sin embargo, que pareciera condicionar o restringir la posibilidad de utilizar la transacción (conciliación o mediación, por ejemplo?) o el arbitramento, a asuntos civiles. Dado que la mayoría de casos,

Salvador, encontramos, en la parte dogmática de su Constitución (al igual que en el caso de Costa Rica) y reconocido por ende como un derecho humano individual, que el artículo 23 de la misma, prescribe lo siguiente: “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramiento”.

En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles⁴⁶³. Tomando en cuenta estos claros fundamentos constitucionales en las Cartas Magnas de Costa Rica, Honduras y El Salvador, y ante todo, por contraste, pareciera que en Guatemala, el fundamento constitucional, de cierta manera palidece o se hace menos evidente. Basta decir que en el caso de Nicaragua, tampoco existe una norma constitucional como las mencionadas en los casos de Costa Rica, Honduras y El Salvador. Sin embargo, dados estos antecedentes y fundamentos constitucionales en la región centroamericana, reconociendo en su mayoría el derecho al que venimos haciendo alusión como un derecho humano individual o derecho fundamental, y no digamos aún, si reconocemos que probablemente uno de los antecedentes primarios de estas normas de tipo constitucional, sea a la vez, el artículo 5 de la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, creemos que, sin mayor reserva se puede llegar a concluir en sentido general y universal, que el derecho de resolver conflictos de manera alternativa a la solución judicial de los mismos es un derecho fundamental de las personas. Es más, pareciera que “...como medio para dirimir este tipo de conflictos no solo es legítimo, sino tal vez (sic) una forma muy apropiada de hacerlo...”⁴⁶⁴. Es la forma originaria de hacerlo, nos atreveríamos a agregar. La Constitución Política de la República de Guatemala, al igual

aún, que generan la utilización de los MARC en nuestros países es en materia mercantil o comercial, no obstante podría interpretarse que cuando la Constitución de Honduras se refiere a asuntos civiles, lo hace, en contraste no con otras materias que no sean civiles, sino en aquellas en donde no tenga libre administración de bienes, o facultad, lato sensu, de transigir o hacer concesiones recíprocas, como la materia de familia, o materia penal, por ejemplo.

⁴⁶³ Nótese cómo el artículo 23 Constitucional de El Salvador, por sí mismo aclara, lo que el autor, en exégesis personal, comenta sobre el artículo 110 de la Constitución de Honduras. Hacemos el comentario, dada la similitud en la orientación general de ambas normativas de orden superior en sus respectivos países. No obstante, es muy interesante notar cómo la norma constitucional salvadoreña vincula el derecho al acceso y utilización de los MARC a la libertad de contratación, lo cual, no solo es una peculiaridad de la Constitución Salvadoreña el solo hecho de reconocer como derecho fundamental del ser humano la libertad de contratación, sino por su interesante vinculación de ese derecho como el fundamento clásico de los MARC.

⁴⁶⁴ Extracto del fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N° 1.344 de 1995, citada por Artavia, Sergio, *op. cit.*; p. 18.

que otros textos constitucionales, contempla claramente el principio fundamental, que el reconocimiento de los derechos humanos recogidos en textos normativos tanto nacionales como internacionales, en todo caso se hace bajo el principio de no taxatividad, o dicho de manera positiva, son reconocimientos de tipo "*numerus apertus*". Así, el artículo 44 de nuestra Constitución, bajo el epígrafe de "Derechos inherentes a la persona humana", prescribe que "los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana."⁴⁶⁵ Para concluir con este primer capítulo y para resaltar que precisamente Guatemala, carece, al menos expresa o literalmente, de un artículo como el que contienen las Constituciones de los tres países centroamericanos que hemos comentado, cuando se negociaron los Acuerdos de Paz⁴⁶⁵, particularmente, en el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, se contempló el compromiso por parte del Gobierno de Guatemala de establecer y aplicar procedimientos no judiciales ágiles, tales como el arreglo directo y la conciliación, para dirimir los conflictos de tierra y acceso a recursos naturales, como parte de la abultada conflictividad social. Dichos Acuerdos de Paz requerían la introducción de ciertas reformas constitucionales, aunque en este caso concreto, es decir, el de establecer y aplicar procedimientos no judiciales ágiles para la solución de conflictos, no era una de las causas para reformarla. La consulta popular realizada para tal efecto, con una votación bastante dividida, en donde el voto rural mayoritario dijo Sí, el voto urbano mayoritario, dijo No, prevaleciendo este último, trajo al traste una posibilidad de un reconocimiento expreso sobre el derecho fundamental de acceso y utilización a los MARC en la constitución guatemalteca. Pero insistimos, y así nos pronunciamos, que la falta de reconocimiento expreso no es obstáculo para establecer que el derecho de someter los conflictos entre particulares a métodos no judiciales, es un derecho fundamental de las personas, tanto por las razones ya expuestas, como por mayores fundamentaciones sobre el origen y desarrollo de los derechos humanos que exceden los propósitos de este artículo. Por ende, no consideramos, ni necesario, ni conveniente en ciertos casos, fundamentar en el artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala, el asidero o fundamento constitucional de los MARC. Ya veremos más adelante, por qué nos atrevemos a hacer esta afirmación. Baste decir ahora que una norma como la contenida en el artículo 203, de larga

⁴⁶⁵ Sobre la validez o no de los mismos, dado que han existido sectores en la sociedad guatemalteca que le han negado tal carácter, cabe comentar que el autor sí considera que son compromisos de Estado, desde el punto de vista formal. Así lo ha resuelto en algunas ocasiones la Corte de Constitucionalidad. Pero más allá de su validez formal, como compromiso de Estado, nosotros reconocemos su validez material en cuanto a que en muchos de esos acuerdos se contempla una verdadera agenda para reconducir al país por senderos más democráticos, más incluyentes y más justos.

tradicción constitucional en nuestra historia, no fue pensada ni redactada para darle soporte jurídico de tipo supremo al derecho fundamental de la persona a utilizar los MARC cuando sea viable hacerlo. Así nos lo insinúa el solo hecho que el artículo 203, precisamente está en la parte orgánica de nuestra Constitución, y no en la dogmática, aunque también puedan reconocerse derechos fundamentales en aquella.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES DEL ÁRBITRO

Raramente encontramos en legislación aplicable a la materia una definición de árbitro. La Ley guatemalteca, o la costarricense, por ejemplo, no son la excepción. Al contrario sucede en el caso de la legislación chilena, que en su artículo 222 define al árbitro o árbitros, como “los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”⁴⁶⁶. En Guatemala, de conformidad con el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas, las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Por ende, al consultar el citado Diccionario en su vigésima segunda edición, encontramos que las acepciones 4 y 5 de dicha definición serían las relevantes: “Persona que arbitra en un conflicto entre partes” y “Persona cuyo criterio se considera autoridad”. También resulta interesante mencionar que dentro de las muchas acepciones que aparecen en la definición de Juez, en la misma fuente oficial de consulta, en la acepción figurativa, se menciona al árbitro, o juez arbitrador, definiéndolo como “el designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial, para fallar el pleito conforme a derecho”. Es obvio que esta última acepción de la definición de juez arbitrador se refiere al árbitro de derecho. Ahora bien, podría el lector preguntarse cuál es nuestro afán en encontrar definiciones, si bien ya no legales o positivistas, al menos de tipo general o inclusive, de sentido común. Pues la razón, como se verá más adelante, y como ya se explicó brevemente en la introducción, es determinar si la corriente que desea asimilar o equiparar totalmente a los árbitros con los jueces de la jurisdicción común u ordinaria encargada regularmente al Estado, es correcta o no, o justificable o no. Pareciera obvia la respuesta para quienes son estudiosos de esta materia, en el sentido que, hay diferencias tan grandes entre unos y otros, que la equiparación plena simplemente no es viable. Sin embargo, como ya veremos, insisten algunas corrientes de pensamiento en esta posibilidad, con el fin de poderle dar

⁴⁶⁶ Definición citada por Dr., Bernal, Rafael, *El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia.*; p. 65, Editorial Serviprensa, 2001.

al árbitro ciertas facultades con *coertio* frente, no solo a las partes arbitrales (como debería ser siempre, por supuesto) sino frente a terceros no vinculados directa o indirectamente al proceso arbitral. Vemos que la definición citada anteriormente, relativa al “juez árbitro” pareciera hacer hincapié en algo: que esa persona NO ES JUEZ OFICIAL. Por ende, averiguando sobre la naturaleza jurídica del encargo o las funciones que se le dan a un árbitro, nos atrevemos a adelantar que en realidad se trata que a un particular se le reviste con autoridad y facultad para resolver un conflicto entre las partes que lo han revestido, precisamente, de esa autoridad. Es decir, existe una directa delegación a un tercero, que generalmente, NO puede ser un juez oficial⁴⁶⁷, del derecho que las partes mismas podrían haber ejercido para encontrar una solución mutua a un conflicto. Viene pues, íntimamente ligada esta observación a la autonomía de la voluntad de las partes⁴⁶⁸, lo cual, en este aspecto nos hace posicionarnos claramente en la teoría contractualista del arbitraje. Todo principia y nace de un acuerdo: el acuerdo arbitral⁴⁶⁹. Ahora bien, con el objeto de poder ir arribando a conclusiones sobre la viabilidad o no de pretender una plena equiparación entre jueces oficiales, por decirlo así, y árbitros o jueces árbitros, ante todo, para ver si pueden compartir el *ius imperium* tradicionalmente delegado, sin reservas, a los primeros, creemos útil concluir este capítulo resaltando algunas diferencias y semejanzas entre unos y otros. Lo haremos de manera muy selectiva, y nos concentraremos en aquellas que sirvan para el propósito anterior. Por ende, aclaramos que habrá otras que aunque obvias o no tan obvias, no tienen mayor incidencia para la discusión que necesitamos generar. En este empeño, seguiremos de cerca, parafraseando la obra del Dr. Rafael Bernal, titulada “*El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*”⁴⁷⁰. Empezando por las diferencias, aunque reiterando en alguna forma lo ya dicho, la primera nos dice que el juez deriva su imperio de la ley, en tanto el árbitro es facultado para ejercer sus funciones, directamente de la delegación que le hacen las partes, por lo que la función de los jueces es ordinaria, mientras que la de los árbitros es excepcional. La segunda diferencia que queremos resaltar es que los jueces oficiales, son nombrados con carácter permanente, y aunque sus facultades jurisdiccionales son amplias, están

⁴⁶⁷ Muchísimas legislaciones aplicables al arbitraje, prohíben expresamente que un juez funja como árbitro. El caso de Guatemala no es la excepción. Artículo 14, numeral 3, Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República).

⁴⁶⁸ O de “libertad de contratación”, como derecho humano individual, según el artículo 23 de la Constitución salvadoreña, como ya fuera comentado anteriormente en texto.

⁴⁶⁹ En la legislación guatemalteca, como en otras legislaciones que han seguido de cerca el Modelo de Ley de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el acuerdo arbitral ha venido a sustituir o en algunos casos, a absorber, la tradicional caracterización y diferenciación entre pacto o cláusula compromisoria y contrato de compromiso.

⁴⁷⁰ Dr. Bernal, Rafael, *op. cit.* pp. 67-69.

delimitadas por la repartición de competencias que hace el legislador, es decir, el Estado mismo. En contraste, los árbitros son nombrados temporalmente, y sus facultades jurisdiccionales se extienden solo al caso al que se refiere el acuerdo arbitral que le da origen y sentido a su designación temporal y el procedimiento que deberán aplicar. Por representarlo de una manera dramática y más coloquial si se quiere, terminado el caso con la definitividad del laudo arbitral, estos árbitros no podrán recibir un nuevo caso si no existe otro acuerdo arbitral que así lo disponga y ni siquiera estarán seguros si volverán a actuar juntos como árbitros, en caso de tribunales arbitrales colegiados. En cambio, el pobre mismo juez oficial seguirá, en el mismo día, no digamos en el mismo mes, recibiendo más y más casos. Otra diferencia, la tercera en su orden, es que a los árbitros, si se les faculta expresamente, pueden emitir su lado en equidad o en algunos casos, basado en criterios eminentemente técnicos. Estas dos posibilidades le están vedadas al juez ordinario u oficial⁴⁷¹. Y una cuarta y final diferencia que reconoce la doctrina, pero que por ser precisamente objeto central de este limitado artículo no hacemos más que mencionarlo: el juez como facultad inmanente tiene imperio. El árbitro, en términos amplios, se le desconoce la posibilidad de contar con él⁴⁷². En cuanto a las similitudes o semejanzas, la primera DEBERÍA ser, siempre, que tanto el juez como el árbitro tengan la misma función: encontrar la verdad real sobre la verdad formal. Una segunda semejanza, de suyo muy importante, es la fuerza y efectos que se le reconocen legalmente tanto al laudo como a la sentencia. Pueden ser ejecutadas coactivamente mediante los procedimientos respectivos. Aquí cabe una pregunta filosófica a tono con el tema central de este artículo: ¿podrían los árbitros ejecutar sus propios laudos? Anticipo que no, pero trataremos de razonar el por qué de nuestra negativa más adelante. La tercera y última semejanza que mencionamos es que los poderes que los árbitros tienen FRENTE A LAS PARTES QUE HAN REALIZADO SU NOMBRAMIENTO COMO TAL, sea directa o indirectamente, en términos generales, son iguales a los de los jueces. Podríamos conceder, de alguna forma en contra de nuestra posición general, que los árbitros tienen un *ius imperium sui generis*. Lo

⁴⁷¹ Aclaramos que no por ello justificaríamos que entonces los Jueces deban resolver cuáles instrumentos mecánicos, aplicando con fríos silogismos y de manera literal, la ley a los casos concretos. Esto es un problema de un malentendido o exacerbado positivismo jurídico que, principalmente, las Facultades de Derecho están llamadas a superar en la formación de los profesionales del derecho

⁴⁷² También debemos reconocer que las legislaciones que se adscriben más cercanamente a la tesis procesalista o jurisdiccional como fundamentación general del arbitraje, han empezado a romper esta diferencia, otorgando mayores facultades con imperio a los árbitros. Sin embargo, queremos resaltar que una cosa es adscribirse o no a la tesis procesalista, y otra es querer equiparar plenamente a los árbitros con los jueces, como veremos más adelante.

tienen frente a las partes del proceso arbitral, y mientras dure el proceso con todas sus etapas e incidencias. Y luego, que el laudo que emiten, a cual manera de legado de sus creadores, queda impregnando de ese *ius imperium*, ahora sí, inclusive frente a terceros, una vez que nace formalmente el laudo, salvo causa de anulabilidad decretada. Antes de pasar a analizar, dentro de esta última cuestión del *ius imperium* en el siguiente capítulo, qué facultades tienen los árbitros en cuanto a decretar medidas cautelares o medidas anticipatorias en su caso y el alcance o efectos de esas facultades, nos parece importante citar algunos aspectos de la Ley de la Carrera Judicial de Guatemala (decreto 41-99 del Congreso de la República) que ya, de una manera normativa y no tanto doctrinaria, también pueden determinar en este caso, otras diferencias muy importantes entre jueces y árbitros. Por ejemplo, en esta legislación se establece que los jueces y magistrados ejercerán sus funciones en forma permanente e inamovible hasta que cesen en las mismas con arreglo a lo que dispone la Constitución Política de la República y la ley mencionada⁴⁷³. Cabe hacer un énfasis en este momento, que entre otras cosas, la Constitución guatemalteca reconoce a los jueces y magistrados en el artículo 206, el derecho de antejuicio. Es decir, tienen inmunidad procesal mientras no se declare por la Corte Suprema de Justicia que procede encausar a un juez o un magistrado al encontrar motivos suficientes o razonables para ello. Ya veremos por qué resaltamos esta inmunidad o privilegio de los jueces y magistrados de los tribunales oficiales, del Estado, o públicos, como sea que se les llame. Aunque habría otros preceptos normativos de la Ley de la Carrera Judicial muy interesantes de invocar para los propósitos que perseguimos en este artículo, tales como los relacionados con régimen disciplinario, sanciones y sistemas de control de desempeño para los jueces y magistrados, nos limitamos a citar una norma más. Se trata de la clasificación aplicable a la carrera judicial. Dice el artículo 13 respectivo que comprende únicamente a quienes por mandato constitucional ejercen jurisdicción y competencia en la administración de justicia y los divide en cuatro categorías o clases que no forman grado jerárquico, así:

- a) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Magistrados de la Corte de Apelaciones y otros tribunales colegiados;
- c) Jueces de primera instancia; y
- d) Jueces de paz.

Ya tomará sentido más adelante, esperamos, el porqué citamos estos preceptos.

⁴⁷³ Artículo 3, primer párrafo, Ley de la Carrera Judicial.

4. FACULTAD DE DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES O MEDIDAS ANTICIPATORIAS

¿Pueden los árbitros decretar medidas o providencias cautelares o anticipatorias⁴⁷⁴? Para responder a esta interrogante, podrían tomarse dos vertientes. Buscar respuestas basándonos precisamente en algunas de las diferencias y similitudes ya marcadas en el capítulo anterior, o bien, de manera más práctica, buscar respuestas directamente en la legislación. Intentaremos hacer ambas. De conformidad con lo comentado en el capítulo anterior, si los árbitros tienen poderes coercitivos frente a las partes que le dieron origen y por ende a su nombramiento como árbitros, si aceptamos que ejercen una jurisdicción en el sentido de conocer y determinar a quien le corresponde la satisfacción o no de una pretensión y que esa jurisdicción, aunque temporal y específica para ese único caso, ya dentro de ese contexto, es plena y vinculante para las partes ya mencionadas, entonces la respuesta debería ser que los árbitros sí deben tener plenas facultades para conocer y resolver sobre la petición y su respectivo otorgamiento o no de medidas cautelares o anticipatorias que deban ser cumplidas o que estén dirigidas a las partes del proceso arbitral. Nótese bien que decimos, ante las partes del proceso arbitral. Basados en ese mismo razonamiento que los poderes de los árbitros, su jurisdicción y sus facultades, todas ellas vienen de un acuerdo arbitral, por supuesto, reconocido en sus efectos por legislación emitida por el Estado respectivo, o sea, dicho de otra forma, que viene del acuerdo de voluntad de las partes, entonces esos poderes, esas facultades, y en suma esa jurisdicción de tramitar y resolver un procedimiento y todas sus incidencias para resolver finalmente un conflicto, deben quedar confinadas a las partes que han manifestado ese acuerdo de voluntades para ello. Decir lo contrario, sería reconocer que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes podría tener efectos vinculantes frente a terceros. Esta sería una respuesta inicial de tipo teórico o doctrinario, reconociendo también que en esta visión, si se quiere, conservadora de las funciones y atribuciones de un árbitro también debe quedar incluida la necesidad, si no ya la obligación que los tribunales del orden común, oficiales o Estatales, cooperen con los tribunales arbitrales cuando estos necesitan hacer valer alguna resolución frente a terceros, ya sea decretándolas en su caso, o simplemente tramitando el apoyo necesario si fuera ese otro el caso. Pero busquemos ahora algunas respuestas de tipo normativo en legislación vigente. Guatemala, dado que sigue de cerca el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI, permite que los árbitros decreten u ordenen medidas o providencias cautelares frente a las

⁴⁷⁴ Algunos autores distinguen las medidas o providencias cautelares tradicionales, de las anticipatorias, y estas últimas las ubican como institución de tradición procesal italiana.

partes del proceso arbitral. Pero si dichas partes no cumplen voluntariamente con las mismas, o si esas providencias cautelares deben requerirse en cuanto a su cumplimiento, a terceros ajenos al proceso arbitral, entonces la Ley de Arbitraje guatemalteca requiere que los árbitros pidan la asistencia o auxilio judicial, el que debe ser tramitado de conformidad con el artículo 9 de la misma ley⁴⁷⁵. Debemos notar que en nuestra legislación vigente, no se contemplan o regulan medidas anticipatorias, de manera diferenciada o distinta a las medidas precautorias o cautelares. En el caso de la legislación costarricense, a manera de seguir con algún grado comparativo como el contenido al inicio de este trabajo, es muy interesante notar que la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Decreto 7.727) no contempla, al menos expresamente, ni siquiera la facultad que el Tribunal Arbitral o el árbitro, en su caso, decreta medidas cautelares, aun y cuando se trate de aquellas que las mismas partes del arbitraje deban cumplir, no digamos, aquellas que podrían estar dirigidas a terceros ajenos al proceso arbitral⁴⁷⁶. Respecto a la ley hondureña, titulada "Ley de Conciliación y Arbitraje" contenida en el Decreto 161-2000 del Congreso Nacional, no existe una norma expresa o dedicada específicamente al tema de las medidas cautelares o precautorias como en el caso de las dos legislaciones anteriormente comentadas. Únicamente se hace alusión al tema de estas medidas en el artículo 41, último párrafo⁴⁷⁷, determinándose que el hecho de solicitar medidas cautelares antes o durante el proceso arbitral, ante las autoridades judiciales competentes, no se entiende como renuncia tácita al arbitraje o el acuerdo arbitral. Ello comprueba entonces que en Honduras se sigue un criterio más cercano o igual que el adoptado por Costa Rica. El caso de El Salvador es interesante, dado que, aunque el tema de medidas cautelares está previsto en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (Decreto 914 del año 2002) de la misma manera que en Honduras, es decir, dentro del tema sobre la renuncia al arbitraje, la redacción aclaratoria de cuándo no se considera que hay renuncia tácita al mismo, tiene una adición, comparada con el texto legal

⁴⁷⁵ El artículo 22 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, bajo el epígrafe de "Facultades del Tribunal Arbitral de Ordenar Providencias Cautelares" regula lo descrito en el texto del cual deriva esta nota.

⁴⁷⁶ El artículo 52 de la citada ley, prescribe lo siguiente: "En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal Arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral".

⁴⁷⁷ Artículo 41. De la Renuncia al Arbitraje: ... 1), ...2)... 3)... No se considera renuncia tácita al arbitraje el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.

hondureño que, en nuestra opinión, puede entenderse como la posibilidad que algún otro órgano que no sea una autoridad judicial competente, podría haber ordenado una medida cautelar, y sea dicha autoridad judicial competente, en el ejercicio de su *ius imperium* quien ordene o conceda el cumplimiento de las mismas⁴⁷⁸. Finalmente, el caso de Nicaragua, que, estrena su nuevo ordenamiento jurídico en materia de MARC a partir del 24 de agosto de 2005, es decir 60 días después de haberse publicado muy recientemente la Ley N° 540, que contiene la “Ley de Mediación y Arbitraje”, contiene una norma, en su artículo 43 que quizás es la más decidida en la región centroamericana en cuanto a otorgar más amplias facultades al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, inclusive frente a terceros, pero dejando a salvo como máxima autoridad en esta materia a los tribunales judiciales o comunes, pues estos últimos pueden revocar o dejar sin efecto esas medidas⁴⁷⁹.

5. COMENTARIOS A INICIATIVA DE LEY SOBRE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE EL TEMA DE MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPATORIAS

Esta iniciativa, que contiene una breve exposición, fue preparada a finales del año 2004, como parte de un “paquete” de reformas legales que pretendían las máximas autoridades judiciales del país, para, en algunos casos, agilizar procedimientos y en otros, modernizar los mismos. Por ende, en esta iniciativa que comentaremos muy breve y selectivamente, la visión de quienes recibieron el encargo de prepararla, era sustituir totalmente el sistema legal vigente en Guatemala aplicable al arbitraje, pero en realidad, sustituyéndolo con una ley muy parecida a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto 67-95), salvo cuatro aspectos de notoria diferencia que podríamos resumir así: a) regulación y control de los centros dedicados a la administración de mediaciones, conciliaciones o arbitrajes; b) inclusión,

⁴⁷⁸ Artículo 32, último párrafo: “La renuncia al arbitraje se regirá por los siguientes principios: a)... b)... c)... No se considera renuncia tácita el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas” (el énfasis es nuestro).

⁴⁷⁹ Artículo 43. Facultades del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral a petición de cualquiera de ellas, podrá ordenar la adopción de medidas cautelares que el Tribunal Arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá solicitar de cualquiera de las partes una garantía apropiada en relación con esas medidas. Las autoridades o dependencias públicas así como las particulares a quienes el Tribunal Arbitral les solicite realizar algún tipo de acto o tomar algún tipo de medida para materializar la medida provisional cautelar, cumplirán con lo solicitado hasta tanto no reciban petición en contrario de dicho tribunal arbitral o una orden de un tribunal de la justicia ordinaria que disponga otra cosa”.

por primera vez, de la NEGOCIACIÓN como un método alternativo de solución de conflictos, dedicándole varias normas a ella; c) regulación más a fondo, de la conciliación y la diferenciación e inclusión, también, por vez primera, de la MEDIACIÓN, creando una supuesta diferenciación entre esta y la conciliación; y d) finalmente, y no obstante la observación anterior que en materia de arbitraje, se deja en forma muy similar lo contenido en el Decreto 67-95, SALVO algunos pequeños detalles que no cambian su esencia de todas formas, Y UN CAMBIO SIGNIFICATIVO: el de equiparar plenamente a los árbitros con los jueces y otorgarles plenas facultades o poderes, con su impronta de *ius imperium* ante cualquier parte o persona, para poder otorgar cualquier medida cautelar, y también, medidas anticipatorias, prestando este concepto los autores de la iniciativa, según su propia y breve exposición de motivos, de la legislación italiana, como ya se había expresado anteriormente. Solo al último tema identificado con el literal “d” anterior, nos dedicaremos de ahora en adelante. Lo primero que consideramos importante mencionar, citando textualmente la exposición de motivos, es el concepto siguiente:

“Es importante señalar que en la ley, con fundamento en lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se resalta que los tribunales de arbitraje tienen la misma jerarquía que los tribunales ordinarios con lo cual se deja claro su potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado así como de decretar providencias cautelares y las nuevas medidas anticipatorias, institución de tradición italiana que se incorpora a la legislación guatemalteca para hacer más eficaz la acción de los tribunales de arbitraje. Estas modernas instituciones colocan el proceso arbitral guatemalteco a la vanguardia internacional y permitirán que el mismo cumpla su finalidad de mejor forma (sic)”.

Debemos aclarar que aunque la redacción de este texto pareciera referirse a una ley aprobada y vigente, en realidad se trata del anteproyecto, como es obvio. El texto constitucional completo del artículo 203 ha quedado citado en el pie de página número 4 de este trabajo. Juzgue, por favor, estimable lector, en qué parte de ese texto constitucional se resalta que los tribunales de arbitraje tienen la misma jerarquía que los tribunales ordinarios, con lo cual se deja claro su potestad, es decir, la de los tribunales de arbitraje, de juzgar y ejecutar lo juzgado, así como de decretar providencias cautelares... Ya dijimos, en el capítulo 1, que el fundamento o basamento constitucional en Guatemala, para utilizar, como derecho humano individual, los métodos alternativos de solución de conflictos, no tiene un reconocimiento expreso o puntual, pero sí tácito, derivado del artículo 44 de nuestra Constitución y derivado también de la tradición que ya puede marcarse, en nuestra región y en otros países y su historia, que

este efectivamente es un derecho humano individual, extensivo también a personas jurídicas como cualquier otro derecho fundamental que puede ser invocado por tales personas jurídicas. Por ende, creemos que no es necesario recurrir al artículo 203 citado, para asegurar la viabilidad constitucional. En todo caso, el artículo 203, únicamente en cuanto a su tercer párrafo, complementaría y sustentaría la idea que los tribunales arbitrales pueden ejercer jurisdicción por estar reconocidos en ley. Pero ya, de ahí a decir que este artículo 203 constitucional equipara plenamente a los tribunales de arbitraje con los tribunales oficiales o públicos y que además les da facultades de decretar providencias cautelares, nos parece que se requiere de una gran capacidad para leer semejantes facultades, entre líneas. Y pasando ya al texto del anteproyecto, nos limitaremos a citar únicamente un artículo, por razones de espacio, que ya se acaba, y luego haremos un comentario general de dicha iniciativa. El artículo que queremos transcribir es el tres, en su segundo párrafo, que dice: “Los tribunales de arbitraje que se establecen conforme la presente ley, se consideran de la misma jerarquía e inmunidades que los tribunales de jurisdicción ordinaria por consiguiente están facultados para decretar toda clase de providencias cautelares, medidas anticipatorias y otras resoluciones, así como para ejecutar lo juzgado (Los énfasis son propios)”.

Es muy importante comentar que, en la Ley de Arbitraje vigente en Guatemala, los únicos casos taxativamente normados en que se requiere apoyo o auxilio judicial, son:

- a) Nombramiento de un árbitro cuando una de las partes se niega a hacerlo;
- b) Determinación final en caso de recusación de un árbitro ya nombrado;
- c) Revisión sobre la decisión de declaratoria de competencia que haga el mismo tribunal arbitral, bajo la facultad que este tiene de decidir sobre aspectos de su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*);
- d) Resolución sobre medidas cautelares que deban cumplir coactivamente las partes del proceso arbitral o terceros ajenos al proceso; y
- e) Asistencia para la tramitación de pruebas, cuando fuera necesario.

Por supuesto, ya en otra forma, también intervienen tribunales del sistema judicial si se impugna el laudo o si se pide su ejecución forzosa. Hacemos esta aclaración, pues es muy importante resaltar que en el anteproyecto de ley, no obstante lo que se pretende disponer con el artículo 3, segundo párrafo, en lo único que se elimina la asistencia judicial en dicho anteproyecto, es precisamente, en permitir que los tribunales arbitrales decreten toda clase de medidas precautorias o cautelares, y anticipatorias, sin necesidad de intervención judicial alguna y con plenos poderes vinculantes para cualquier persona. En todo lo demás, queda exactamente igual que en la legislación vigente, inclusive para la ejecu-

ción del laudo, que a la fecha requiere intervención judicial directa, no obstante que pareciera insinuar el artículo 3 del anteproyecto que se otorga facultad a los tribunales de arbitraje de ejecutar sus propios laudos. Esto denota, en nuestra opinión, que quienes prepararon el anteproyecto que venimos comentando, tenían una fijación especial en el tema de medidas cautelares. Si fuera sustentable, sin cuestionamiento alguno, que los tribunales de arbitraje realmente se equiparan en funciones, atribuciones e inclusive, en inmunidades, a los tribunales que forman parte del Organismo Judicial, la pregunta entonces es ¿por qué los redactores del anteproyecto no fueron plenamente consistentes, y eliminaron entonces toda necesidad de intervención judicial en los procedimientos arbitrales, incluyendo la ejecución de los laudos, que lo enunciaron, pero no lo contemplaron? Trataremos de dar, al menos nuestra respuesta, en el capítulo final que contiene la conclusión de este trabajo.

6. CONCLUSIÓN

Basándonos en todo lo expuesto y comentado hasta ahora, creemos que no es pertinente seguir el criterio adoptado en el anteproyecto de ley que se ha preparado en Guatemala. Por muchos motivos, entre ellos, especialmente las diferencias que hemos resaltado entre árbitros y jueces. Simplemente no vemos viable, ni constitucional ni legalmente, que se pretenda equiparar plenamente a los mismos, en cuanto a funciones, atribuciones, facultades, obligaciones y privilegios o inmunidades. ¿Podríamos pensar realmente que un árbitro tenga derecho de antejuicio? ¿O que deba hacer una carrera “arbitral” (por no poderla llamar judicial) sujeta a controles de desempeño, y eventuales sanciones? ¿Cómo compatibilizar todo eso, con el carácter temporal y extraordinario de las funciones de un árbitro? Todas estas respuestas, a la luz de la legislación guatemalteca al menos, particularmente a la luz de la Ley de la Carrera Judicial comentada, serían negativas en nuestra opinión. Más bien, imposibles de pensar tan siquiera. Reiteramos que el fundamento constitucional que debe darse al derecho de utilizar métodos alternativos de solución de conflictos, como lo hacen muchos países, es el que consiste en un derecho humano individual o un derecho fundamental. No debemos por ende, cimentarlo en artículos como el 203 de la Constitución guatemalteca, que no persigue ese fin. Como mucho, este artículo tiene un efecto complementario e integrador. Si queremos lograr que avance un poco más la utilización, concretamente, del arbitraje, reconociendo mayores facultades y autonomía a los árbitros en materia de medidas o providencias cautelares o provisionales, en todo caso se podría seguir la modalidad adoptada por la legislación nicaragüense, que es más reservada, no pretende equiparar a los árbitros con los jueces en cuanto al ejercicio del *ius imperium* que estos últimos tienen frente a la ciudadanía o las personas en general, ni

llega al extremo de afirmar que los árbitros pueden ejecutar sus propios laudos arbitrales. Es cierto que hemos podido observar, como se dijo antes, un debate interesante en cuanto a conceder mayores y más eficaces atribuciones a los árbitros en esta importante y a la vez, delicada materia. Pero en el afán de lograr ese propósito, creemos que no se debe caer más bien en graves despropósitos. Pareciera que en el caso de la propuesta contenida en el anteproyecto trabajado en Guatemala, casi pudiera decirse que hay una obsesión por otorgar el *ius imperium* a los árbitros en materia de medidas cautelares y otras medidas, como las llamadas anticipatorias, y esto, refleja algo más de fondo y quizás preocupante. Refleja una práctica forense, que no siempre es deseable, a nivel de la administración de justicia en general, en juicios prolongados, formalistas y que generalmente no resuelven el fondo del asunto, el tratar de obtener en los albores de los litigios, medidas cautelares o provisionales que, dictadas u ordenadas irreflexiva o abusivamente, o solicitadas inconscientemente, puedan convertirse en cuasi sentencias, con el fin de forzar a soluciones transadas entre las partes, en especial, aquella que se ve afectada por tales medidas sin poderlas revocar o sustituir al menos, de manera eficaz. Y todo eso, pareciera que con estas propuestas como la contenida en el anteproyecto de ley comentado, se quisiera también trasladar al arbitraje, cuando este no es ni debe ser lento, formalista o solemne ni quedarse en la búsqueda de la verdad formal. Cerramos entonces con dos reflexiones: una al gremio de abogados, de no fomentar una práctica que no tiende a reforzar el concepto de una verdadera administración de justicia, al querer ganar los juicios, sean arbitrales o no, con cuasi laudos o cuasi sentencias; y la segunda, a quienes tienen a su cargo la administración de justicia, para que precisamente no provoquen este tipo de prácticas, al no resolver, de manera pronta y cumplida, los casos que se les encomiendan.

LA CONCILIACIÓN EN HONDURAS

MARIO A. BUSTILLO MUÑOZ⁴⁸⁰

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes históricos de la conciliación en Honduras, 3. Legislaciones que regulan la conciliación en Honduras, 4. De la conciliación, 5. Clases de conciliación, 6. De los conciliadores, 7. Conclusión del procedimiento conciliatorio, 8. Actas de conciliación, 9. Validez y efectos del acuerdo conciliatorio, 10. Conclusiones y recomendaciones, 11. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda no se puede desconocer que el Estado de Honduras ha logrado en los últimos años significativos avances en materia de Justicia. Por un lado podemos mencionar, entre otras, el cambio del proceso penal escrito al proceso oral, la reforma constitucional que introduce el nuevo sistema de elección de los Magistrados a la Corte Suprema de Justicia con la amplia participación de la sociedad civil, más los esfuerzos que se están iniciando para reformar el proceso civil a un sistema oral y por otro en materia de solución alterna de controversias, la aprobación de la Ley de Conciliación y Arbitraje en 17 de octubre de 2000 y la ratificación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales dictadas en el extranjero. Estas acciones tienen su razón de ser y nos demuestran que existe voluntad para mejorar el sistema de administración de justicia, que es uno de los pilares sobre los cuales se encuentra construido un Estado de Derecho. Este sistema de justicia, el cual no solo ha de ser eficaz, eficiente y moderno, sino que debe estar al alcance de todos con soluciones rápidas, transparentes y justas.

Para nadie es desconocido que en América Latina nos aquejan problemas comunes en materia de justicia: Los sistemas judiciales están completamente saturados de litigio, existe escasez de personal, pocos recursos

⁴⁸⁰ Abogado, Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, Honduras. Miembro de la Comisión Redactora de Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras. Representante de Honduras ante La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Árbitro del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centro América y del Tratado de Libre Comercio entre CA-3 y México.

económicos, personal mal capacitado, inseguridad jurídica, procesos lentos, etc., que han logrado que exista desconfianza en el sistema y profundizado la problemática en este sector.

Frente a tal estado de las cosas, las sociedades modernas han venido buscando insaciablemente soluciones que le permitan recuperar tan preciado bien, muchas de ellas han sido orientadas por la reforma y actualización de las normas sustanciales y procedimentales. En uno de los casos, este esfuerzo ha traspasado las fronteras de cada uno de nuestros países y se ha venido planteando en el ámbito continental un sólido movimiento que ha tenido su auge en la última década, que persigue replantear la forma tradicional de abordaje y manejo del conflicto, atacando el problema no a partir de sus manifestaciones externas, sino en sus raíces, proporcionando nuevas alternativas u opciones, contando al efecto con la participación activa de la sociedad, que indudablemente tienen un nuevo y dinámico rol que cumplir en esta materia.

Este movimiento nace como respuesta a esta problemática y su enfoque no es el de sustituir o competir con el Poder Judicial, al contrario, es de preservarlo y descongestionarlo, para que atienda solo aquello que resulte adversativo y litigioso, como última instancia de solución, complementándolo con métodos o procedimientos rápidos y ajustados a la naturaleza de las controversias⁴⁸¹. Me refiero al movimiento de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) y al cual mi país se está tratando de insertar, pasos iniciales que se han dado con el desarrollo de un Programa de Métodos Alternos de Solución de Controversias, gracias al apoyo del Fondo Multilateral de Inversiones, como ha sucedido en la mayoría de los países de Latinoamérica, teniendo como actores principales a la Cámaras de Comercio.

Es importante resaltar que a pesar de ciertos intentos aislados de promover los métodos alternos de solución de controversias a finales de la década de los ochentas y a principio de los noventas, es en el año 1997 que se empiezan a transformar los métodos alternos de solución de controversias mediante la implementación del programa referido. Este programa tenía como finalidad primordial, en principio, contribuir a la solución de los conflictos mediante los servicios de conciliación y arbitraje para mejorar las condiciones de inversión en mi país, consistía en establecer dos centros de conciliación y arbitraje, uno de los cuales es el que actualmente dirijo, el de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa; promover el uso de los mismos; capacitar y contar con un nuevo marco legal, que se adecuara a la nuevas tendencia en la materia y que lograrse su aplicación efectiva en nuestro país.

⁴⁸¹ Gómez Sandoval, Clemencia, "Las instituciones de los Métodos Alternos de Solución de Controversias", Tegucigalpa M D. C, Honduras, CCIT 1998, p. 2.

En el desarrollo del componente del marco legal, al elaborar el diagnóstico, se concluyó la necesidad de elaborar y aprobar una ley especial en métodos alternos de solución de controversias, del cual contó con el apoyo de todos los sectores, incluyendo la de los Abogados y Notarios, que en otros países no han estado de acuerdo en el desarrollo de estas figuras. Como producto final, el 17 de octubre de 2000, se aprobó la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto 162-2000 publicada en el diario oficial "La Gaceta", el 14 de febrero de 2001, que regula dos de los mecanismos, la Conciliación y el Arbitraje, y de los cuales me permito desarrollar el tema de la Conciliación.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONCILIACIÓN EN HONDURAS

La Conciliación es una institución jurídica que presenta raíces muy antiguas. Existían en las relaciones entre los griegos y los persas, e incluso en la Biblia, en el libro del Génesis se les cita como elementos importantes en la vida de la sociedad⁴⁸². Además, existen antecedentes de implementación y desarrollo en la sociedad primitiva, en el Derecho Romano, en el Derecho Eclesiástico, la Edad Media, Edad Moderna y la Época Moderna.

En Honduras, haciendo un análisis de las distintas Constituciones que hemos tenido a partir de su independencia en 1821, podemos apreciar los distintos momentos y circunstancias donde la sociedad opta por este mecanismo de solución de controversias:

Constitución Federal (1824)

Artículo 171 "Ningún juicio civil o sobre injurias podrá establecerse sin hacer constar que se ha intentado antes el medio de conciliación"⁴⁸³.

Constitución Política de Honduras (1825)

Artículo 68 "Los Alcaldes de los pueblos ejercen en ellos oficios de conciliadores en las demandas civiles, y sobre injurias que deben establecerse en juicio escrito".

Artículo 69 "Sin que haya procedido este juicio conciliatorio, no se podrá establecer pleito alguno"⁴⁸⁴.

⁴⁸² Bernal Gutiérrez, Rafael, "Visión Panorámica de los Métodos Alternos de Solución de Controversias en Latinoamérica", Tegucigalpa M.D.C., Honduras, 1998, p. 1.

⁴⁸³ Publicación del Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNAH, Recopilación de las Constituciones de Honduras 1825-1965, Tegucigalpa, Honduras, pp. 91 y 122, septiembre 1977.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 209.

Constitución Política de Honduras (1839)

Artículo 73: "Los Alcaldes ejercen en sus pueblos el oficio de conciliador; ningún juicio civil o sobre injurias, podrá entablarse por escrito sin hacer constar que se ha intentado antes el medio de conciliación"⁴⁸⁵.

Es importante resaltar que en estas Constituciones se percibe a la conciliación como un paso previo antes de iniciar un procedimiento judicial y lo que la Doctrina llama prejudicial o preprocesal⁴⁸⁶.

En las Constituciones Políticas de Honduras de 1894, 1924 y 1936 en los artículos 132, 72 y 80, respectivamente, no aparece de manera expresa la figura de la conciliación, sin embargo se incorporan los conceptos de transacción que está íntimamente vinculado a la conciliación, y el arbitramento, que pertenecen a la clasificación de Métodos Alternos de Solución de Controversias.

"Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento".

En las Constituciones de 1957 y 1965, en los artículos 123 y 104, respectivamente, se incorpora la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos de trabajo. Esta disposición es muy similar a la norma vigente establecida en la Constitución de 1982.

"El Estado tiene la obligación de promover la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos de trabajo".

En la Constitución vigente desde 1982, aparecen dos normas en que reafirma la utilización de la transacción, conciliación y el arbitraje, como mecanismos alternos a los procesos judiciales para solucionar los conflictos. Estas normas aparecen estipuladas en los artículos 110 y 139.

Artículo 110 *"Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento"*.

Artículo 139 *"El Estado tiene la obligación de promover, organizar y regular la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos de trabajo"*⁴⁸⁷.

Como se puede observar, la conciliación, al igual que el arbitraje y la transacción, no son algo nuevo, al contrario, han estado presentes en la evolución de la historia del hombre. En nuestra realidad aparece regulada

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 210

⁴⁸⁶ Cámara de Comercio de Bogotá, ¡Mejor Conciliemos! Una opción Efectiva para la solución de las Diferencias Civiles y Comerciales, Santa Fe de Bogota, Colombia, p. 31, enero 1997.

⁴⁸⁷ Constitución de la República de Honduras, 1982.

desde la independencia, y actualmente tiene rango constitucional, por lo que es muy importante su permanencia y desarrollo.

3. LEGISLACIONES QUE REGULAN LA CONCILIACIÓN EN HONDURAS

Realizando un recorrido en nuestro ordenamiento jurídico podemos detallar que este mecanismo se encuentra regulado en varios cuerpos legales. A continuación se señalan, en orden de prelación, los siguientes cuerpos legales:

Código Civil 1906

En lo referente a las servidumbres legales, reguladas en el Libro II, en su artículo 843, sobre el derecho de acueducto, el juez conciliará en lo posible los intereses de las partes, y en los puntos dudosos decidirá a favor de las heredades sirvientes.

Código de Trabajo de 1959

En el título VII, referente a la organización administrativa del trabajo, la Dirección General de Trabajo, dentro de sus atribuciones establece que debe cumplir funciones de conciliación en los conflictos y diferencias colectivas o individuales (Artículo 597, literal g); a la Inspectoría General de Trabajo le corresponde intervenir conciliatoriamente en los conflictos obrero-patronal; la Procuraduría, en el desempeño de su misión legal, está facultada para avenir a las partes y proponer fórmulas de arreglo (Artículos 639 y 640).

En la resolución de los conflictos colectivos de carácter económico social, se regula la promoción e integración de las juntas de conciliación y el procedimiento que debe seguirse (Artículos 53, 77 y 648-663).

Código de Familia (1987)

En la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, una vez presentada la solicitud, el juez, desarrollando un papel de conciliador, convocará los cónyuges a una audiencia inmediata, en las que se les hará las reflexiones que considere oportuna y las consecuencias de no lograr un acuerdo (Artículo 245).

Código de la Niñez y la Adolescencia (1996)

Una vez iniciadas las diligencias contra el niño infractor, el Ministerio Público o cualquier persona interesada podrá solicitar al juez que someta el asunto a conciliación. Procederá la conciliación en aquellas infracciones en que no haya existido violencia contra las personas (Artículos 219 al 223).

Código Procesal Penal (1999)

En su artículo 45, establece que en las faltas; en los delitos de acción privada, como ser los relativos al honor, violación de secretos, su revelación y el chantaje, estafa en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión; los

delitos de acción pública dependiente de instancia particular, como ser lesiones, las amenazas, el estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, el hurto, la usurpación, los daños y los relativos a la propiedad intelectual o industrial; y los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal, procederá la conciliación entre la víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de la apertura a juicio. Por otro lado, el órgano jurisdiccional, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, podrá exhortarlas a intentar una conciliación.

En el procedimiento por delitos de acción privada, una vez admitida la querrela, el tribunal de sentencia convocará a las partes a una audiencia de conciliación, que se celebrará dentro del término de diez días contados a partir del auto de admisión (Artículo 408).

Ley de Conciliación y Arbitraje (2001)

Si bien es cierto que en los demás textos jurídicos mencionan a la conciliación, es en esta Ley donde se desarrolla el tema y regula todo lo concerniente a la conciliación judicial y extrajudicial. Establece el concepto de la conciliación, asuntos conciliables, efecto y validez del acuerdo, clases de conciliación, requisitos de los conciliadores, inhabilidades e impedimentos, así como lo relativo a los centros de conciliación, conclusión del procedimiento conciliatorio. Todas las normas jurídicas que se refieren a la conciliación deben complementarse con esta Ley. Esta Ley es el estamento jurídico más importante de la Conciliación (Artículos 1-25).

Ley de Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras (Artículo 21 reformado, 2002) previo a cualquier proceso judicial o arbitral, el concesionario o concedente deben intentar una conciliación.

Ley de Policía y Convivencia Social (2002)

Esta Ley autoriza al Ministerio de Seguridad para crear Oficinas de Conciliación para asuntos de policía en general (Artículo 3). Asimismo autoriza a los Departamentos Municipales de Justicia, servir de órgano conciliador o de mediador en los conflictos de los habitantes de la comunidad en aquellas materias que se refieran a la función policial especial (Artículo 19).

Ley Marco del Sector de Agua Potable y Saneamiento (2003)

Al “Ente Regulador de los Servicios de Agua Potable” se le da la atribución de conciliar los conflictos que se susciten entre las municipalidades, entre estas y los prestadores de servicios, y entre estos mismos, y entre los prestadores y los usuarios (Artículo 13, numeral 7).

Ley de Propiedad (2004)

Cuando se refiere al procedimiento de catastro, una vez que los predios se hayan catastrado como irregulares, se requerirá a los interesados para que

concurran a una audiencia pública de conciliación. (Artículo 66): En el proceso de regularización de inmuebles por necesidad pública en los que se encuentren asentamientos humanos, el Instituto de la Propiedad citará a las partes para que concilien sus diferencias (Artículo 79): En los procesos de partición de inmuebles poseídos en comunidad de bienes o pro indiviso, las disputas podrán solucionarse mediante la Conciliación entre otros medios alternativos (Artículo 90).

4. DE LA CONCILIACIÓN

4.1. Concepto

Existen varios tipos de Métodos Alternos de Solución de Controversias o Métodos de Resolución Alternativa de Disputas⁴⁸⁸, como lo denominan otros estudiosos de la materia. Entre ellos se pueden mencionar a los tradicionales: la Negociación, la Mediación, el Arbitraje, la Amigable Composición, así como una nueva variedad, entre los que encontramos: Evaluación Neutral, Experto neutral, *fact finder* (Esclarecedor de cuestiones de hecho), grupo asesor (*focused group*), Minijuicio, Alquiler de un Juez. Entre los tradicionales encontramos a la Conciliación, o la que se conoce en derecho comparado como mediación, aunque algunas legislaciones como las argentinas han llegado a establecer diferencias; el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo y el mediador no.

Conciliar proviene del verbo latín *conciliare*, que significa reunir, componer, y ajustar los ánimos en diferencia, de los que están opuestos entre sí o conformar dos o más proposiciones contrarias⁴⁸⁹. El concepto de conciliación lo encontramos en nuestra legislación en el artículo 2 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, muy similar a la definición colombiana y a la salvadoreña: CONCEPTO DE CONCILIACIÓN. La conciliación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual dos o más personas naturales o jurídicas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominara conciliador.

4.2. Elementos importantes de la conciliación

De la definición que nos da nuestra Ley podemos identificar los siguientes elementos:

- Dos o más partes que interactúan con la intervención de un experto calificado y neutral.

⁴⁸⁸ Highton, Elena y Álvarez Gladys, "Mediación para Resolver Conflictos", Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 101.

- El trámite es voluntario e informal.
- El conciliador orienta el proceso y establece las reglas de juego.
- Es un facilitador del proceso de comunicación y negociación de las partes.
- Las partes tienen el control de proceso, es decir, ninguna solución es impuesta.
- La decisión final recae sobre las partes.
- Se enmarca dentro del concepto doctrinario no adversativo.

4.3. Asuntos conciliables

Como regla general serán conciliables todos aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. *A contrario sensu*, no serán conciliables aquellos asuntos en que exista una prohibición legal de transigir o conciliar.

A manera de ilustración podría conciliarse:

- a) Disputas patrimoniales relativas al modo de adquirir el dominio, posesión, uso y goce de los bienes, servidumbres y gravámenes.
- b) Disputas de índole comercial, ya sean contractuales o extracontractuales: Compra-venta, suministro, intercambio de bienes y servicios, acuerdos o convenios de representación, distribución o agencia, arrendamiento de bienes o de equipo con opción a compra, marcas, construcción de obras, consultorías, operaciones bancarias, seguros, etc.
- c) Laborales: Conflictos individuales entre los trabajadores y empleadores.
- d) Familiares: testamentarios o sucesorios, alimentos, custodia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal.
- e) Penales en los delitos de acción privada y los asuntos de policía⁴⁹⁰.

5. CLASES DE CONCILIACIÓN

La Ley de Conciliación y Arbitraje en su artículo 5 determina que la conciliación podrá ser judicial o extrajudicial. Doctrinariamente, se enmarca en la clasificación “por su relación con el proceso judicial”.

5.1. Conciliación judicial

En la conciliación judicial, podemos decir que la conciliación puede darse en dos momentos:

⁴⁹⁰ Ver “Legislación que Regula la Conciliación en Honduras”, capítulo 3 de este documento.

- En los procesos de primera o única instancia⁴⁹¹; y
- Ante los jueces de paz⁴⁹².

En los procesos de primera o única instancia. En los procesos de primera o única instancia y que versen sobre materias susceptibles de conciliación, deberá intentarse una audiencia de conciliación, ya sea de oficio o a solicitud de parte, antes de la evacuación de las pruebas. Para estos efectos deberán citarse a las partes, entendidas en el caso de las personerías jurídicas, a los representantes legales o las partes personalmente, quienes estarán obligadas a comparecer, so pena de la aplicación de una multa que varía de uno a tres salarios mínimos. Los apoderados podrán estar presentes en la audiencia pero no intervendrán de manera directa⁴⁹³.

De las regulaciones anteriores podemos hacer el siguiente análisis:

- 1) La intención del legislador es clara al obligar a las partes en un proceso judicial que intenten una audiencia de conciliación, para coadyuvar en el descongestionamiento y mora de los procesos judiciales.
- 2) Es importante aclarar que en este caso la instancia es obligatoria pero no llega al acuerdo, prevaleciendo siempre la característica de la voluntariedad que rige para la conciliación,
- 3) Para lograr un resultado efectivo y solución de fondo al problema es importante que capaciten a los jueces en técnicas de conciliación, si no difícilmente van a poder desarrollar su rol.
- 4) Es recomendable que la audiencia de conciliación no se desarrolle ante el juez que conoce la causa, pues las partes no van a entregarse o hablar con sinceridad, sabiendo que si no se logra la solución, se puede tomar en cuenta lo discutido para el fallo, y afectar a una parte, independientemente que la ley establezca que la fórmula de arreglo que proponga el juez no implica prejuizamiento. Habría que analizar si con un auto acordado de la Corte Suprema de Justicia se puede arreglar este asunto, sin necesidad de reformar la ley.
- 5) La idea de citar a las partes personalmente o al representante legal en caso de las personas jurídicas y que los apoderados legales no intervengan de manera directa, es muy importante, por lo que se quiere es que asista una persona que tenga poder de decisión en la materia objeto del conflicto y de esta manera aprovechar la dinámica de la audiencia para lograr acuerdo que satisfagan los intereses de las partes. Sin embargo, en la práctica ha existido inconformidad con los litigantes, en nuestro sistema procesal la citación es personal, y en la

⁴⁹¹ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 6.

⁴⁹² *Ibidem*, Artículo 11.

⁴⁹³ *Ibidem*, Artículos 6, 7, 8, 9, 10.

mayoría de los casos es muy difícil realizar dicha citación, causando inclusive demoras en los procesos, por lo que tendría que buscarse la manera que la citación hecha al apoderado tenga validez para la audiencia de conciliación.

Ante los jueces de paz. A los jueces de paz se les faculta, en el lugar de su jurisdicción y sin consideración a la cuantía, para llevar a cabo audiencias de conciliación, en las materias objeto de conciliación. La conciliación celebrada ante el juez de paz, tendrá los mismos efectos que la promovida ante el juez de letras, por lo que no será necesaria celebrarla de nuevo en los procesos que conozcan los jueces letrados⁴⁹⁴.

Esta regulación tiene dos consideraciones importantes:

- Se pretende que los jueces de paz sean vehículos de conciliación. Se busca darle una mayor y mejor utilización, ubicados a lo largo y ancho de la república, por lo que se constituyen en una poderosa herramienta para atacar a fondo la problemática judicial y generar un clima de paz y armonía, tomando en cuenta la incidencia e influencia que tienen en cada una de sus comunidades. No obstante, no se conoce de esta nueva función y muy pocos han sido capacitados en la materia, por lo que se hace necesario enfocar un programa de difusión y capacitación.
- Economía procesal. Una vez celebrada la audiencia de conciliación, no es necesario celebrarla en un proceso judicial eventual.

5.2. Conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial puede ser:

- a) Institucional
- b) Notarial
- c) Administrativa⁴⁹⁵.

a) Conciliación institucional

De los centros de conciliación

Es institucional la conciliación cuando se lleve a cabo en los centros de conciliación autorizados por la ley. La ley en este sentido ha sido muy limitativa, ya que únicamente podrán formar Centros de Conciliación las

⁴⁹⁴ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 11.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, art. 12.

Cámaras de Comercio, los Colegios Profesionales, las Asociaciones de Carácter Gremial y las instituciones de Educación Superior, como ser las universidades⁴⁹⁶. Esta limitación tiene su razón de ser y la idea es que no proliferen centros en cada esquina y desprestigien a la institución como ha sucedido en otros países. Tal vez una que logre madurez necesaria puede ampliarse o liberalizar la formación de los mismos.

Requisitos de los centros de conciliación

Para establecer y operar un centro de conciliación se deben cumplir con cinco requisitos:

- 1) Formar parte de las instituciones autorizadas por la ley y no una personería jurídica independiente.
- 2) Aprobar un Reglamento que contenga: Organigrama; Normas administrativas y de procedimiento; lista de conciliadores (requisitos, vigencia, causas de exclusión, designación). Tarifas de honorarios para conciliadores y gastos administrativos.
- 3) Archivos de Actas de Conciliación (Acuerdo total, Acuerdo parcial, desacuerdo e imposibilidad de conciliación).
- 4) Contar con las facilidades necesarias para poder atender debidamente sus funciones.
- 5) Capacitación previa a los conciliadores⁴⁹⁷.

La ley impone unos requisitos básicos que deben cumplir estos centros. No se necesita pedir autorización ante alguna autoridad del gobierno para operar, como sucede en otros países, pues se registrarán por la oferta o la demanda y sobrevivirán aquellos que presten un servicio eficiente y eficaz. No obstante, la ley los responsabiliza por los perjuicios que llegaren a causar por un ineficiente o negligente cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias.

Por otro lado es importante hacer notar que cada centro de conciliación está en la libertad de desarrollar su propio procedimiento, la ley no limita la creatividad de cualquier institución. Sin embargo, desde mi punto de vista, el procedimiento deberá cumplir unos requisitos mínimos como ser: requisitos de la solicitud, y para presentar la misma, Calificación de la solicitud (Conciliable o no conciliable), la forma y tiempo para designar el conciliador, citación o convocatoria de las partes, procedimiento y parámetros para celebrar la audiencia de conciliación, procedimiento para recusar a un conciliador y lo relacionado a las Actas.

⁴⁹⁶ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 12.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, Artículos 12, 13,14 y 15.

En la actualidad funcionan solo dos centros de conciliación, el que dirijo en la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, cuyo reglamento y principios éticos los pueden obtener de la página Web www.ccit.hn, y el de la Cámara de Comercio e Industrias de Cortes. Es importante hacer notar que a estas instituciones les ha tocado promocionar e impulsar en el país los métodos alternos de solución de controversias. Ha sido todo un honor y reto para las mismas, ya que no existe una política de Estado para implementar los mismos, más que en la parte normativa y reconocer que con la entrada en vigencia de la Ley de Conciliación y Arbitraje vino a replantear los mecanismos de solución de controversias, pero todavía existe mucho trabajo por realizar.

Competencia de los centros de conciliación

En principio los Centros de Conciliación podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción y desistimiento. Sin embargo, la ley autoriza para que puedan llevar a cabo las conciliaciones previstas en materia laboral, de familia, niñez, civil, comercial, agraria, policía y penal⁴⁹⁸.

Como se aprecia, el ámbito de acción de un centro de conciliación puede ser muy amplio. En nuestro caso nos hemos orientado en principio a la materia civil y comercial, con la idea que una vez que nos podamos consolidar más, involucrarnos en otras materias. En este momento con la Secretaría de Gobernación y Justicia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo estamos trabajando en la creación de un Centro de Conciliación Comunitario, con el objetivo que las personas de escasos recursos puedan utilizar este mecanismo y de esta manera tenga acceso a la justicia.

b) Conciliación notarial

La conciliación notarial es la que por ministerio de la ley se lleva a cabo ante notario. Actualmente existe un Instituto Hondureño de Derecho Notarial, que aglutina a la mayoría de los notarios de nuestro país. Es una buena oportunidad para esta organización impulsar la figura de la conciliación entre los notarios, ya que ha sido muy poco utilizada por ellos. En principio, por falta de conocimiento, y por otro lado, necesitan capacitarse en técnica de conciliación para desarrollar a cabalidad sus funciones. Asimismo deben velar porque la función conciliatoria se lleve dentro de los parámetros éticos que existen para dicha figura alternativa.

Vale la pena mencionar que recientemente hemos firmado un convenio de cooperación interinstitucional, para lograr los objetivos comentados en el párrafo anterior.

⁴⁹⁸ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 19.

c) *Conciliación administrativa*

La Conciliación Administrativa es la que llevan acabo los funcionarios de orden administrativa, debidamente habilitados por la ley para este efecto. En este sentido podemos mencionar que actualmente desarrollan conciliaciones administrativas, o están habilitados para hacerlo, los directores generales, inspectores y procuradores del Ministerio de Trabajo; los conciliadores de los Departamentos de Justicia municipal u oficinas de Conciliación de la Secretaría de Seguridad, en asuntos de policía; Funcionarios del Instituto de la Propiedad; y los conciliadores del Ente Regulador de los Servicios de Agua Potable⁴⁹⁹.

Por otro lado, el gobierno debe hacer un esfuerzo de darle las atribuciones de conciliación a ciertas instituciones que de hecho lo han venido haciendo, como ser: La Dirección Administrativa del Inquilinato, en los conflictos de arrendamiento; los conciliadores o jueces de tránsito en los conflictos de accidentes de tránsito; y a la Dirección de Protección del Consumidor adscrita a la Secretaría de Estado, en los despachos de Industria y Comercio, entre otros.

6. DE LOS CONCILIADORES

A) De los requisitos que exige nuestra legislación para ser conciliador se requiere que sea profesional universitario, no importa qué carrera estudió, siempre y cuando tenga habilidades para serlo. La excepción a esta regla son los estudiantes universitarios que realicen su práctica en los Centros de Conciliación de las Universidades⁵⁰⁰.

A mi manera de ver, el legislador cometió un error al establecer este requisito. Si consideramos a la conciliación como una herramienta de acceso a la justicia y sobre todo si se quiere promocionar la Conciliación Comunitaria, este requisito se convierte en un verdadero obstáculo. Para ser conciliador se requiere más la aptitud y habilidad, que un certificado, hay que recordar que en las comunidades existen personas con habilidades natas para poder desarrollar esta función. Esta norma es contradictoria, pues para los arbitrajes técnicos y en equidad no se requiere título universitario.

B) Los conciliadores tendrán los mismos impedimentos para actuar como tales, que de los árbitros⁵⁰¹. A los árbitros se les atribuyen los mismos impedimentos que a los jueces. Estos impedimentos están regulados en el Código de Procedimientos Comunes y la Ley de Atribución y

⁴⁹⁹ Para mayor detalle ver “Legislaciones que regulan la Conciliación en Honduras”, cap. 3 de este documento.

⁵⁰⁰ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 16.

⁵⁰¹ *Ibidem*, Artículo 21.

Organización de los tribunales y se refieren a que tengan algún interés directo o indirecto, amistad íntima o enemistad manifiesta, entre otros, por lo tanto deben de excusarse de conocer un caso cuando concurren las mismas. En la práctica no he conocido un caso de recusación, no sé qué tanto se puede dar en la realidad, pues hay que recordar que siempre la decisión recae en las partes.

- C) En el supuesto que no se logre un acuerdo conciliatorio o este fuere parcial, el conciliador queda inhabilitado para actuar como juez, árbitro, testigo, asesor o apoderado de las partes⁵⁰². Esta inhabilitación reafirma y garantiza la confidencialidad de la conciliación que la ley estipula en artículo 20. El objeto de esta disposición es crear confianza en la figura y garantizar la neutralidad e imparcialidad, cualidades esenciales de un conciliador.

7. CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

El procedimiento de Conciliación concluye:

- Constancia de Imposibilidad de Conciliación. Si una de las partes no asiste a la segunda convocatoria o citación a audiencia de conciliación.
- Acta de Conciliación. Cuando se concilian todas las diferencias o pretensiones de las partes.
- Acta de Acuerdo Parcial. Cuando se concilia solo una parte de las diferencias, quedando en libertad de dirimir las diferencias no conciliadas por el proceso judicial o arbitral respectivo u otro mecanismo permitido por la ley.
- Acta de Desacuerdo. Cuando no se concilian alguna o todas las diferencias⁵⁰³.

8. ACTAS DE CONCILIACIÓN

La ley no establece requisitos sobre el contenido de dichas actas, se puede deducir que deben contar por escrito, con el detalle del referido acuerdo y firmada por las partes y el conciliador. Asimismo, estas deben ser claras, detalladas y con tono positivo. Debe de evitarse las llamadas actas patológicas, aquellas mal redactadas que en vez de solventar el conflicto generan otro adicional.

Aunque la ley no establece dichos requisitos, en nuestro parecer las actas deberán contener lo siguiente:

⁵⁰² Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 18.

⁵⁰³ *Ibidem*, Artículos 22,23 y 24.

Suma. Si es Acta de Conciliación, ya sea de acuerdo total o parcial, o si es de Desacuerdo

Preámbulo. Lugar y fecha de la celebración, identificación de las partes con sus respectivas leyes y capacidades, y del conciliador.

Antecedentes: Deben detallarse los antecedentes del conflicto, los hechos y pretensiones de las partes.

Articulado o estipulación. Las Obligaciones de las partes (Objeto u causa), si estas son puras o simples, a plazo, o condicionales.

Cierre. Número de ejemplares

Firma. Las partes y el conciliador.

9. VALIDEZ Y EFECTOS DEL ACUERDO CONCILIATORIO

Las Actas de Conciliación serán auténticas y válidas con solo la firma de las partes y el conciliador, sin necesidad de trámite notarial o judicial alguno, aun en trámites de registro. Prevalece la buena fe y se elimina el formalismo a que hemos estado acostumbrados para la legitimación de estos actos⁵⁰⁴.

El acuerdo a que lleguen las partes por medio de la audiencia de conciliación, tendrá los efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme⁵⁰⁵. En tal sentido, no podrá iniciarse un proceso judicial o arbitral sobre la misma materia objeto de controversia. Si una de las partes incumple el acuerdo conciliatorio, la otra parte podrá recurrir a la justicia ordinaria para solicitar la ejecución, al igual como se recurre para la ejecución de una sentencia judicial.

10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La figura de la conciliación ha formado parte de nuestro derecho interno aun antes del nacimiento de la República de Honduras.

Con la vigencia de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto 162-2000, se le da una nueva dinámica y misión a la conciliación, no solo como método alternativo de solución de conflictos, sino como instrumentos de paz y acceso a la justicia.

Que Honduras está siendo los esfuerzos para incorporarse al Movimiento Continental de los Métodos Alternos de Solución de Controversias, en principio se demuestra por las diversas legislaciones que incorporan a la conciliación.

⁵⁰⁴ Ley de Conciliación y Arbitraje, Artículo 25.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, Artículo 4.

Que la conciliación presenta la ventajas: de celeridad, economía, informalidad, especialidad, confidencialidad, imparcialidad y autocomposición, frente a los métodos adversativos.

Que las Cámaras de Comercio e Industria de Tegucigalpa y la de Cortes, prácticamente son las únicas instituciones que siguen realizando un esfuerzo muy grande en la promoción, difusión y utilización de los métodos alternos de solución de conflictos.

Que a pesar de ciertos esfuerzos aislados, debe existir una política integral de Estado para la implementación de los métodos alternos de solución.

Los sectores más desprotegidos de la población no gozan de un sistema adecuado a los sistemas formales de administración de justicia, lo cual destaca la promoción de los MASC ante ellos.

Gran parte de la población desconoce la existencia y las ventajas de la conciliación, lo que conlleva a que no sea muy utilizada, por lo que se necesita ampliar la cobertura en el ámbito nacional, involucrando a otros sectores de la sociedad, mediante programas de capacitación y difusión y la creación de más centros de conciliación.

Que el posicionamiento de los MASC implica un cambio cultural hacia una cultura pacífica, ya que todavía prevalece en nuestro ambiente la "Cultura Litigiosa", por lo que se hace necesario incorporar en el *pensum* académico de todas las carreras la materia de métodos alternos de solución de conflictos. Cabe destacar que las Facultades de Derecho de algunas universidades ya los están haciendo, por lo que se va por buen camino.

En el sector justicia, los jueces de letras están evacuando la audiencia de conciliación, no obstante muy pocos han sido capacitados en la temática, por lo que se hace necesario implementar un programa de capacitación, para que pueda cumplir a cabalidad con dicha función y coadyuven en los descongestionamiento de los tribunales de justicia.

En lo que se refiere a la conciliación administrativa, se debe revisar el marco legal para extender dicho mecanismo para asuntos de inquilinato, tránsito y protección al consumidor, entre otros.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil, 1906.
- Código de Familia, 1987.
- Código de la Niñez y la Adolescencia, 1996.
- Código Procesal Penal, 1999.
- Código de Trabajo, 1959.
- Constitución de la Republica de Honduras, 1982.
- Las Instituciones de los Métodos Alternos de Solución de Controversias, GÓMEZ SANDOVAL, Clemencia, Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, 1998.

- Ley de Conciliación y Arbitraje, 2001.
- Ley de Policía y Convivencia Social, 2002.
- Ley de Propiedad, 2004.
- Ley de Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras (Artículo 21 reformado, 2002).
- Ley Marco del Sector de Agua Potable y Saneamiento, 2003.
- HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ Gladys, "Mediación para Resolver Conflictos", Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- "Mejor Conciliemos. Una Opción Efectiva para la solución de las Diferencias Civiles y Comerciales", Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, Colombia, p. 31, enero 1997.
- "Recopilación de las Constituciones de Honduras 1825-1965". Publicación del Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNAH, Tegucigalpa, Honduras, septiembre 1977.
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael, "Visión Panorámica de los Métodos Alternos de Solución de Controversias en Latinoamérica", Tegucigalpa M. D. C., Honduras, 1998.

EL ARBITRAJE EN HONDURAS

DR. JOSÉ MARÍA DÍAZ CASTELLANOS⁵⁰⁶

Sumario: 1. Antecedentes Constitucionales, 2. La reforma en la legislación Hondureña, 3. Generalidades, 4. El convenio arbitral, 5. Los árbitros, 6. Del procedimiento arbitral, 7. Del laudo arbitral, 8. De los recursos, 9. De la ejecución del laudo, 10. Los centros de conciliación y arbitraje: La experiencia hondureña, 11. El arbitraje internacional: Los convenios ratificados por Honduras, 12. Conclusiones y propuestas, 13. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Centroamérica nace a la vida independiente en 1821, según el Acta de Independencia que redactó el abogado hondureño José Cecilio del Valle.

El Arbitraje lo encontramos en la mayoría de las 13 Constituciones que ha tenido el Estado de Honduras:

1. 1825;
2. 1839;
3. 1848;
4. 1865;
5. 1873;
6. 1880;
7. 1894;
8. 1906;
9. 1924;
10. 1936;
11. 1957;
12. 1965;
13. 1982.

⁵⁰⁶ Doctor en Derecho Mercantil, Abogado y Notario, Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Jefe del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, Catedrático de la Maestría en Derecho Mercantil, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho, Corredactor de la Ley de Conciliación y Arbitraje.

En la primera Constitución se estipulaba que a ninguna persona se le prohíbe comprometerse en árbitros para terminar sus diferencias: El compromiso será una Ley que hará ejecutoria la sentencia de los árbitros, que no será apelable, si las partes no se reservan este derecho.

La Constitución vigente de 1982 indica en el Art. 110: “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”.

2. LA REFORMA EN LA LEGISLACIÓN HONDUREÑA

El Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, todas de 1906, regulaban la figura del Arbitraje.

El Código Civil siguiendo el Modelo del Código Civil chileno de 1855, incluía en el Libro IV, Obligaciones y Contratos, un capítulo relativo a las transacciones y los compromisos.

El Código de Procedimientos Civiles en el Libro III, Juicios Especiales, regulaba el Juicio Arbitral.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, también incluía en el Título IX, los Jueces Árbitros.

La institución del Arbitraje a pesar de ser regulada en nuestro Derecho Constitucional y en los Códigos de la República, no funcionaba, nadie recomendaba este método, quizás por el excesivo formalismo, porque nunca se entendieron sus ventajas, por la dispersidad de disposiciones contenidas en varios códigos.

A iniciativa de las Cámaras de Comercio e Industrias de Tegucigalpa y San Pedro Sula, el Congreso Nacional, el 17 de octubre del año 2000, aprobó el Decreto Legislativo N° 161-2000, que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje⁵⁰⁷. En esta Ley se derogan todas las disposiciones que sobre arbitraje había en las distintas leyes como ser: Los compromisos en el Código Civil, el Juicio Arbitral en el Código de Procedimientos Civiles y los Jueces Árbitros en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, quedando un solo cuerpo legal regulando tanto la figura de la Conciliación como el Arbitraje.

3. GENERALIDADES

La reforma incluyó algunos conceptos que superan los de 1906, por ejemplo qué es el Arbitraje, controversias que pueden ser y no objeto de arbitraje y las clases de arbitraje.

- a) Concepto de Arbitraje: se define el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, a través del cual las partes en conflicto difieren la solución del mismo a un Tribunal Arbitral (Art. 26).

⁵⁰⁷ Diario Oficial *La Gaceta* del 14 de febrero de 2001.

El objeto de la Ley es establecer métodos idóneos, expeditos y confiables para resolver conflictos y fortalecer de esta manera la seguridad jurídica y la paz (Art. 1).

- b) Objeto: refiriéndose a la conciliación, la Ley, similar a otros países, indica que son conciliables todos los asuntos que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley (Art. 3).

Respecto del arbitraje podrán someterse a este las controversias que hayan surgido o surjan entre personas naturales o jurídicas, sobre materias respecto de las cuales tengan la libre disposición (Art. 28).

En general no son susceptibles de arbitraje además de las causas criminales, los alimentos futuros, los conflictos relacionados con el estado civil de la persona, las sentencias judiciales firmes, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción (Art. 29).

Es causa de nulidad del Laudo Arbitral no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (Art. 74 N° 9).

La Corte Suprema de Justicia podrá denegar de oficio el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, cuando se compruebe que según las leyes de Honduras, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje (Art. 92 N° 2).

- c) Clases de Arbitraje: La Ley contempla dos clasificaciones de arbitraje, una la tradicional, el de derecho y el de equidad, pero agrega el arbitraje técnico, o sea aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

También el arbitraje puede ser ad hoc: aquel en el cual las partes acuerdan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su controversia; institucional: Aquel en el cual las partes se someten a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje.

4. EL CONVENIO ARBITRAL

Hoy ya no se habla en la Ley del compromiso, sino de convenio arbitral: “Acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje, las controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual.- Se eliminó el compromiso en escritura pública y simplemente se indica que deberá constar por escrito⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Art. 38.

Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente⁵⁰⁹.

Se entiende que el Convenio Arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en un documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje⁵¹⁰.

Se presume asentamiento, cuando notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención del o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención⁵¹¹.

Es interesante la novedad al considerar el convenio arbitral como un acuerdo independiente del contrato del cual forma parte, en consecuencia la nulidad del contrato no lleva consigo la nulidad del convenio⁵¹².

5. LOS ÁRBITROS

Son las partes y no la Ley la que determina el número de árbitros, pero, en todo caso, será impar.

Solo a falta de acuerdo de las partes la Ley indica que serán tres si la controversia es de mayor cuantía.

Las personas jurídicas no pueden ser árbitros, solamente las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El Profesional del Derecho participa como árbitro de manera obligatoria pero en el arbitraje de derecho los jueces, magistrados, fiscales y quienes ejerzan funciones públicas, no pueden ser árbitros.

Son las partes las que designan de manera directa y de común acuerdo a los árbitros. En el arbitraje institucional, a falta de acuerdo de las partes, los árbitros son designados por la institución arbitral.

Es interesante que aquí cambie la noción que tenemos de “tribunal” el cual según la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, estaba integrado por lo menos con tres magistrados, hoy Tribunal Arbitral significa tanto uno como una pluralidad de árbitros⁵¹³.

6. DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Antes las reglas del procedimiento que son consideradas como de “orden público” y que no pueden ser modificadas por las partes, estaban en la sección del Código de Procedimientos Civiles que fue derogado.

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ Ídem.

⁵¹¹ Art. 28.

⁵¹² Art. 39.

⁵¹³ Art. 34 N° 1.

Hoy son las partes las que pueden determinar libremente las reglas del procedimiento si no se han sometido a las de una institución arbitral.

El procedimiento arbitral se entiende iniciado cuando el último de los árbitros designados haya manifestado a las partes por escrito su aceptación al cargo: Es a partir de este momento que se cuenta el plazo de duración del Tribunal Arbitral que, salvo pacto en contrario, no podrá ser superior a cinco meses, salvo que las partes deciden prorrogarlo. Se permite suspender el trámite arbitral por parte de las partes de común acuerdo. El Tribunal Arbitral puede aquí pedir auxilio al Poder Judicial para la práctica de pruebas que no pueda llevar a cabo por sí mismo⁵¹⁴.

7. DEL LAUDO ARBITRAL

Luego del procedimiento, viene la decisión del tribunal.- Se falla conforme a derecho, en equidad o conforme a normas y principios técnicos; solo que no se haya pactado nada al respecto, el tribunal deberá resolver conforme a derecho.

El Laudo se emite por unanimidad o por simple mayoría de votos.

El laudo tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial⁵¹⁵.

Igual que las sentencias judiciales se notifica a las partes en la audiencia que el Tribunal Arbitral cita a tal efecto o dentro de tres días de dictado, entregándose copia auténtica del mismo.- Puede estar sujeto a corrección, aclaración o complementación. Una vez firme produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo en la misma forma y términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para las sentencias judiciales⁵¹⁶.

8. DE LOS RECURSOS

Se eliminaron los recursos de Apelación y Casación contra el laudo arbitral, quedando la tutela judicial expedita por la vía de la nulidad, diciendo la ley que es un proceso que deberá interponerse dentro de los siete días siguientes a la notificación. Su trámite corresponde a la Corte de Apelaciones de la jurisdicción del lugar donde se dictó el laudo. Es novedoso además que las partes pueda acordar que este recurso se decida y trámite ante un nuevo Tribunal Arbitral⁵¹⁷.

No podemos alegar otras causas de nulidad más que aquellas expresamente determinadas: Nulidad Absoluta del Convenio Arbitral, no haber constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, cuando no se practiquen pruebas oportunamente solicitadas, haber pronunciado el laudo después

⁵¹⁴ Art. 64.

⁵¹⁵ Art. 69.

⁵¹⁶ Art. 71.

⁵¹⁷ Art. 73.

del plazo convencional, contener el laudo disposiciones contradictorias, haber concedido más de lo pedido y por último, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento⁵¹⁸.

El Recurso de Reposición se mantiene pero solo contra decisiones de los árbitros, distintas del laudo.

9. EJECUCIÓN DEL LAUDO

De la ejecución del laudo conoce el órgano jurisdiccional competente para conocer de la controversia en ausencia de arbitraje.

Concluido el proceso, el Tribunal Arbitral deberá hacer la liquidación final de los gastos, entregará a los árbitros lo que les correspondiere, cubrirá los gastos pendientes, y previa cuenta razonada devolverá el saldo a las partes si lo hubiere⁵¹⁹.

10. DE LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

La Ley prevé el que las Cámaras de Comercio, los Colegios Profesionales, las asociaciones de carácter gremial y las Instituciones de Educación Superior, podrán fundar y organizar Centros de Conciliación. Podrán también haber centros de arbitraje, con la salvedad que los estos pueden ser de conciliación⁵²⁰.

Hasta el momento solamente hay dos Centros de Conciliación y Arbitraje: uno de la Cámara de Comercio e Industrias de Tegucigalpa y otro, de la Cámara de Comercio e Industria de Cortés.

Los Colegios Profesionales no han fundado ningún Centro y es solamente la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, a través del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho, donde se permite a los estudiantes hacer su práctica profesional en forma gratuita pero, solo trabajando en conciliación.

11. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. LOS CONVENIOS RATIFICADOS POR HONDURAS

El Arbitraje Internacional no estaba previsto en nuestro derecho positivo. Hoy con la nueva Ley de Conciliación y Arbitraje se incluye un capítulo que regula el Arbitraje Internacional.

Honduras es signatario del Código de Bustamante firmado en el Aula Magna de la Universidad de La Habana en 1928.

⁵¹⁸ Art. 74.

⁵¹⁹ Art. 80.

⁵²⁰ Art. 81.

Aquí se regula lo relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Hoy, Honduras es signatario del Convenio de Panamá de 1975, sobre el Arbitraje Comercial Internacional y del Convenio de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral se piden a la Corte Suprema de Justicia.

Se deniega el laudo por las mismas causas indicadas tanto en el Convenio de Panamá como el Convenio de Nueva York.

12. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Honduras ha tenido la Institución del Arbitraje a lo largo de su historia constitucional, desde la Constitución de la República de 1825, a la actual Constitución de 1982.
2. La reforma en nuestra legislación con la emisión de la Ley de Conciliación y Arbitraje en el año 2001, contribuyó a flexibilizar la legislación del arbitraje, evitando la rigidez y el formalismo y permitiendo manejar el aspecto legal en un solo cuerpo legal.
3. Debemos reconocer que son “los comerciantes” a través de las Cámaras de Comercio, los que han presionado a los órganos políticos del Estado a que se reforma la legislación y a que se capacite en el tema, tanto a abogados, como a comerciantes.
4. Se comienza a conocer las ventajas del arbitraje, como ser:
 - a) Validez: El Laudo tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial firme.
 - b) Especialidad: Los árbitros son especialistas en la temática del conflicto.
 - c) Imparcialidad: Los árbitros tienen sus propias normas éticas, una de ellas, la neutralidad.
 - d) Economía: Menor tiempo y dinero.
 - e) Transparencia: Permite a las partes tener confianza en el litigio.
 - f) Informalidad: Las partes designan las reglas de procedimiento.
 - g) Confianza: Son las partes las que designan a los árbitros.
 - h) Privacidad: Se mantiene el conflicto fuera del dominio público.
 - i) Rapidez: El proceso judicial es demasiado extenso.
5. Tenemos una cultura de “judicialización” de los conflictos, quizá por la tendencia procesalista de los estudios en las Facultades de Derecho, y la ausencia de autocomposición de los conflictos. Las consecuencias de esto es un Abogado Litigioso y Procesalista y el incremento de los procesos conocidos por los jueces.

6. Gran parte del problema de la “mora judicial” somos los abogados. Nosotros no recomendamos la autocomposición, sino la demanda judicial; esto ocasiona que todo lo que llega a los Despachos o Bufetes se transfiera inmediatamente al Poder Judicial.
7. A pesar de que el único recurso contra el Laudo Arbitral es el de nulidad, creemos que sería viable un “Amparo” por violación a una garantía constitucional; así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia.- La finalidad de la nulidad no es resolver violación a garantías constitucionales sino, corregir infracciones al procedimiento.
8. El Poder Judicial está haciendo lo suyo en cuanto a intentar Métodos Alternos, al darle cumplimiento al Art. 6 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, en el sentido de no evacuar prueba en toda clase de juicios, si no se ha intentado la conciliación.
9. La Reforma que hoy se está discutiendo a nivel de Código Procesal Civil, incorporando la oralidad al Juicio Civil, debe contemplar la posibilidad de recurrir al arbitraje en base al Art. 110 Constitucional, que permite la probabilidad de resolver nuestras diferencias a través de la transacción o el arbitramento.
10. El Arbitraje por ser voluntario, no ha tenido la permanencia de la conciliación después de la Reforma del año 2001.- Debemos recordar que la conciliación, sea judicial o extrajudicial, es obligatoria agotarla, antes de entrar a cualquier clase de juicio.
Desde la aprobación de la ley, la Cámara de Comercio e Industrias de Tegucigalpa ha llevado catorce (14) arbitrajes, mientras que la de Cortés, cinco (5).
11. Honduras ha avanzado significativamente en esta temática ya que, además de aprobarse la legislación interna, se ha adherido a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (Convenio de Panamá 1975) y al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convenio de Nueva York de 1958), lo que representa un aporte significativo al esfuerzo que sobre este tema están realizando todos los países.
12. La Reforma al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, ha incorporado la clase de “Métodos Alternos de Solución de Conflictos”, al Plan de estudios de la carrera, lo que representa también un esfuerzo académico para cambiar la cultura del litigio.
13. El Arancel del Profesional del Derecho (2003) que aprobamos cuando fungí como Presidente del Colegio de Abogados de Honduras (2002-2004), prevé el arbitraje en los conflictos entre Procurador y sus Poderdantes por honorarios profesionales (Art. 16).
Se incluye como novedad, además del juicio penal oral y asuntos de violencia doméstica, todo un Capítulo relativo a la conciliación y el arbitraje, para el caso de que participar como abogado representando

a sus clientes tanto en una conciliación como en un juicio arbitral (Art. 40-42).

También se incluye una disposición con relación al Auto de Pariatis (Art. 88).

14. Los abogados debemos recomendar a nuestros clientes incluir la cláusula arbitral en sus contratos.- Lo siguiente es lo que recomienda la Cámara de Comercio:

“Cualquier controversia o conflicto entre las partes relacionado directamente o indirectamente con este contrato, ya sea de su naturaleza, interpretación, cumplimiento, ejecución o terminación del mismo, se resolverá mediante el procedimiento de arbitraje, de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa”.

15. Las Cámaras de Comercio e Industria de Tegucigalpa y Cortés, han aprobado su Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje, respectivamente.

En el capítulo cuarto, se regula el Arbitraje y todo el aspecto procesal correspondiente.

13. BIBLIOGRAFÍA

- Arancel del Profesionales del Derecho (2003).
- Constitución de la República de 1825.
- Constitución de la República de 1839.
- Constitución de la República de 1848.
- Constitución de la República de 1865.
- Constitución de la República de 1873.
- Constitución de la República de 1880.
- Constitución de la República de 1894.
- Constitución de la República de 1906.
- Constitución de la República de 1924.
- Constitución de la República de 1936.
- Constitución de la República de 1957.
- Constitución de la República de 1965.
- Constitución de la República de 1982.
- Convenio de Panamá de 1975 (Gaceta 5/6/1978).
- Convenio de Nueva York de 1958 (Gaceta 5/6/2000).
- Código Civil de Honduras, 1906.
- Código de Procedimientos Civiles, 1906.
- Ley de Conciliación y Arbitraje, 2001.
- Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, 1906.

PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

DR. JOSÉ GUILLERMO GARCÍA MURILLO⁵²¹
MTRO. LUIS HÉCTOR GÓMEZ BIVIAN⁵²²

Sumario: 1. Introducción, 2. Marco Conceptual, 3. Los fundamentos constitucionales y el arbitraje, 4. Tratados Internacionales suscritos por México, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La economía actual, la globalización mundial, los procesos de integración regional, el libre comercio internacional, Internet, el uso de software avanzados, la tecnología de redes, las telecomunicaciones y el comercio electrónico, generan una gran cantidad de negocios que requieren, en caso de conflicto, de soluciones rápidas, especializadas que den seguridad jurídica a las inversiones, descomprimiendo de este modo la actividad jurisdiccional del Poder Judicial mediante otras vías alternativas de resolución de conflictos.

En los últimos años la mayor parte de las naciones del mundo han venido registrando cambios de extraordinaria magnitud en su vida política, económica y social, derivado de las innovaciones de la tecnología y del conocimiento, del surgimiento de nuevos centros financieros y comerciales, de la existencia de procesos de competencia por los mercados, de nuevos espacios de integración regional y de un panorama de relaciones internacionales diferente al que solo reconocía dos potencias dominantes

⁵²¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI. Coordinador del Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Presidente de la Academia Nacional de Derecho de la Benemérita Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística

⁵²² Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Titular del Bufete Jurídico Gómez Bivian y Asociados. Asesor de la Dirección Jurídica de la Empresa aseguradora Grupo Nacional Provincial S.A. Miembro del Colegio de Abogados de Derecho de Seguros y Fianzas.

en el orbe, como eran los Estados Unidos de Norteamérica y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Lo anterior ha hecho surgir un propósito constante en los países, enfocado a la modernización de todos sus sistemas, partiendo del económico, el social, el internacional, y desde luego el jurídico, y México no ha sido la excepción.

Lamentablemente no obstante que la comunidad internacional en general acepta y reconoce los beneficios que estas instituciones aportan al momento de impartir justicia, pocos países latinoamericanos los han adoptado y trasladado a su derecho positivo.

2. MARCO CONCEPTUAL

Sistemas de Solución de Controversias

Desde la prehistoria, hasta la época en que nos encontramos el hombre ha tenido numerosas formas de resolver los conflictos surgidos en su convivencia, debemos considerar que este es un fenómeno inevitable en toda comunidad, y que no es posible concebir un grupo humano en donde no existan intereses contrapuestos.

Roque J. Caivano, atinadamente destaca que la eficacia del arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos, cuando indica, *“que la subsistencia de los grupos humanos no depende de la eliminación de los conflictos, sino más bien de la capacidad para dominarlos, para hallar los medios de solucionarlos pacíficamente; de modo que el constante estado de tensión entre sus miembros, la permanente puja por bienes cuya limitación cuantitativa los hace deseables, no se convierta en un factor disolvente de la estructura social”*⁵²³.

En consecuencia, los sistemas de resolución de controversias son ordenamientos que fueron concebidos para garantizar la convivencia de los grupos humanos, buscando la mejor manera de solucionar los conflictos que nacen en su seno, y paulatinamente ir reduciendo a su mínima expresión los mismos, ya que históricamente es imposible su eliminación. En la obra *“Proceso, autocomposición y autodefensa”* Alcalá y Zamora señala que *“conviene tener presente que las controversias, los litigios inter partes, se pueden solucionar por las partes mismas, a través de los medios autocompositivos, o por un tercero, que son los medios heterocompositivos”*⁵²⁴.

⁵²³ Caivano J. Roque, *op. cit.*, p. 13.

⁵²⁴ Alcalá Zamora, Niceto, *op. cit.*, p. 13.

Sistemas Autocompositivos

Definimos los métodos autocompositivos de solución de controversias, como el género mediante el cual ante la existencia de un conflicto o disputa, van a ser las partes mismas, si así lo estiman conveniente a llegar a un acuerdo, mediante alguno de los mecanismos que expresamente faculta la ley, o mediante el empleo de otras figuras jurídicas. El término **autocomposición** la integran dos vocablos, el prefijo auto que sabemos significa uno mismo, y el sustantivo **composición** que dentro de la concepción **Chiovendista**⁵²⁵, equivale a solución, resolución o decisión de litigio, en ella obtenida por obra de unos de los litigantes, en contraposición de la que tras el proceso decreta el Juez.

Negociación

Se denomina al procedimiento en donde el arreglo se genera de una manera directa entre las partes a través de las vías diplomáticas comunes. Las negociaciones son un requisito previo para recurrir a otros métodos de solución de controversia. Al respecto Castro Villalobos J. Humberto, la define como *“el método más antiguo, más simple y la que soluciona los volúmenes más grandes entre las diferencias de los Estados”*⁵²⁶.

Conciliación

Respecto del sistema autocompositivo de la conciliación podemos señalar que se trata del acuerdo al que llegan las partes en un conflicto, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesaria la iniciación de un proceso formal.

Mediación

Esta figura jurídica es aquel método de solución de conflictos en el cual las partes tienen la oportunidad de superar o componer de manera directa, rápida y económica sus diferencias susceptibles de transacción límite legal de los conflictos a mediar, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, obteniendo de manera voluntaria un resultado ganadora.

⁵²⁵ Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Series Clásicos del Derecho procesal Civil. Ed. Jurídica Universitaria. México, pp. 25-26.

⁵²⁶ Castro Villalobos, J. Humberto. Ed. Oxford, México 2002. Segunda Serie. Diccionario Temático, Derecho Internacional Público. p. 89.

Sistemas Heterocompositivos

Dentro de los métodos para solucionar los conflictos, nos encontramos con los denominados métodos heterocompositivos, los cuales podemos definir como aquellos en los cuales la solución va a ser dada o determinada por un tercero totalmente ajeno e independiente de las partes en conflicto. Dentro de estos métodos heterocompositivos encontramos la vía judicial ordinaria y el denominado trámite arbitral.

El Proceso Jurisdiccional

Buscando la definición del término proceso jurisdiccional, señalamos que el término proceso proviene del latín **processus** que significa acción de ir hacia delante⁵²⁷ mientras que el término jurisdiccional se afirma proviene de **jurisdictio-onis**, que significa poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio, o bien si se atiende a las voces latinas **jus** - derecho, recto, **dicere**, proclamar, declarar, decir, para finalmente resumir en la frase "**Proclamar el derecho**"⁵²⁸.

El término proceso jurisdiccional se encuentra tan ligado entre sí, que muchos tratadistas nos precisan que la jurisdicción es el tema más relevante del derecho procesal, por ejemplo David Lascano, en su obra jurisdicción y proceso, en el cual rinde homenaje al tratadista argentino Hugo Alsina, señala "*que es el contenido sustancial de la rama, si bien ella toma el nombre del fenómeno que regula y no de la actividad*"⁵²⁹. Aunque debemos considerar que esta afirmación tiene más el carácter de postulado que de conocimiento científico, porque la jurisdicción es solo una pequeña parte del derecho procesal, y que este término fue acuñado cuando el derecho procesal, solo viene a ser una pequeña parte de la unidad de este.

El Arbitraje

La primera idea que surge respecto de este término, es que se trata de un acuerdo mediante el cual dos grupos de personas someten la resolución de los conflictos que surjan en determinado evento a un tercero.

Por otra parte, José Luis Siqueiros que indica que se trata de "*un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas, los cuales*

⁵²⁷ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para juristas. E. Mayo. México 1981. p. 1.084.

⁵²⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM. Ed. Porrúa. México. 1995. Octava Edición. p. 185

⁵²⁹ Lascano, David, Jurisdicción y proceso, En estudios en honor de Hugo Alsina. Argentina 1946, p. 184.

*derivan facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia*⁵³⁰.

Por su parte Fernando Flores García, en el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, lo define como *“una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva que tiene un ritual menos severo y formal que el del procedimiento del proceso jurisdiccional...”*⁵³¹.

En estas condiciones y de acuerdo con lo antes expuesto, podemos afirmar que el arbitraje es la institución jurídica por la cual la ley autoriza a las partes, a través de una cláusula compromisoria, o bien en un compromiso, a someter sus diferencias presentes o futuras a la decisión de una o más personas llamadas árbitros.

Marco Jurídico

El estudio del arbitraje ha sido estudiado de una manera más decidida a partir de la segunda mitad del siglo pasado hasta nuestro tiempo, fundamentalmente por juristas de áreas especializadas de índole comercial internacional, debido a la certeza jurídica que se busca en las negociaciones extranaciones, áreas principalmente del derecho económico internacional, del comercial internacional, del internacional privado, lo que ha motivado por este grupo de profesionales un análisis exhaustivo del arbitraje privado internacional.

México ha acogido de buena manera los sistemas jurídicos para la solución de controversias, en gran medida por la firma del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Como miembros pertenecientes al Organización Mundial de Comercio, hemos celebrado tratados de libre comercio con toda Latinoamérica, he inclusive estamos en pláticas con la Comunidad Económica Europea sobre el mismo tenor, como ya se dijo somos miembros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en donde se hace una obligación para todos los juristas conocer la figura jurídica del arbitraje, y la normatividad que la misma impone.

Merced de esa dinámica comercial México ha modificado y adicionado a profundidad las leyes ordinarias en lo que corresponde al arbitraje, se ha incrementado el trabajo hemerográfico en la materia, se transformaron los reglamentos de la Asociación Americana de Arbitraje, de la Cámara

⁵³⁰ Siqueiros, José Luis. El arbitraje Marco Normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria, un mecanismo idóneo para resolver controversia extrajudicial. Homenaje a Fernando Vázquez Pando. Ed. Pauta. México, año 1999. p. 182.

⁵³¹ Flores García, Fernando, “Arbitraje”. Edit. Trillas. México. 1996. Primera Edición.

Internacional de Comercio, hoy Corte Arbitraje Internacional, se han privatizado diversos intereses gubernamentales, han crecido las inversiones extranjeras, han aumentado las exportaciones y como hemos dicho hemos suscrito y ratificado numerosos tratados internacionales sobre el arbitraje.

3. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y EL ARBITRAJE

La figura jurídica del arbitraje como otras tantas instituciones que han tenido auge dentro en el mundo que conocemos como globalización han ido configurando una serie de ordenamientos legales que vienen a trastocar numerosas normas de orden público de diversos países, ya que aquellas se han ido generando *ad hoc* de las negociaciones comerciales que surgen entre sujetos con diversa nacionalidad, en donde inclusive confeccionan sus contratos de tal manera que estos surtirán una parte de sus efectos en naciones que permitan proteger de una mejor manera sus intereses, y en otro país, la otra parte del contrato en donde por ejemplo se pueda comercializar mejor su producto, por ello analizaré los artículos de nuestra Constitución mexicana que tienen más relación con el tema que se trata.

El texto del artículo 13 de la Constitución consagra la garantía de igualdad que nos indica que *“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”*. En vista de la máxima que nos impone tal ordenamiento, es menester contestar la siguiente interrogante ¿El arbitraje es un tribunal especial?

Al respecto Ignacio Burgoa nos señala que *“todos los órganos jurisdiccionales y, en general, todas las autoridades estatales tienen fijada su competencia legalmente, esto es, por una disposición general, abstracta, e impersonal, por ello, todas las facultades de una autoridad, bien sea judicial, administrativa o legislativa, que integran su competencia deben estar consignadas en una norma legal”*⁵³².

Sigue diciendo, *“toda autoridad, dentro de su órbita de su competencia, es capaz de conocer de todos aquellos casos concretos, en número ilimitado, que se presenten y que encuadren dentro de la hipótesis o situación jurídica abstracta en relación con la ley le atribuye ciertas facultades decisorias o ejecutivas, ejercidas o ejercitarles conjunta o separadamente”*⁵³³. Por consiguiente, cualquier asunto o negocio particular que se pueda subsumir dentro de una situación general que origina la competencia de una autoridad, puede ser tratada por esta, bajo las diversas maneras o funciones que procedan.

Mientras que el artículo 14 de la Carta Magna, refiere que *“nadie podrá ser privado de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos,*

⁵³² Burgoa Orihuela, Ignacio, “Las Garantías Individuales” 25ª edición. Ed. Porrúa. México 1996. p. 287.

⁵³³ *Ibidem*.

sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". El artículo citado tutela garantías de audiencia, destacándose que antes de que suceda el acto de molestia en contra del particular se debe cumplir la garantía de juicio previo, sin que encontremos ningún obstáculo para que dentro del juicio arbitral se cumpla con esta formalidad debidamente legislada en los tratados internacionales y en las leyes secundarias.

El artículo 16 de la Constitución mexicana, este precepto tutela otra de las garantías de legalidad cuando nos señala que *"nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"*.

La garantía de legalidad que se comenta la conocemos como de *"fundamentación y motivación de la causa del procedimiento"* en donde todo acto que origine molestia, debe sustentarse en una norma de carácter general, es decir que prevea una situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que existe una ley que lo autorice, creemos, que los árbitros cumplen debidamente con las garantías que tutela el artículo 16 Constitucional, dado que las reglas del procedimiento siempre son fijadas por las partes celebrantes de la cláusula o compromiso arbitral.

Artículo 17 Constitucional.- En lo que interesa señala dicho numeral *"Que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"*, y sigue diciendo *"toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos por impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo, sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"*, y concluye señalando *"Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones"*. Dicho numeral se refiere al derecho a la Jurisdicción, esto es, el derecho que toda persona tiene a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, imparcial y gratuita.

4. TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO

Nuestros gobernantes cada día han tomado conciencia de la necesidad de adecuar nuestra legislación a la dinámica que se observa en el orbe en donde se hace necesario intensificar la utilización del arbitraje para dirimir no solo disputas relacionadas con el comercio internacional, o nacional, sino que también aplicarlo a controversias de índole financiero, civiles, laboral, y en general en cualquier actividad que el conflicto legal lo

permita. Por ello México a través de su historia diplomática internacional ha suscrito diversos tratados internacionales, por lo que solo de una manera enunciativa señalaremos cuáles son:

Convención de Nueva York de 1958. Documento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, que establece las reglas para la regulación del enjuiciamiento y el reconocimiento del laudo. México reconoce el ámbito de validez aún para los países no contratantes.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). En 1966 se forma la que fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconociendo de esta manera la disparidad existente entre leyes nacionales relacionadas con el derecho mercantil internacional, lo cual obstaculizaba el flujo del comercio. Por ello se encomendó a la Comisión que fuera el vehículo mediante el cual las Naciones Unidas pudieran jugar un rol mucho más activo en la reducción o remoción de obstáculos. Así pues, se le dio como mandato a la Comisión, profundizar en la unificación y armonización progresiva del derecho mercantil internacional, volviéndose de esta manera el ente legal permanente de las Naciones Unidas sobre la materia de derecho mercantil internacional.

Las actividades de UNCITRAL en el campo del arbitraje comercial internacional han sido extensas. Ha sido repetidamente recomendado, a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, una mayor aceptación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Aplicación de las Sentencias de Arbitraje del Exterior⁵³⁴.

Convención de Panamá de 1975. Documento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978, encargado de regular el acuerdo arbitral, así como su eficacia. Reafirma los postulados de la Convención de Nueva York en la región interamericana.

Convención de Montevideo de 1987. Publicado el día 20 de agosto de 1987 en el Diario Oficial de la Federación, en donde no se acepta su vigencia en México respecto de laudos arbitrales, ya que se aceptó su regulación de sentencias sobre condena patrimonial.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y los Estados Unidos de América, de 1993. Dicho tratado regula de una manera *sui generis* la materia de inversiones, refiere al arbitraje priva-

⁵³⁴ Rivera Neutze, Antonio Guillermo y Rainer Armando Gordillo Rodríguez. Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Tecnos. Primera Edición. Guatemala, pp. 105 y 106.

do como medio alternativo de solución de controversias comerciales entre particulares, buscando además promover y facilitar el arbitraje internacional, regulando e instrumenta internamente el arbitraje, asegura la ejecución de los laudos, reafirma la normatividad de las convenciones de Nueva York y Panamá.

Convenio entre México y España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 1992, se trata del único convenio bilateral sobre arbitraje privado que firma México.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea. Dicho documento fue elaborado en el año del 2000, trata sobre el arbitraje internacional en donde México se compromete a promover, facilitar e instrumentar internamente el arbitraje, además, asegura la ejecución de los laudos.

5. CONCLUSIONES

Esta repentina y generalizada expansión de los llamados métodos alternativos, más la sostenida evolución de los mercados internacionales, la ratificación general de las Convenciones de Nueva York, Panamá, y Viena, nos están demostrando algo que deberíamos tratar de entender, el cambio radical de los países latinoamericanos reacios a renunciar al procedimiento jurisdiccional como único medio para la resolución de controversias. A efecto de visualizar entonces, el panorama probable del arbitraje para el futuro próximo debemos considerar previamente el contexto social general, para su confrontación con las transformaciones que estamos presenciando.

Por ello es necesario hacer un análisis sobre los diversos aspectos en los que influirá el arbitraje, a continuación tratare de dar una mirada al futuro tratando de indagar los avances que sin duda logrará esta Institución.

- **Reconocimiento del arbitraje como medio alterno de solución de controversias**

Podemos señalar que en México están dadas las condiciones para que el arbitraje se convierta en un real y efectivo medio alterno de solución de controversias. Sin duda que en un futuro no tan lejano, acaso al concluir la presente década la institución del arbitraje será aceptada como parte ordinaria de nuestro derecho, en primer lugar porque demostró ser un sistema para solucionar conflictos de una manera más rápida, efectiva y económica, lo que genera beneficios micro y macroeconómicos, principalmente; desde luego sin dejar de destacar también los beneficios sociales al impartirse justicia de una manera rápida y expedita. La aceptación por nuestra

sociedad del arbitraje, funda su aprobación porque tiene su origen en uno de los valores más preciados en esta época la autonomía de la voluntad, y contribuyen al aligeramiento del intervencionismo estatal. Lo anterior también generara el interés en las universidades, ya que al desarrollarse los planes de estudio que se impartirán en las aulas de las Facultades de Derecho, se enseñará y educará a los futuros abogados los beneficios del juicio arbitral, buscando de esa manera cambiar la estructura mental con la que fuimos educados para ser abogados, es decir, a cualquier problema legal que se nos planteara ocurrir de inmediato ante los Tribunales Jurisdiccionales para iniciar un pleito judicial, ya que recordemos que a muchos de los abogados de nuestra época ni siquiera se nos impartió la clase de medios alternativos de solución de controversias. Desarrollando además programas de información y educación que sean impartidos a empresarios, profesionales, Universidades y principales Centros de Arbitraje en nuestro país.

- **Adecuaciones de las legislaciones mexicanas a la figura del arbitraje**

Como se comentó al analizar la normatividad de nuestra Constitución en algunos puntos de nuestra Constitución no ha quedado muy clara la aceptación de la figura del juicio arbitral, y en un estudio muy somero, pudiéramos considerar que se trastocan ciertas garantías que esta tutela; por ello en las próximas reformas constitucionales se regulará debidamente esta institución para que sea tutelada dentro del texto de nuestra Constitución General, lo que generara en primer lugar que se reconozca por la máxima legislación del país como un Tribunal al que puede ocurrir cualquier ciudadano mexicano, para que se le imparta justicia, al igual que ante los Tribunales Estatales.

Ya que debemos de considerar que nuestros gobernantes han signado diversos Tratados Internacionales que en consonancia con la fracción I del artículo 76 de la Constitución, cualquier tratado Internacional que haya sido aprobado por el Senado de la República, pasará a ser parte de la legislación de nuestro país, con todas sus características, es decir, general, obligatoria. Tal circunstancia generará, que el resto de las legislaciones se adecuen al contenido de la norma general, dispuesta por nuestra Carta Magna, procurado promocionar en primer término la adaptación en cada país de la Ley Modelo de UNCITRAL y si ello no tuviere éxito, se ha recomendado la adoptar una legislación que sea lo más uniforme posible con el sistema jurídico interamericano que regula este tipo de instituciones.

- **Desarrollo de instituciones reguladoras del arbitraje**

Una vez logrado el reconocimiento del arbitraje, y de ser reconocido en la Constitución mexicana, se procurará que se desarrollen en el país,

centros reguladores del arbitraje, apoyados por el Gobierno, y por el sector privado ya que estos han demostrado que prefieren pactar la jurisdicción arbitral en sus contratos, por la demora y falta de especialización de la justicia estatal y además por tener una visión del Derecho Comercial diferente a lo que impera en Latinoamérica. Lo anterior generará invariablemente, que los costos económicos del arbitraje se reduzcan a precios mínimos, por el desarrollo creciente de instituciones especializadas en arbitraje.

- **Colaboración respetuosa de los tribunales arbitrales y jurisdiccionales, se combatirá eficazmente el rezago judicial**

Sin duda que los poderes judiciales mexicanos siempre renuentes a aceptar a los medios alternativos de solución de controversia, como el arbitraje, como parte de nuestro sistema de impartición de justicia, comenzarán a comprender cada vez mejor que no se trata de imponer a través de estos una justicia privada; sino que el Tribunal Arbitral es eso, un tribunal en el sentido estricto de la palabra.

Ya que recordemos que al Juez mexicano inmediatamente le surge la duda de si el arbitraje es o no contrario a la Constitución, en la medida en que esta prohíbe de manera enfática la existencia de tribunales especiales que son aquellos establecidos para juzgar un solo caso individualmente determinado, o bien porque la función jurisdiccional del Estado es indelegable a los particulares. En cambio, este se convencerá, atendiendo las teorías que él maneja, de que el arbitraje simplemente supone la posibilidad de que el consentimiento o acuerdo de voluntades de los interesados es capaz de producir derechos y obligaciones o definir situaciones jurídicas, como todo acto jurídico; de que el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones puede estar válidamente condicionado a la voluntad de un tercero que no necesariamente es una autoridad estatal, como pueden ser el o los árbitros. Claro está que, como se afirma con frecuencia, es necesario crear una cultura del arbitraje, pues su éxito como medio alternativo de solución de controversias depende de muchos factores además del relativo al apoyo judicial, aunque este resulte de capital importancia, ya que debe ser preocupación constante de los estudiosos del arbitraje y de los postulantes encontrar los conductos de comunicación respetuosos y adecuados con los integrantes de los poderes judiciales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Niceto, "Proceso, auto composición y autodefensa". Series Clásicos Teoría General del proceso. Edit., Jurídica Universitaria. México 2001. 1ª Edición.

- Arbitraje Comercial Internacional en México. Edit., Oxford. México. 2002. 1ª Edición.
- ASPI, Armando. "Métodos de la Investigación". Edit., Kapelusz, S. A. de C. V., Argentina 1992. 2ª Edición.
- BAENA PAZ, Guillermina. "Metodología de la Investigación". Edit., Publicaciones Cultural. México 2004. 6ª Reimpresión
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Bartola P. "Metodología Jurídica". Edit., Oxford. México 2003. 1ª Edición.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales" Edit., Porrúa. México 1996. 25ª edición.
- BRICEÑO SIERRA, Humberto. "El arbitraje Comercial, Doctrina y Legislación. Edit., Limusa. México. 1997. Primera Edición.
- CAIVANO J., Roque. Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Edit., Ad Hoc. Argentina. 1993. 1ª Edición.
- CASTRO VILLALOBOS, J. Humberto. Diccionario Temático, Derecho Internacional Público. Edit. Oxford, México 2002. 1ª Edición.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM. Edit., Porrúa. México. 1995. Octava Edición.
- Diccionario Jurídico Espasa. Edit. Espasa. España. 1999. 1ª Edición.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Edit. Porrúa. México. 2000. Primera Edición.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Diccionario Jurídico. Edit. Porrúa. México. 8ª Edición.
- IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano, historia e Instituciones". Edit. Barcelona. México. 1992. 6ª Edición.
- JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Solución alternativa de conflictos en el Seguro y en el reaseguro. Edit. AIDA. Colombia 1998. 1ª Edición.
- MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil. Edit., Porrúa. México 2002. 6ª impresión.
- MOHAMMAD NAGHI, N. F. "Metodología de la Investigación" Edit. Limusa Noriega Editores, S. A. de C. V., 5ª impresión de la 2ª. Edición.
- ORTIZ, Frida Gisela. "Metodología de la Investigación, el proceso y sus técnicas". Edit., Limusa, S. A. de C. V., México 2004. Primera Edición.
- SILVA SILVA, Jorge A. Arbitraje Internacional en México. Edit. Oxford. México. 2001. 2ª Edición.

LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN MÉXICO

JOSÉ BENITO PÉREZ SAUCEDA⁵³⁵

“La comunicación, los signos y la cultura forman parte de un núcleo que puede influir en la economía, la política y el desarrollo general de una nación”.

Aníbal Ford

Sumario: 1. Introducción, 2. El Principio, 3. Crisis de la vía Jurisdiccional, 4. Centros de Mediación en México, 5. Culturización para obtener la solución, 6. De las Leyes de Mediación, Conciliación y los demás Métodos Alternos, 7. Regulación de los MASC en las entidades federativas, 8. Evolución, 9. Conclusiones, 10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En este mundo, cada vez más lleno en cualquier actividad de la que hablemos, las necesidades tanto de las personas físicas, como las morales aumentan; una tierra con más gente, pero, a la vez, más pequeña, puesto que nos podemos comunicar de maneras antes no pensadas, hasta sus rincones más lejanos. Es así como llegamos a relacionarnos de manera constante, y este “roce” con personalidades muy diversas a la nuestra, con diferente forma de ser y pensar, provoca divergencias que en determinado momento pueden convertirse en conflictos, aunado al ya repleto conglomerado de retos a los que nos enfrentamos a diario, tenemos como resultado un efecto de “olla a presión” lista para estallar, de allí el aumento de la violencia ciudadana, y ante tal, la necesidad de encontrar formas de solucionar estas controversias o, mejor aún, lograr que cada uno de nosotros tengamos las herramientas suficientes para poder manejar, controlar y “des-

⁵³⁵ Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Estando por presentar la tesis de Maestría en Ciencias con Especialización en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en la misma facultad. Catedrático de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

activar” estos pleitos antes de que se susciten. Lo anterior ha provocado el resurgimiento de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) en el mundo, como verdadera respuesta a estas necesidades y como una opción de justicia satisfactoria para todos los involucrados, y México no es la excepción.

El presente ensayo tiene por objetivo dar una vista a la actualidad de estos medios de resolución de controversias en el país, los cuales tienen cada vez más aceptación por parte de la comunidad mexicana en general, debido a los resultados, por ello es su explosiva incursión en las diferentes entidades federativas, ya sea en el inicio o aumento de su práctica, hasta su regulación en diferentes disciplinas.

2. EL PRINCIPIO

En épocas remotas era el jefe de familia la persona encargada de mediar, negociar y en su caso decidir el destino de una controversia suscitada. Así, en algunos grupos religiosos, desde la antigüedad, encontramos la tradición en la cual una persona, quien por su experiencia, rango o conocimientos, es la encargada de decidir la suerte de las partes en conflicto. Es por ello que afirmamos del resurgimiento de la figura del mediador o del Árbitro, figura que también existía en el Derecho Romano. Sin embargo, la acción como facultad para poder exigir la intervención de la Justicia del Estado para hacer valer un derecho que tengo sobre otra persona, fue predominando principalmente por la necesidad de obligar a la persona a cumplir con determinada obligación que tuviere, y por la necesidad que no siempre la costumbre, los valores o la responsabilidad de una comunidad iban a ser suficientes para que todos cumplieran con sus convenios establecidos, así empezó a ser imprescindible la operación del poder para la ejecución de los actos previamente establecidos.

La fuerza gana el lugar a la palabra. El único animal racional sobre este planeta, utiliza esta habilidad cognitiva con la finalidad de crear artefactos que le ayuden a tener alguna ventaja en la manifestación de dicho poderío y la comunicación, la principal herramienta para el desarrollo del hombre, se convierte en nada, a la hora de conflictos. Son las armas quienes resuelven estos. No podemos negar el instinto de pelea innato en el hombre, y la necesidad instintiva por la violencia, pero tampoco podemos negar el hecho de la facultad máxima de la especie: el pensamiento, la capacidad de razonar y con ello la virtud de encontrar maneras más avanzadas de resolver las controversias que solo con el litigio. Así se utilizó el intelecto para establecer las bases para tener una pelea “justa” (como un juicio) y no una solución justa, se creó un defensor de la parte (como el abogado) para cuidar los derechos de sus representados en una contienda, no para buscar con esos derechos una solución, terminando a veces estos defensores o un juez (tercero que no tiene

que ver nada con el conflicto) arreglando la problemática, sucediendo que la justicia determinada por el Estado resultaba en ocasiones diferente a la que era valorada por los involucrados (las partes) y la sociedad misma.

3. CRISIS DE LA VÍA JURISDICCIONAL

El proceso para obtener justicia ya no depende de las personas en controversia, depende así de personajes externos y situaciones que se tienen que cumplir para poder obtenerla; cuando pareciera que lo importante es cubrir ciertos requerimientos y no encontrar la verdad, nos encontramos con el problema que el medio se convierte en el fin, cumplir correctamente la vía jurisdiccional se vuelve el fin, y no el medio en que se debe de determinar la verdad, se perdió la focalización de adónde se quería llegar, los tribunales del Estado se apropian de la noción de la justicia con sus resoluciones, ante la denominada “justicia legal” y el ideal que en realidad se buscaba tiende a perderse en el camino.

Con el aumento de litigios, las complicaciones en la búsqueda de una solución justa resultaron cada vez más evidentes, la falta de confianza de la sociedad, las equivocaciones, las acciones dolosas por parte de algunos malos jueces y abogados, trajeron consigo una crisis de la justicia que dio inicio a la opción del renacimiento vigoroso de los métodos alternos.

Las cualidades innatas de los MASC como: establecer la confianza entre las partes, ser una opción más barata que un litigio, ser un medio voluntario, y su rapidez sin el desgaste natural de una contienda, son la carta de presentación para su aceptación en los nuevos sistemas de justicia y el motivo de su contemplación en el ámbito formativo de las sociedades más avanzadas del mundo.

Invariablemente se dio el choque entre los pensadores que propusieron el regreso de estas figuras y los que se oponían a ello, y cómo no iba a ser así, si como abogados fuimos instruidos para el litigio y para la acción, la demanda, la contestación, el ofrecimiento y desahogo de pruebas y alegatos, las excepciones, los recursos, pero no para las soluciones.

Como podemos ver, fuimos preparados para el procedimiento y cómo poder enfrentarlo, pero no para obtener la solución; a su vez, era mal visto el abogado que intentaba negociar, evitando toda la sustanciación del juicio. El choque con la forma de pensar del abogado tradicional era predecible y se dio; pero poco a poco los MASC están ganando la “batalla” (valga la litigiosidad del término), diría en mejores términos que van negociando, conciliando, la oportunidad que estos representan, y sin dejar de lado los tribunales y su necesaria e indispensable existencia, van opacando el espacio que deben ocupar en el intento perfectible humano de la cristalización de la justicia, la materialización de la verdad, la sociedad armoniosa que todos soñamos.

Es de tal forma que México se sumó a los países que utilizan los Método Alternos de Solución de Conflictos y el compromiso de promoverlos y continuar su desarrollo, como se establece en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006⁵³⁶, tomando también en cuenta que nuestro país es el que más tratados comerciales ha realizado en el mundo, y la gran mayoría de las grandes economías contemplan en sus legislaciones los MASC; así también el Estado de Nuevo León está de lleno en esta misión, ya que al 2001, la experiencia de la conciliación o mediación en sede judicial era prácticamente nula⁵³⁷. Ahora este escenario ha cambiado, esta responsabilidad debe de ser compartida, puesto que los efectos de una sociedad tolerante, creo que está fuera de duda, por eso y por los resultados que se van teniendo, la sociedad jurídica y en general, se van convenciendo de su utilidad y de la realidad que se nos presenta como cultivo de frutos mediatos e inmediatos.

4. CENTROS DE MEDIACIÓN EN MÉXICO

El auge en la utilización de los MASC ha provocado que sean ya varios estados mexicanos los que cuenten con centros que faciliten tanto el servicio de mediación como de otras formas alternativas de solución de conflictos.

Las entidades federativas que cuentan con un centro de mediación son: Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco y Veracruz. En total hablamos de 19 estados que están utilizando ya los MASC, y el futuro se muestra bastante prometedor pues la mayoría de estos, hablemos que su creación se sitúa en los últimos cinco años, tienen resultados muy sobresalientes. Asimismo, algunos municipios por su parte, también cuentan con centros de mediación, inclusive, de mayor vida a los del Centro de Justicia Alternativa del Estado al que pertenecen, siendo estos, los que con sus estadísticas abrieron los ojos a los gobiernos estatales y poderes judiciales para la apertura de un centro estatal. Cabe mencionar que en el Estado de Nuevo León, los centros de Mediación del municipio de San Pedro Garza García, Guadalupe y Monterrey (aunque este último dejó de funcionar en el 2001) funcionaban anteriormente a la aprobación de la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado. En el municipio de San Pedro Garza García la mayoría de los asuntos que se manejan en el centro de mediación municipal son

⁵³⁶ Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2001, p. 125.

⁵³⁷ Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México, ITAM, México, 2001, p. 81.

de carácter familiares, vecinales y civiles, en tanto que en el municipio de Guadalupe, hablaríamos de mediaciones familiares, vecinales, civiles, mercantiles, penales y laborales.

“Lo he dicho y lo repetiría cien veces y mi ciudad viene a darme la mejor prueba: Cuando todos y cada uno se esfuerzan por realizar a conciencia el inmediato deber que les compete, los problemas quedan resueltos automáticamente en una inmensa proporción”.

Alfonso Reyes

5. CULTURIZACIÓN PARA OBTENER LA SOLUCIÓN

Es muy importante en este procedimiento de evolución la forma de resolver controversias, la educación de la sociedad sobre el tema, la culturización que se da a los ciudadanos sobre los métodos. En Nuevo León las instituciones educativas han jugado un papel preponderante en este proceso de transformación cultural para lograr anteponer la razón y la comunicación ante una divergencia de cuestiones que se presentan a los involucrados en un pleito; tenemos así diversas universidades comprometidas con este tema desde hace tiempo, encontrando a varias de las principales casas educativas jugando un rol importante en el desarrollo de su comunidad, como los casos de la Universidad Regiomontana, la cual imparte en su programa de estudio por parte de la División de Ciencias Jurídicas la materia de MASC desde 1998; asimismo la Facultad Libre de Derecho cuenta con el Centro de Resolución de Controversias desde el año 2001, con el propósito primordial de la promoción de estas formas alternativas. El Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey también cuenta con la materia de MASC en su licenciatura en Derecho; de igual modo, en la máxima casa de estudios de nuestro estado, la Universidad Autónoma de Nuevo León, por medio de la Facultad de Derecho y Criminología cuenta con el único postgrado en Métodos Alternos en América Latina; además de esta maestría se ha difundido este tema por medio de la serie de libros y la constante realización de eventos de especialización, como el más reciente llevado a cabo (“Los MASC en la Ciudad Internacional del Conocimiento”) apenas el mes de agosto de 2005.

Como podemos entender, la educación (junto con la salud) es sin duda la inversión más importante que se puede hacer para el desarrollo de una comunidad, ya que la educación no solo son títulos colgados en una pared, sino las competencias para poder atender y resolver contrariedades que se presenten en la vida diaria. El principal factor constructivo de la educación es la aportación que se da por parte de la persona instruida en determinado arte, ciencia u oficio que ayuda a construir una sociedad mejor; la educación no se ostenta, se demuestra, de allí que la inversión y el trabajo que se haga en cuanto a la culturización de los MASC, dará

como resultado una sociedad propositiva, creativa y capaz de mantenerse en armonía ante diferentes circunstancias. Queda claro desde esta perspectiva la importancia que debe tener el involucramiento de la sociedad y de las escuelas en el procedimiento de incorporación de la mediación a la práctica diaria de los ciudadanos y a la postre la tangibilidad de sus resultados.

6. DE LAS LEYES DE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y DEMÁS MÉTODOS ALTERNOS

Hablando del abanico de legislaciones de MASC en los diferentes estados mexicanos, podemos catalogar estas en leyes de tres tipos, las que solo regulan la Mediación, las que regulan la Mediación y Conciliación, y las que abarcan más Métodos Alternos; mencionaremos algunos ejemplos y cómo definen algunas de estas los métodos que regulan.

La Ley de Mediación del Estado de Oaxaca, como su nombre lo indica, es una de estas reglamentaciones exclusivas a un solo método alternativo definiéndolo como “Método alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre los mediados en conflicto, con el propósito de que ellos acuerden voluntariamente una solución que ponga fin al mismo total o parcialmente”⁵³⁸; con esta definición se nos hace necesario saber qué se entiende por mediador y mediados, los que define como “Mediador: Persona física que interviene en la mediación facilitando la comunicación entre los mediados. Cuando intervenga más de un mediador se les denominará comediantes”⁵³⁹; y a los mediados los refiere como las “Personas físicas o morales debidamente representadas que deciden voluntariamente someter el conflicto existente entre ellas a la mediación”⁵⁴⁰; otra ley referente a este método alternativo únicamente es la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua, con fecha de publicación en el diario oficial de ese estado del 7 de junio de 2003, y nos dice que la mediación es un “procedimiento en virtud del cual un tercero imparcial y capacitado denominado mediador, facilita a los participantes en una disputa a comunicarse adecuadamente y promueve la negociación entre ellos con el fin de lograr una solución parcial o total aceptable a las partes involucradas en el conflicto”⁵⁴¹. Vemos cómo este concepto nos recuerda a la mediación como una forma de negociación asistida, pero también nos explica quién es el mediador en la misma definición de mediación.

⁵³⁸ Artículo 4º Fracción I.

⁵³⁹ Artículo 4º Fracción II.

⁵⁴⁰ Artículo 4º Fracción III.

⁵⁴¹ Artículo 5º Fracción I.

Como punto intermedio tenemos otras leyes que solo hablan de la mediación y la conciliación como Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, publicada en el diario oficial de dicha región del país el 27 de mayo de 2003; amplía la regulación a ambas formas alternativas. Encontramos en ella una escondida definición de la Mediación, puesto que no tiene un artículo específico para este efecto refiriéndose a ella como “el trámite iniciado a petición de uno de los interesados y aceptado voluntariamente por el otro, a través del cual uno o más mediadores intervienen para facilitar la comunicación directa, respetuosa y confidencial entre las partes del conflicto, con el propósito de que estas lleguen por sí mismas a un acuerdo voluntario que ponga fin a la controversia”⁵⁴². Otra ley que se refiere a estos medios es la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima, que deja de lado otras posibles formas de MASC y define la Conciliación como un “procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en un conflicto logran solucionarlo, a través de la comunicación, dirigida mediante recomendaciones o sugerencias de solución facilitadas por un tercero denominado conciliador”⁵⁴³; y en los mismos términos encontramos a la Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado de Veracruz, que para efectos de ley entiende conciliación como un “proceso en el que uno o más conciliadores asisten a las partes en un conflicto, para facilitar las vías de diálogo, proponiendo alternativas y soluciones al conflicto”⁵⁴⁴.

Encontramos ahora a una tercera “clase”, por llamarlo de alguna forma, de normativas de MASC en nuestro país, que son leyes que hablan o regulan más allá que las anteriores en cuanto a medios alternos se refieren. Siendo así, tenemos a la Ley de Métodos Alternos de solución de Controversias del Estado de Coahuila con fecha de publicación en el diario oficial de ese estado del 12 de junio de 2005, que además de la mediación y conciliación antes mencionadas, nos habla de otras figuras como el Arbitraje al que define como “un procedimiento alternativo de solución de conflictos, a través del cual, las partes deciden voluntariamente, someter sus diferencias ante un Tribunal Arbitral constituido por uno o más árbitros, siempre en un número impar, quien recibe esa facultad de un compromiso en árbitro”⁵⁴⁵. Esta ley está separada por secciones, cabe mencionar que cada uno de los MASC allí reglamentados tiene una específica y dentro de la respectiva al Arbitraje encontramos las clases de Arbitraje Institucional, Ad Hoc, Internacional, Nacional, en Amigable composición y Técnico⁵⁴⁶.

⁵⁴² Artículo 7.

⁵⁴³ Artículo 3 Fracción III.

⁵⁴⁴ Artículo 4 Fracción II.

⁵⁴⁵ Artículo 60.

⁵⁴⁶ Artículo 61.

Una “novedad” que se presenta en esta ley es la Evaluación neutral, este es “un procedimiento alternativo para la solución de controversias, de carácter facultativo, mediante el cual un tercero, experto e independiente de las partes, llamado evaluador neutral, recibe de estas sus argumentos de hecho y de derecho, así como sus pruebas, con el propósito de ponderar la validez legal de sus respectivas posiciones y sugerirles recomendaciones sobre las que pueden concretar un acuerdo y resolver sus desavenencias”⁵⁴⁷. Esta forma alternativa se solicita por escrito, ante un evaluador nombrado por las partes o por el Centro de Medios Alternos de Solución de Controversias, en el cual todas las comunicaciones se harán por medio de correo ordinario, electrónico, o por teléfono, asimismo el evaluador les comunica a las partes los datos (fecha, lugar, hora) para poder entregar sus escritos y pruebas que validen lo que estas proponen; solo en una ocasión pueden tener alguna reunión para alguna aclaración, con lo anterior se realiza la evaluación⁵⁴⁸. Cabe mencionar que por la pluralidad de MASC manejados en dicha normatividad (mediación, conciliación, evaluación neutral y arbitraje) se les denomina a los realizadores de servicios de MASC como facilitadores de estos medios.

La Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León, con fecha de publicación en el periódico oficial del estado, del 14 de enero de 2005, continúa con la situación antes descrita. Esta define el Arbitraje como un “Método Alternativo adversarial... mediante el cual uno o más Prestadores de Servicios de Métodos Alternos emiten un laudo obligatorio y definitivo para los participantes en conflicto, con el objeto de finalizar un conflicto”⁵⁴⁹. Observamos de lo anterior el hecho de nombrar a los ejecutores de los MASC como prestadores de servicios, puesto que se contempla la Transacción como un contrato mediante el cual se realizarán recíprocas concesiones las partes para poder terminar una controversia⁵⁵⁰ y la Amigable Composición como la forma alternativa de resolución de controversias en que sin tener mayores formalidades en la realización del mismo, el tercero neutral encargado de decidir el conflicto, llamado árbitro, podrá resolver en equidad o en conciencia⁵⁵¹.

Otra clase de reglamentaciones en las que aparecen los MASC en México en la actualidad son las determinadas a regular alguna disciplina en particular, como ejemplo podemos citar la Ley de Conciliación y Arbitraje Médico para el Estado de Coahuila, publicada el viernes 9 de julio de 2004 en el periódico oficial de ese estado; la Ley para la Atención y Prevención de la Violencia Familiar en la Estado de Michoacán, que con-

⁵⁴⁷ Artículo 55.

⁵⁴⁸ V. Artículos 55 al 59.

⁵⁴⁹ Artículo 2do. Fracción XI.

⁵⁵⁰ V. Artículo 2do. Fracción VII.

⁵⁵¹ V. Artículo 2do. Fracción XII.

templa como forma de resolver los conflictos familiares a la Conciliación y a la Amigable Composición o al arbitraje, con fecha de publicación el 11 de febrero de 2002.

En Nuevo León, la Comisión Estatal de Arbitraje Médico creada por decreto con fecha del 16 de julio de 2002, contempla la aplicación de la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje para la resolución de conflictos suscitados en la relación medico-paciente.

“No hay caminos para la paz, la paz es el camino” – Gandhi

7. REGULACIÓN DE LOS MASC EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Entre los estados de la república que pueden contar con algún tipo de regulación de la mediación o la conciliación, se encuentran Chiapas, Guanajuato, Quintana Roo, Chihuahua, Oaxaca, Baja California Norte, Baja California Sur, Tabasco, Coahuila, Querétaro, Nuevo León, Colima, Veracruz, Aguascalientes, Estado de México, Distrito Federal, Puebla y Michoacán.

En Chiapas existe la Ley Estatal para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna, que tiene como meta sentar las bases para resolver el conflicto suscitado ante la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y la agravante desigualdad en las condiciones de vida de los indígenas chiapanecos, y que si bien es cierto su objetivo es la “conciliación”, como su mismo nombre lo dice, y el diálogo, la comunicación que es la principal herramienta con la que se trabaja en los Medios Alternos como la Mediación, la Conciliación y la Negociación, no versa más que solo sobre el compromiso, obligación y responsabilidad del Gobierno del estado y municipios para sentarse a platicar sus asuntos, pero no dice cómo, no establece MASC alguno para lograrlo.

En Aguascalientes encontramos la Ley de Mediación y Conciliación de dicho estado publicada en el diario oficial el 27 de diciembre de 2004; en el Estado de México, como antes lo había mencionado, se encuentra el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México que cuenta con su reglamento interno, así como el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal cuenta con las reglas de operación para este Centro. También mencionamos anteriormente la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de Nuevo León, la Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias de Coahuila, la Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos de Veracruz, la Ley de Justicia Alternativa de Colima, la Ley de Justicia Alternativa de Guanajuato, la Ley de Justicia Alternativa de Quintana Roo, la Ley de Mediación de Chihuahua y la Ley de Mediación de Oaxaca. Pero como también dijimos existen otras propias (o apartados en leyes) para una actividad especialmente en el ámbito de salud (Baja California, Coahuila, Tabasco) y en materia familiar (Michoacán).

En cuanto a la regulación del Arbitraje, se refieren a él la mayoría de los Códigos de Procedimientos Civiles de los diferentes Estados, que lo contemplan, tenemos en este supuesto a Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Colima, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, D. F., Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas, así como numerosas leyes de carácter económico, entre ellas, la Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Ley de la Propiedad Industrial, Ley de Protección al Ahorro Bancario, Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros, etc.

Como podemos ver, la práctica de los MASC en México ha anticipado a su regulación de tal forma que de manera posterior a que los ciudadanos los aplican, se crean centros de Mediación o leyes para tener una reglamentación que sirve como referente jurídico sobre los mismos. Estas actividades se presentan cada vez con mayor frecuencia por la necesidad de buscar otras opciones tanto ante la lentitud del aparato jurisdiccional, como el surgimiento mayor y más rápido de problemas, donde una sociedad que día a día tiene menos tiempo para prestar atención, da como resultado que los conflictos brotan por todas partes. "Hablando se entiende la gente" versa un dicho popular, y este conocimiento antiguo que nos parece ahora lejano, tonto, sin embargo, el ser humano por naturaleza necesita atención, necesita comunicarse, quiere que lo escuchen y la comunicación es la piedra angular de los MASC, que poco a poco van esculpiendo en la discordia, desatención, desconfianza, desavenencia el tronco común que existe entre el dicho de unos y el de otros, se va creando una "escultura" comunicativa, perfecta, un puente, que de poner atención quizás siempre existió, o siempre se pudo construir, solo faltaba buscar entre los involucrados la disposición o la atención que el asunto requería. "El que busca, encuentra", se dice por allí, y si se busca la solución, se encontrará la solución, si se busca el conflicto, como en un procedimiento judicial, cuidado, porque encontrarás uno, y si ya existe, será más grande. Como consecuencia lógica, es difícil pensar en que los MASC en México sean una moda, es así que algunos Centros de Mediación presumen sus resultados como el de Puebla, el cual hace del conocimiento público sus estadísticas en sus años de funcionamiento; en Nuevo León se pretende a la brevedad ampliar el ámbito de aplicación de estos medios, debido a los prometedores resultados que se han tenido desde la entrada en aplicación de la ley nueva leonesa desde enero de 2005 hasta la fecha.

Es posible predecir que en los años venideros tengamos (cuya propuesta ya ha sido planteada) una Ley Federal de MASC, que complemente la regulación nacional de estos medios, o la aparición de un Centro de Mediación Federal, como el mismo Consejo de la Judicatura Federal ha

estado estudiando establecer, para hacer más grandes las oportunidades de extinguir conflictos.

8. EVOLUCIÓN

En Coahuila como en Nuevo León existen leyes estatales que abren la puerta a la regulación de más MASC, que la mediación y la conciliación, como lo mencionamos anteriormente, pero aun existen muchas figuras alternativas que se pueden introducir a nuestro derecho, tomando en cuenta que la Cámara Internacional de Comercio (CCI) ha administrado una cantidad por encima de los 12.000 arbitrajes, desde 1923, y en los Estados Unidos de Norteamérica la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) resuelve más de 70.000 asuntos al año, asimismo en el vecino país, principal economía del mundo y socio comercial de nuestro país, el 70% de los conflictos entre particulares se resuelven por medio de estos métodos y solo el 30% por ciento lo hace por la vía judicial; podemos entender que los MASC son todavía tierra por descubrir y existen muchas materias en las que estos medios podrían ser aprovechados. En Nuevo León la materia en la que se pueden aplicar los MASC es a los asuntos que son susceptibles de convenio, como leemos en el artículo 3º de la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León: “Los Métodos alternos serán aplicables solamente en los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público ni contravengan alguna disposición legal expresa o afecten a terceros”⁵⁵². Podemos apreciar que existe un amplio espectro de problemas en los cuales nos podrían ser útiles, por ejemplo un mayor énfasis en la materia familiar, recordemos la antes mencionada Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar que contempla la Conciliación y la Amigable Composición como medios para resolver estas controversias, con esto no quiero decir que sean la únicas formas para arreglar un problema familiar, la Mediación también puede dar excelentes resultados en estos problemas; quien más que una pareja para verdaderamente entender el porqué de sus problemas, a veces solo falta un poquito de luz para ver las cosas que descomponen una relación, pero lo cierto es que es imposible que un tercero ajeno totalmente a esta convivencia puede tener una idea de las situaciones que vive esa pareja y mucho menos este sea el adecuado para resolverlas (como lo es el juez), por lo tanto la apertura de figuras de mediación en los juzgados familiares, en el nuevo Centro de Justicia Familiar se antoja necesario con el desarrollo jurídico y la infraestructura que tiene nuestra entidad; en otro comparativo, podemos observar como en la ley de Medios Alternos de Solución de Controversias de Coahuila está definida la aplicación de cuatro métodos

⁵⁵² V. Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León.

fijos (mediación, conciliación, evaluador neutral y arbitraje) y nos especifica en cada capítulo del facilitador de métodos correspondiente; en la de nuestro estado observamos más métodos alternos aplicables⁵⁵³, a pesar de mencionar a la mediación, la conciliación, transacción, arbitraje, amigable composición⁵⁵⁴, la ley posteriormente se olvida de una cuestión muy importante, aunque el arbitraje está regulado por el libro sexto, capítulo único del tema, nada se dice a la hora de obtener la autorización de Prestador de Servicios de Métodos Alternos, ¿con ella puedo realizar cualquiera de los medios?, del certificado de conciliador o árbitro, no se nos especifica nada y es importante porque, de la buena distinción, a base de la preparación de los profesionales de los MASC depende su buena ejecución y resolución, observamos allí una especie de falta de una adecuada definición o un vacío que debe de ser llenado para el buen trabajo de los mediadores privados que estén certificados por el Centro de Métodos Alternos.

La Mediación comunitaria es una materia que en nuestro estado podría explotarse mucho más; en años recientes se han creado centros de desarrollo comunitario en áreas marginadas o de escasos recursos (San Bernabé, Santa Catarina, La Alianza, etc.) de nuestra región, donde se imparten cursos de inglés, talleres sobre diversos oficios, cursos sobre pintura, música, deportes, en fin, la idea es que estos grupos sociales cuenten con esparcimiento y más herramientas para que puedan tener una mejor calidad de vida. ¿Qué mejor calidad de vida que las herramientas necesarias para poder llevar una vida armoniosa y en paz? Algunas de estas zonas tienen altos índices de violencia, la formación en MASC provocaría, a mediano y largo plazo, resultados muy redituables a nuestra comunidad, por ejemplo en disminución de violencia familiar. Estos centros comunitarios deberían, dentro de sus talleres, contar con gente preparada en Mediación, Conciliación y Negociación, además de poder funcionar como Centros de MASC, ¿por qué esperar a que venga una persona de la Colonia la Ermita, en la parte más alta y marginada de Santa Catarina, hasta el centro de Monterrey a resolver su conflicto en Centro de Mediación, si puedo yo, como Gobierno, llegar hasta él con un espacio físico (como dichos centros) que ya existe? Además, la misma instrucción a las personas que tomen los cursos poco a poco va provocando una reacción en cadena en la que la persona preparada en los MASC, puede desactivar, o manejar una situación de conflicto, como en el hogar, en el trabajo, etc., donde anteriormente en una situación así, habría violencia. Enseñar a negociar, enseñar a comunicarnos, es una base para la sociedad del conocimiento que nuestro estado pretende ser. Enseñar para construir, enseñar para tener y mantener la paz, debe ser el objetivo de nuestra metrópoli, si quiere alcanzar la meta que se

⁵⁵³ V. Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León.

⁵⁵⁴ V. Artículo 2º.

propone. Una verdadera sociedad del conocimiento es una creativa para encontrar la solución adecuada para cada cuestión que se le plantea, es constructiva, es tolerante y armónica. Quien piense que esto es solo palabrería, que son sueños tontos, le pondría como ejemplo lo mucho que el hombre a alcanzado tecnológicamente, era como pensar en el siglo XV que el hombre fuera a pisar la Luna, bueno, ya lo hizo y existe una misión programada a Marte para el 2012, estamos manipulando la genética, podemos clonar especies, podemos comunicarnos con sonido e imágenes a casi cualquier región del planeta y más allá, sin embargo, a pesar de tanto empeño que pone nuestra especie en la utilización del intelecto en la ciencia, todavía nos quedamos en el esfuerzo por utilizar esta misma capacidad en entendernos nosotros mismos y entender a los demás, es tiempo de hacerlo, de emparejar la tecnología con avance social, y los MASC son una forma, no la única, tampoco infalible, pero opción, clara, viable y probada en bastantes disciplinas. No existen razones para no confiar en nosotros mismos, y el no darle la oportunidad a los MASC, es no confiar en nuestra inteligencia y nuestra capacidad de arreglo, si confiamos en los frenos de nuestro coche, si confiamos en nuestro control de televisión para cambiar los canales, si confiamos en la máquina hecha por el hombre, ¿por qué no confiar en el hombre mismo, como piedra angular de la solución duradera?, el proceso de obtención de la misma y el ratificar los resultados de la humanidad por lograr la cohesión y la armonía, es la evolución venidera que lo está cambiando y lo puede cambiar todo, pensar que no puede suceder es pensar que el hombre no podía evolucionar hasta caminar erguido, no porque todavía, la mayoría de nosotros, cuando tenemos un problema pensamos en pelear, que en negociar, pensemos que nunca avanzaremos a que nuestra opción primera sea negociar.

9. CONCLUSIONES

Para el pensamiento primitivo, aceptar que mi contrincante puede tener cierta razón en lo que pide, en cómo piensa, en cómo actúa y que dicha posibilidad significaría una probable ausencia de legitimidad o error, en lo que pido, en lo que quiero, en lo que soy, en como soy, es aterrador. Los abogados no somos guerreros educados, la educación debe tener como finalidad evitar el conflicto, no fomentarlo, somos parte de la solución, no del problema. La sociedad tiene razón cuando señala, al defensor de un inculpado, a quien logramos salvar de prisión, pero posteriormente descubrimos que era culpable de lo que se le imputaba. Entonces el abogado fue parte del problema, gracias a él un delincuente más anda en las calles y probablemente cometiendo aún más actividades ilícitas. Nos enseñaron a ver que el mejor abogado era el que ganaba más asuntos, sin importar si en dichos asuntos tenía a la verdad de su lado. ¿Se hizo justicia?, por algunos casos como estos la gente desconfía y sería tonto negarlo, provocaron la

aceleración de la descomposición social, directa o indirectamente somos responsables de ello. Tenemos la obligación de hacer lo que esté en nuestras manos para ser un factor regenerador en la vida colectiva de nuestras regiones, países y, con ello, el mundo en general. Los MASC representan una manera, negar lo que escribo tendría una porción muy grande de prejuicios, la puerta está allí, y en muchas partes del globo terrestre ya se está cruzando por ella, no será un camino fácil ni rápido, pero por el avance de nuestras sociedades, así será. Esta filosofía no es un conocimiento nuevo y mucho menos ajeno a lo jurídico, baste recordar al más ilustre de los abogados mexicanos, el Lic. don Benito Juárez, cuando dijo: “Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”. El panorama actual de los MASC en México es de consolidación en el país, los años venideros serán decisivos en este proceso para lograr que la sociedad mexicana se vuelva apta en dichas artes, o si prefiere que la barbarie siga su curso y en ese camino, el inevitable colapso del sistema tradicional establecido.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, Anaya Editores, S. A.
- MULDON, Brain. Mediación: Corazón del conflicto. Editorial Paidós. Argentina, 2001.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier. Estudio de los métodos alternos de solución de controversias en el Estado de Nuevo León. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. A. N. L., 2003.

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL

LIC. ROSA GUADALUPE ESPARZA MACÍAS

Sumario: 1. Introducción, 2. La conciliación como institución jurídica, 3. La conciliación en materia penal, 4. Reforma integral en el Estado de Nuevo León, 5. Conclusión.

La implementación de los métodos alternos de solución de conflictos en materia penal ha despertado en la comunidad jurídica un interés por estudiar el arranque de un sistema en donde se privilegie la búsqueda por lograr la instrumentación de mecanismos eficaces y eficientes, capaces de revertir el anquilosamiento de los procedimientos penales, en aras de transparentar la función de administrar justicia y de adecuar el sistema procesal penal a las exigencias que nos presenta nuestra realidad histórica.

Entiendo y asumo el reto que ahora enfrentamos la comunidad jurídica, ya que debemos romper con viejos sistemas que no garantizaban el pleno respeto a los derechos humanos tanto de aquellas personas a las que se les imputa un delito, como de las víctimas u ofendidos de los mismos, estos últimos, sujetos procesales lamentablemente dejados en el olvido; y esto implica romper con una formación costumbrista para enfrentarnos a sistemas de vanguardia, que exijan mayor estudio y preparación académica. En consecuencia, romper con nuestros paradigmas.

1. INTRODUCCIÓN

En diversos escenarios de análisis y discusión jurídica hemos admitido que la renovación de los sistemas de procuración y administración de justicia son temas esenciales para la preservación un sistema jurídico eficaz y para crear un ambiente de certidumbre que propicie el desarrollo de una Nación y las relaciones armónicas entre los gobernados.

Ello implica llevar a cabo una profunda revisión de nuestros sistemas en dichas materias, a efecto de dar respuesta rápida y eficiente a los reclamos sociales de lograr una justicia pronta y expedita.

Haciendo un poco de historia en el camino de la reflexión jurídica podemos encontrar en Roma, particularmente en las XII Tablas, el texto necesario con la fuerza suficiente para brindarle obligatoriedad a lo que convinieran las partes al ir a juicio.

En las instituciones jurídicas que rigen a la Iglesia Católica hay antecedentes en la materia y considerando la notable influencia que la misma ejerce en la vida del hombre es conveniente recapitular que la Iglesia sirve de base, de una u otra forma, a la estructuración de la conciliación como institución y no es ajena a la estructura de pensamiento del ser humano, sino que por el contrario, es un elemento primordial para las relaciones interpersonales y la solución de conflictos.

Así tenemos que el derecho canónico, tanto el anterior (Códex de 1917) como el nuevo (Códex de 1983) ha regulado el fenómeno de la conciliación como el deber cristiano que tienen tanto las autoridades o jueces, como los particulares, para evitar los litigios. El canon 1446, en sus numerales 2 y 3, recoge toda una filosofía antigua que venía practicándose, salida de pasajes bíblicos, como Mateo 18, versículos 15-16, donde se ordena la procuración de un arreglo amistoso tendiente a evitar la lite, o si esta ya existía, darla por terminada. Tenemos que desde los siglos VII al XII la tendencia en el derecho canónico que regulaba los procedimientos eclesiásticos, propendía la actitud de procurar la reconciliación de las partes, antes de una sentencia judicial; que el consentimiento fuera renovado, pero de todas maneras la conciliación en esa materia era facultativa, sin que existiera, como en legislaciones de Estado, la imposibilidad de la figura como presupuesto procesal preordenante a una determinada decisión procedimental⁵⁵⁵.

En el derecho canónico se buscaba la solución de los conflictos sin necesidad de sentencia por lo que era deber de la autoridad acordar a los litigantes, con el propósito de dar por terminado el conflicto.

2. LA CONCILIACIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

Podemos entender que el acto conciliatorio se trata de mecanismos que han sido implementados en la ley con hondas repercusiones en el mundo del derecho. La conciliación requiere de un elemento humano y de uno logístico, dado que su realización se verifica en una audiencia de la cual se debe levantar un acta en donde se asiente todo lo actuado entre las partes.

La conciliación forma parte del modelo de solución de controversias definido como “heterocomposición intermedia”, que corresponde a modelos de solución en donde el Estado delega la potestad de intervención en

⁵⁵⁵ José Roberto Junco Vargas. La conciliación. Temis. p. 9.

un tercero que no tiene la calidad de autoridad y que por razones prácticas y de interés para el Estado moderno, se permite su participación regulándose su intervención. A estos modelos también se les denomina en la doctrina como mecanismos alternativos de solución, los modelos que comprende son la negociación, la facilitación, la amigable composición, el ajustador y la conciliación. Este último es el más significativo en virtud del avance que ha tenido en el campo jurídico al fomentarse su implementación en la solución de controversias en materia penal.

Etimológicamente “*conciliatio*” proviene del verbo *conciliare*, que significa “concertar” o “poner de acuerdo” a dos partes que se debaten en conflicto. Si una persona desapercebida de todo conocimiento jurídico o psicológico es indagada sobre el concepto de conciliación, vulgarmente puede opinar sobre el acuerdo logrado entre las partes con la ayuda de alguna o algunas personas que sirvieron de puente en la relación⁵⁵⁶.

Entre las bondades que presenta la implementación de la conciliación como método de solución de controversias podemos señalar las siguientes:

1. *Precisión.*- puesto que en su instrumentación convergen elementos no solo jurídicos, sino también psicológicos, sociológicos, de autoridad y de convivencia que hacen de la conciliación una institución compleja cuyos elementos se entrelazan para conformar un sistema de comunicación en aras de una solución.
2. *Facilita estudios psicológicos.*- toda vez que la conciliación es un mecanismo que busca brindar la mejor solución a un problema sin lastimar los intereses de las partes pero necesariamente debe conservar el aspecto que tiene que ver con el cambio de actitud o conducta de las partes y de la manera en que evolucionan durante el proceso conciliatorio y la forma en que estos cambios afectan la búsqueda por la mejor solución.
3. *Fondo sociológico.*- este elemento constituye en el proceso conciliatorio el eje del proceso; toda vez que con él se logra determinar los aspectos medulares del problema que motiva el conflicto entre las partes.
4. *Aspecto de autoridad.*- toda vez que el Estado ha dotado al proceso de conciliación a una persona con la investidura necesaria para generar confianza a las partes y brindar seguridad jurídica a las actuaciones que realiza.
5. *Aspecto jurídico.*- la conciliación más que una etapa dentro de un procedimiento judicial, debe constituirse como una fase necesaria y obligatoria en todos los procesos para definir una situación jurídica o para crear, modificar o convalidar derechos subjetivos entre las partes.

⁵⁵⁶ José Roberto Junco Vargas. *Op. cit.* p. 53.

El aspecto jurídico de la conciliación tiene las siguientes características y se estructura sobre las siguientes bases.- (i) se trata de un acto jurídico sustancial, es decir, que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones; (ii) es un elemento necesario, cuando se trata de aquellos procedimientos en donde la conciliación forme parte del procedimiento; (iii) es un acto de todos los sujetos procesales, es decir se trata de un acto complejo en el cual hay manifestaciones de voluntad de todos los sujetos y si se excluye alguno de ellos se pueden generar irregularidades en el proceso.

6. *Acto de autonomía de la voluntad de las partes.*- toda vez que el acuerdo conciliatorio contiene la libre manifestación de la voluntad de las partes. En franco respeto a la voluntad de las partes en conflicto y atendiendo a la naturaleza propia de la mediación, se prevé a esta como un método netamente voluntario⁵⁵⁷.

Para una correcta aplicación de la conciliación es conveniente que presente las siguientes características:

1. *Acto solemne.*- ya que para que la conciliación nazca a la vida jurídica se requiere (i) celebrar un acuerdo o convenio conciliatorio; (ii) la intervención de un tercero, llamado conciliador; y, (iii) la existencia de un acta que contenga cada una de las actuaciones.
2. *Es bilateral.*- puesto que genera derechos y obligaciones para las partes.
3. *Es un acto nominado.*- toda vez que su implementación se encuentra regulado por distintos ordenamientos jurídicos.

3. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL

El estado social de derecho está instituido y fortalecido para propender por la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos y la dignidad humana, por lo tanto, la existencia del Estado está orientada hacia la obtención de la armonía entre los derechos de los ciudadanos y el bien común, de tal forma que las personas cuenten con garantías suficientes para lograr una convivencia pacífica, en el que cada miembro de la nación obtenga las condiciones mínimas de justicia y orden.

Para que el Estado cumpla verdaderamente la función que esperan todos los ciudadanos, tiene el deber y reto de proteger todos los derechos y libertades de las personas; en este sentido, uno de los derechos esenciales que tiene todo ciudadano es el que se garantice la solución a sus conflic-

⁵⁵⁷ López Jiménez, Roberto. Contexto Internacional de los MASC. Estudio comparado entre arbitraje y mediación. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología. 2003. p. 119.

tos. Luego entonces, al estado social de derecho le corresponde establecer y estructurar sistemas jurídicos tendientes a evitar los conflictos, los cuales se deberán de encontrar en constante evolución adelantando políticas de cambio en los mecanismos y métodos de solución de los problemas, de manera que le permita al Estado brindar soluciones adecuadas y prontas.

La conciliación emerge en el derecho penal como medio de solución a conflictos punibles de forma tal que se requiere el reconocimiento de su legitimación para intervenir en la solución del conflicto.

La conciliación en materia penal constituye una institución novedosa dentro del derecho procesal penal. Los principios básicos que caracterizan a la conciliación en materia penal son los siguientes:

1. *Precisión.*- al implementarse la conciliación en materia penal el Estado comienza a garantizar, verdaderamente, los derechos de la víctima u ofendido del delito. Lo anterior, porque comprende que con el acaecimiento de una conducta típica siempre se generan dos tipos de conflictos: (i) el general o social, es decir, entre el Estado y el individuo que genera la conducta típica, y (ii) el particular, que es el surgido entre el afectado directo con la conducta y el individuo generalizador.
2. *Separación del derecho penal en cuanto a su carácter esencialmente punitivo.*- históricamente se entendió que era mediante la imposición de una pena privativa de la libertad o mediante la detención del individuo infractor de la ley como se brindaban las mejores soluciones a un conflicto penal; sin embargo, después de la aparición de múltiples teorías y de estudios sobre la conducta humana y de política criminogena se logró entender que hay casos que no es factible llevarlos a tales extremos, por eso se implementó la atenuante y el agravante a cada falta, con esto se aliviaba el castigo. No obstante continuaba la imposición de penas dirigidas única y exclusivamente contra la persona. En últimas fechas, el Estado ha comprendido que al implantarse la conciliación en materia penal la represión del delito no debe caer solamente en la persona, individualmente considerada, como imposición de penas, sino que al implicado se le puede dar la posibilidad de subsanar los efectos de su conducta con factores o elementos distintos a la privación o limitación de su libertad personal, como son la indemnización y el arreglo directo con la víctima u ofendido del delito.
3. *Medio de descongestión del derecho penal.*- la implementación de la conciliación origina, como efecto positivo, una mejor resocialización y retribución al acaecimiento de una conducta punible, lo que puede verse en el campo práctico como una mejora en el sistema de administración de justicia.
4. *Vinculación de la víctima en la solución del problema.*- lo que hace evidente la influencia de la teoría de la victimología como modelo

para encontrar un nuevo cometido dentro de la sociedad y al mismo tiempo como efecto de una verdadera política criminal cercana a la realidad social.

La búsqueda del ideal democrático en las instituciones de procuración de justicia no consiste en buscar un derecho penal alternativo, sino una alternativa al derecho penal a través de la implementación de mecanismos que permitan que la voluntad de las partes, siempre que la víctima u ofendido libremente lo acepten, impere en cierto tipo de procedimientos no gravemente trascendentes para el bien social, brindando con ello la posibilidad de una resolución de conflictos más humana y eficiente.

La inclusión de la conciliación penal, busca que los ciudadanos, con una intervención mínima de la autoridad, encuentren mecanismos para la resolución de controversias. La implementación de soluciones de controversias arroja una justicia penal restauradora y reconoce la decisión de las partes de poder seleccionar a los métodos alternos como una opción frente a la justicia ordinaria, en la forma y términos que señalen las leyes de la materia.

La mediación penal no es justicia negociada, sino que se inserta en un nuevo paradigma del derecho penal en México en el que la víctima hasta ahora olvidada o solo enunciada en el artículo 20, inciso "B" de la Constitución, es revalorizada y se le da la oportunidad para que si así lo decide, participe activamente en la solución del conflicto penal y, para que la comunidad deje de ser solo una expresión retórica en los expedientes para participar en la dinámica de la mediación.

El espacio idóneo para la aplicación de la mediación penal es la comunidad misma, en virtud de que existe un preocupante porcentaje de ilícitos penales que no se denuncian y engruesan la cifra oculta de la criminalidad quedando el conflicto vivo en donde se suscitó, con los graves riesgos que esto implica.

Los medios alternativos de solución de controversias se nos presentan como una propuesta que supera la concepción rígida del sistema de procuración de justicia. Implican un enfoque distinto del derecho al avanzar en la construcción de las posibles soluciones con la participación de los mismos afectados, lo que resulta en una menor carga para el Estado.

A diferencia de los procedimientos contenciosos, la implementación de los métodos alternos de solución de controversias favorece a que las partes amolden sus exigencias a las posibilidades efectivas de cumplimiento y a un procedimiento voluntariamente elegido entre ellas, fuera de toda rigidez esquemática preconcebida.

4. REFORMA INTEGRAL EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

En el caso particular del Estado de Nuevo León, se reconoció la necesidad de transformar la visión del estado, afianzarlo como un estado de

leyes; un estado cuyas reglas, instituciones y valores sean congruentes con las demandas ciudadanas. Esta visión, es precisamente lo que caracteriza el quehacer de la administración pública 2004-2009, que encabeza el Lic. José Natividad González Parás, en donde la participación ciudadana es punta de lanza en muchos de los programas que se han ejecutado; uno de ellos, la Consulta Pública para la Revisión y Reforma del Marco Jurídico en Materia de Administración y Procuración de Justicia. El cual es reflejo del compromiso por lograr el desarrollo de las instituciones, su fortaleza, legitimidad y adecuación a la dinámica social.

En este sentido, se afirma que la justicia es un imperativo para la convivencia armónica y en Nuevo León era impostergable la obligación que como gobierno y sociedad tenemos de evaluar nuestras instituciones jurídicas, en atención a la consecución del ideal democrático de justicia, de tal forma que exista una necesaria correlación con las necesidades de la población para evitar circunstancias que se materialicen en graves injusticias.

Este principio orientó los cinco grandes objetivos y los cinco grandes proyectos estratégicos que integraron la plataforma política de la propuesta gubernamental del Lic. José Natividad González Parás, Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León. No puede haber justicia sin un marco jurídico que garantice el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas y que genere al mismo tiempo condiciones que mejoren la operación expedita, la transparencia y la competitividad de las instituciones gubernamentales.

En tal virtud, y toda vez que el proceso de evaluación institucional es una obligación compartida entre gobierno y sociedad, se consideró necesario al inicio de la administración 2004-2009, la participación responsable y propositiva de ambas partes para la consecución de un marco jurídico que respondiera a los reclamos sociales de una mejora en los sistemas de administración y procuración de justicia. Para este efecto se convocó, en el mes de octubre de 2003, a un proceso de revisión del marco jurídico relacionado con la procuración e impartición de la justicia para enriquecerlo con reformas o nuevas leyes, integrando a este gran esfuerzo del gobierno la visión, experiencia y voluntad de los ciudadanos, de las instituciones y organizaciones civiles.

Se reconoce que el tema de la procuración y la administración de justicia tiene particular importancia y transcendencia en toda sociedad, pues son las funciones primarias a través de las cuales el Estado genera las condiciones necesarias para la seguridad pública y el desarrollo armónico, ordenado y sustentable de la comunidad. En este sentido, se torna indispensable no solo la efectiva aplicación del orden jurídico en estas materias, sino su impostergable revisión integral, a fin de perfeccionarlo y actualizarlo, para que su contenido y los instrumentos de defensa social de que disponen las autoridades encargadas de su ejecución, respondan a las demandas sociales de procuración y administración de justicia.

Estamos conscientes de que es una exigencia legítima e impostergable que la sociedad tenga la certeza de que sus pretensiones de seguridad jurídica sean atendidas con oportunidad, claridad profesional y efectividad; por tanto, y a fin de brindar una respuesta adecuada a tales reclamos sociales se realizó la Consulta Pública para la Revisión y Reforma del marco jurídico en materia de administración y procuración de justicia y se integró un Comité Organizador a cargo de diversos miembros del Gabinete Estatal que tenían como encomienda principal promover un nuevo marco jurídico atento a nuestra realidad histórica.

Dicho Comité Organizador realizó estudios exhaustivos respecto de diversas experiencias de reforma nacionales y extranjeras a fin de contar con las herramientas necesarias para llevar a buen término de proceso de reforma estructural que se realizó en el Estado de Nuevo León.

Los trabajos realizados arrojaron resultados positivos en diversos temas por lo que se impulsaron diversas reformas legislativas; de estas, el juicio oral y la implementación de la conciliación en materia penal son las reformas estructurales que se realizaron.

El mismo delimita la facultad del Juez que conoce y resuelve sobre la procedencia de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, a fin de que sea diferente al juzgador quien conozca a fondo el proceso penal, evitando que este tenga una postura preestablecida antes de dictar sentencia, implicando que no tendrá prejuicios sobre el objeto del proceso, la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad, lo cual es favorable para su imparcialidad al resolver en definitiva.

Reestructuramos el proceso penal de tal manera que la etapa central y decisiva del mismo sea la audiencia oral, concentrando todos los actos como desahogo de pruebas, alegatos, conclusiones, deliberación y sentencia en una sola audiencia, garantizando que en la misma se respeten los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Con este sistema se logra generar un principio de igualdad procesal, en donde las diligencias y actuaciones realizadas por el Ministerio Público pueden ser objetadas y confrontadas por los defensores de oficio, buscando un equilibrio entre ambas.

De igual forma, con el Juicio Oral se reafirma la presunción de inocencia de toda persona acusada de un delito, mientras no se pruebe su culpabilidad de conformidad con la ley. Para dar cumplimiento a la anterior se contempla que en la mayoría de los casos la prisión preventiva se aplique excepcionalmente, para que en la mayoría se dicten órdenes de comparecencia, con lo que se impide la privación de la libertad de personas que todavía no han sido declaradas culpables, buscando que en cada caso concreto se encuentre justificada la necesidad y proporcionalidad de la medida.

Como parte indispensable del Procedimiento Oral se introdujeron a la materia penal algunas figuras, tales como el acuerdo de no inicio de la acción penal, el acta circunstanciada, la suspensión de la averiguación, la

suspensión del proceso, el procedimiento abreviado, la mediación y la conciliación. Lo anterior ha propiciado que en los procedimientos iniciados por delitos cometidos a partir de la entrada en vigor de las normas que regulan el Juicio Oral, se logre una solución anticipada a la sentencia; reparación del daño expedita; readaptación social efectiva, aceptada plenamente por el responsable del delito; y empleo eficiente de los recursos humanos y materiales, para investigar delitos de alto impacto.

Cuando se tomó la decisión de comenzar a sentar las bases para la transición hacia un sistema penal de tipo acusatorio, se consideró como uno de los lineamientos rectores de dicha transición el de la gradualidad, en atención a que se trataba de algo nuevo en la práctica penal de nuestro país, que implicaría no solo ajustes legislativos, sino más allá, un cambio cultural en los actores del procedimiento penal, en sí, en la comunidad por completo. Para el gobierno del Estado de Nuevo León el objetivo ha sido muy claro: construir dicho sistema sobre bases que en términos legales y operativos logren un cambio estructural en el modelo de justicia penal.

Las reformas han dado mucho fruto en el sentido de que se han solucionado una serie de conflictos, y sobre todo se ha cumplido con la garantía constitucional que establece el apartado del Artículo 20, en el sentido de que con la reforma se está logrando el objetivo de que a la víctima se le repare el daño.

Contamos ahora con un Poder Judicial más fortalecido, con nuevos delitos que sancionan conductas antisociales que no estaban contempladas en nuestro sistema penal hace apenas un año, con una nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia que establece las atribuciones legales necesarias para que las autoridades en la materia puedan cumplir mejor con su responsabilidad y, sobre todo, para que las responsabilidades del Ministerio Público sean atendidas debidamente con apoyo en la investigación científica.

5. CONCLUSIÓN

En las últimas décadas se han venido utilizando diversas formas de resolver conflictos; los nombres que se han utilizado para designar estos mecanismos son muy variados. El nombre es lo de menos, lo que importa son los conceptos y resultados; hasta ahora los más utilizados son la mediación y la conciliación. La primera denota una cierta pasividad del mediador, aunada a la imparcialidad con que debe presenciar siempre la negociación entre las partes; la segunda otorga espacios más amplios al conciliador para que, dentro del marco de la imparcialidad, pero también de flexibilidad, pueda tener la libertad de hacer sugerencias a los interesados para agilizar el diálogo y mantenerlo en niveles razonables de equilibrio.

La conciliación desde el punto de vista doctrinal significa mucho más que el simple otorgamiento de un perdón como causa de extinción de la

acción penal, es nuestro deber buscar la instrumentación de mecanismos eficaces y eficientes, capaces de revertir el anquilosamiento de los procedimientos legales; todo ello, en aras de transparentar la función del Estado y de las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia de acuerdo a nuestra realidad histórica y los reclamos sociales. Por eso, en Nuevo León la renovación de los sistemas de procuración y administración de justicia son temas esenciales para la preservación del estado de derecho y para crear un ambiente de certidumbre que propicie el desarrollo del Estado y las relaciones armónicas entre los gobernados.

El estado de derecho no puede subsistir si el marco jurídico queda rezagado frente a las exigencias de la sociedad, sobre todo, inmersa en un profundo proceso de cambio político, económico y social.

Uno de los retos de los procesos de consolidación democrática y del funcionamiento eficiente y equitativo de un sistema de procuración de justicia, consiste en tener como fundamento la vigencia efectiva de un estado de derecho, un orden jurídico moderno y previsible y un sistema de justicia fortalecido, imparcial, independiente, eficiente y de fácil acceso.

Es necesario que el sistema de justicia evolucione del mismo modo que lo hacen la tecnología, las vías de comunicación, el pensamiento humano; son evidentes los reclamos que la comunidad ha hecho en ejes como el retraso en la resolución de los procedimientos, la falta de salidas alternas a la sentencia, la falta de apertura en la información, la existencia de conductas que dañan a la sociedad y no se encuentran tipificadas, la ausencia de medios alternos que permitan la solución pacífica de los conflictos y la falta de atención a las víctimas del delito y de mecanismos que coadyuven a lograr una real reparación del daño, entre otros.

Es nuestro deber buscar la instrumentación de mecanismos eficaces y eficientes, capaces de revertir el anquilosamiento de los procedimientos penales, en aras de transparentar la función de administrar justicia y de adecuar sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático.

La solución de conflictos, por parte de las personas involucradas en estos, merece ser destacada en el ámbito de las relaciones interpersonales, porque no revela un solo signo de madurez cívica y moral, sino el esfuerzo de mantener la serenidad y apertura necesarias para llegar a un encuentro de voluntades y lograr un acuerdo mutuamente aceptable.

La revalorización de estos medios alternos y la forma como irrumpen en el presente y comienzan a permear en la consideración de los distintos órganos de gobierno atiende estrictamente a la democratización en la creación, búsqueda e impartición de la justicia por parte de los estados modernos.

De tal suerte, concluimos que en materia penal la razón básica para recurrir en mayor medida a los métodos alternos de solución de controversias, debe ser la reconstrucción de la paz social a consecuencia del hecho delictivo.

MEDIACIÓN EN NICARAGUA. COMENTARIOS A SU APLICACIÓN

MSC. ALEJANDRO JOSÉ CASTILLO ZEPEDA⁵⁵⁸

Sumario: 1. Introducción, 2. La mediación y su reglamento. Comentario general, 3. La mediación y su aplicación, 4. Análisis de la mediación en casos concretos, 5. Conclusiones y propuestas, 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En Nicaragua el sistema jurídico ha venido experimentando una serie de transformaciones producto de los cambios originados con la promulgación de nuevos códigos de procedimientos, tal es el caso del Código del Trabajo⁵⁵⁹ tanto en su parte adjetiva como sustantiva o bien el Código de Procedimiento Penal⁵⁶⁰ e incluso en lo relativo a los procedimientos de orden administrativo, sin embargo, es importante señalar que en lo particular el Código de Procedimiento Civil no ha sufrido mayores transformaciones en cuanto a los tratamientos procesales de las diferentes figuras, algo necesario en nuestro sistema. Vale expresar que una de las transformaciones al proceso en la rama del derecho procesal civil es verdaderamente la figura de la mediación⁵⁶¹, misma que persigue entre otros, el objetivo de solucionar amigablemente la pugna objeto del proceso, es decir, que es una figura de economía procesal dirigida a dirimir la litis entre las partes.

⁵⁵⁸ Máster en Derecho Económico y Derecho Privado, con estudios especializados. Secretario Académico y Jefe del Área de Derecho Mercantil de la Escuela de Derecho Universidad Politécnica de Nicaragua UPOLI. Docente titular de las cátedras de Derecho Mercantil y de Derecho Procesal Civil. Coordinador de las Maestrías en Derecho Económico, Derecho Procesal y de Derecho Mercantil. Abogado Investigador, Consultor, Litigante, Juez Suplente.

⁵⁵⁹ Código del Trabajo, Ley N° 185 del 5 de septiembre de 1996

⁵⁶⁰ Ley N° 406 Publicado en la Gaceta Diario Oficial N° 243 del 21 de diciembre y N° 244 del 24 de diciembre de 2001.

⁵⁶¹ Establecida en el Art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley 260 publicada en la Gaceta Diario Oficial N° 137 del 23 de julio de 1998.

Decimos que es una transformación al proceso civil porque aun cuando es una actuación previa a la tramitación de la demanda, no menos cierto es que debe insertarse en la cuerda procesal la certificación de dicha actuación o sea el acta de mediación en el que se establezcan los acuerdos o no de las partes para que el proceso continúe a tal punto de considerarse esto por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su Art. 94 un requisito formal para la admisibilidad de la Demanda, partiendo de este planteamiento podemos entonces deducir que el Art. 1.020 del Código de Procedimiento Civil que establece las partes principales de un juicio debe de entenderse así: “las partes principales de un juicio son: Demanda, Certificación del Acta de Mediación, Emplazamiento, Contestación, Prueba y Sentencia”. Es importante señalar que no es el acto de la mediación lo que se considera parte del proceso pero sí debe serlo la certificación que emane del referido acto.

Es la mediación un nuevo elemento en el proceso en nuestro país cuyo origen y aplicación pretenden evitar largos y costosos procesos logrando a través del amigable componedor la solución de las litis, pero aun así en nuestro medio nos hemos encontrado con ciertas dificultades en su aplicación. En algunas ocasiones posiblemente producto de un vacío en la ley y reglamento⁵⁶² que regula dicha figura y, en otros casos producto de la interpretación que de la ley hacen nuestros tribunales como por ejemplo el que algunos jueces determinen que debe o no haber mediación si estamos o no ante una jurisdicción voluntaria o contenciosa, dejando de entrada a su criterio la aplicación de la ley, pero más allá de eso dejan al descubierto los juicios que nacen de otras leyes que no nacen precisamente en el Código de Procedimiento Civil (Pr), tal es el caso de los juicios mercantiles que tienen su origen en el Código de Comercio o en la Ley General de Títulos Valores etc.

2. LA MEDIACIÓN Y SU REGLAMENTO. COMENTARIO GENERAL

La LOPJ⁵⁶³ establece la figura de la mediación en su Art. 94⁵⁶⁴. Su premisa es de orden extra procesal, puesto que el judicial ha de abstenerse

⁵⁶² Reglamento de la Ley 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial “Gaceta N° 104 del 2 de junio de 1999.

⁵⁶³ Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁶⁴ Literalmente expresa: Mediación Previa. Art. 94. “En todos los casos en que se presenten demandas de Familia, Civiles, Mercantiles, Agrarias y Laborales en los juzgados respectivos, previo a cualquier actuación o diligencia, el juez convocara dentro del sexto día a un trámite de mediación entre las partes las que podrán estar asistidas por abogados. En los casos penales, la mediación se llevará a efecto por el juez de la causa en cualquier estado del juicio de instrucción, antes de la correspondiente sentencia interlocutoria en los casos previstos por la ley. En los procesos por delitos que ameriten penas correccionales, la mediación se realizará antes de la sentencia definitiva. El juez durante este

de efectuar trámite alguno en el orden procesal hasta tanto no se haya efectuado el trámite de mediación, es decir, que la actuación del judicial es la de notificar la interposición de la demanda, pero en el auto que dicta previene que se efectuará la mediación y en el caso de no haber acuerdo emplazará a la parte demandada para contestar la demanda en este caso lo que debe de adjuntarse al proceso es la certificación del acta de mediación, hecho jurídico que de no cumplirse acarrea las nulidades de ley.

Por otra parte, es importante señalar cuáles serían los objetivos primarios del acto de mediación a saber:

- a) Llamado a que las partes efectúen propuestas concretas sobre lo planteado en la demanda y por si encuentran una solución que satisfaga a ambos en sus pretensiones.
- b) La actuación del judicial es exclusiva: la de un amigable componedor, restringido en sus opiniones sobre el caso concreto, absteniéndose en ese sentido a comentario alguno que por si lo implicaría en el proceso, juega el papel de un intermediario pero sin emitir criterios en relación al fondo del asunto, lo que se deduce entonces en que no es dirimente en su función de mediador.
- c) Es un procedimiento de economía procesal, básicamente pretende, en este sentido, una reducción del tiempo y de los recursos tanto materiales como humanos que se llevaría el caso en el supuesto que se deba resolver a través del proceso judicial. El juez debe prevenir sobre estos hechos a las partes e invitarlas a llegar a una solución.

En relación a los efectos del trámite de mediación el más relevante es que se considera una vez efectuado el advenimiento, cosa juzgada y el acta certificada tiene el valor de mérito ejecutivo, lo que deduce entonces que lo acordado y no cumplido será desde luego ejecutado en la vía civil aun cuando la mediación tenga su origen en la vía penal. Es importante señalar por antonomasia jurídica que el hecho de ser cosa juzgada deduce

trámite citará a las partes y las invitará a que solucionen amigablemente la pugna, haciéndoles la reflexión acerca del tiempo y recursos que invertirán en el proceso judicial. Se abstendrá de emitir opinión en referencia a quien le asiste o no la razón e insistirá en aclararles que su cometido es el de reconciliarlos. Tal como queda expresado, en el trámite de mediación, los jueces actuarán como mediadores o amigables componedores, de llegar las partes a un avenimiento, lo acordado y resuelto se consignará en un acta judicial, la que prestará mérito ejecutivo teniendo el carácter de cosa juzgada. Deberá cumplirse, lo acordado, sin excusa alguna por las partes, y no cabrá recurso alguno. La certificación librada por el juez correspondiente de haberse realizado un previo trámite de mediación entre las partes, constituirá un requisito formal para la admisibilidad de la demanda. En caso que una o ambas partes se hubiesen negado a concurrir al trámite de mediación, su negativa se entenderá como falta de acuerdo y así se expresará en la certificación correspondiente.

que este tipo de actas certificadas no admiten recurso alguno⁵⁶⁵. (Amén de la valoración de que no se efectúe la referida certificación y no se cumpla con el formalismo para que el acta entre al proceso).

Cabe señalar que esta certificación de la mediación es por ley un requisito formal para la admisibilidad de la demanda, lo que lo constituya efectivamente en una parte del proceso y el judicial debe una vez que la certificación está incluida en el proceso efectuar el emplazamiento para la respectiva contestación de la demanda. Vale la pena recordar, que aun cuando en la demanda el demandante no solicite el trámite de mediación el juez debe proveer de oficio el que se efectúe el trámite y librar la respectiva certificación del acta de la mediación.

Por otro lado, es importante señalar que en el Art. 38 y s/s del reglamento a la LOPJ, se estatuye lo referido al trámite de mediación, es retomando la mediación una invitación al diálogo y la negociación, pero es importante destacar que el Reglamento establece los casos en que no procede el trámite de mediación⁵⁶⁶, es decir, es taxativo en relación a los procesos en que no cabe el referido trámite (comentario que haremos posteriormente).

El acto de mediación se considera uno, aun cuando se efectúe en más de una sesión (en todo caso no pueden por disposición de ley ser más de dos sesiones), en relación al sitio en que se deben de efectuar las mediaciones. En el caso de los departamentos se efectúa por los jueces el Despacho Judicial, y en el caso de Managua se manda a efectuar a la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC), adscrita al Poder Judicial, quien una vez efectuada la mediación remite al juzgado la certificación para que continúe el proceso. Esto reforma el Art. 41 parte in fine⁵⁶⁷ del Reglamento en cuestión.

3. LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN

Partimos de que el reglamento a la LOPJ, en su Art. 38 establece expresamente los casos en los que no se debe efectuar trámite de mediación, es

⁵⁶⁵ Art. 45. RLOPJ "El acta es el documento que expresa la manifestación de la voluntad de las partes en la mediación. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en el presente reglamento".

⁵⁶⁶ Art. 38. al tenor de lo dispuesto en el Art. 94 LOPJ. La mediación no procede en los siguientes casos: 1. diligencias prejudiciales. 2. Juicios ejecutivos singulares con Renuncia de Trámite y en los de ejecución de sentencia. 3. en los casos que el procedimiento especial, ya prevé la celebración de un trámite conciliatorio. 4. Nulidad de Matrimonio. 5. Declaración de incapacidad y de Rehabilitación. 6. Causas en que el Estado o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo que actúen como personal de derecho privado. 7. Interdicción Civil. 8. Quiebra o Concurso. 9. Aquellos otros casos en que la ley expresamente lo prohíbe.

⁵⁶⁷ Art. 41 "... Las audiencias de mediación se deberán celebrar en el local del Juzgado destinada a tal efecto en día y horas hábiles".

importante señalar que en particular el inc. 3 del referido Art. 38 nos señala que no se efectuará trámite de mediación: “En los casos que el procedimiento especial ya prevé la celebración de un trámite conciliatorio”, naturalmente esto reforma la LOPJ en su art. 94 donde se expresa que en todos los casos donde se presenten demandas de Familia (...) y Laborales (...) previo a cualquier trámite se ha de citar al trámite de mediación, hecho jurídico mismo que nos expresa que en materia laboral no cabe la mediación puesto que tiene su propio trámite conciliatorio, mismo que también se prevé en los juicios de familia como por ejemplo el caso de los juicios de divorcio. Por tanto, es importante dejar señalado que se ha restringido en ese sentido la aplicación del trámite en referencia producto del reglamento a la LOPJ. Asimismo, tenemos el inc. 8 del reglamento en referencia que establece que en los casos de Quiebra o Concurso no cabe el trámite de mediación, obviamente que en su aplicación a este tipo de juicio estamos de acuerdo en que no tenga cabida pero en nuestro sistema jurídico un presupuesto básico para la declaración del Estado de Quiebra es la Suspensión de Pagos y en este caso debe de llamarse al trámite de mediación resultando esto un tanto fuera de la lógica por cuanto en el proceso de Quiebra la ley no da cabida a la posibilidad de un arreglo pero sí lo da para la conformación del presupuesto para la declaración de quiebra.

Por otro lado, tenemos el inc. 9 del Art. 38, que nos expresa que no hay mediación en los casos en que la ley expresamente lo prohíbe, de aquí partimos de una situación dirigida, a mi juicio, más de cara a nuevas leyes en las que se prevé la existencia de este trámite y prefiere evitarlo que de aquellas que al momento de entrar en vigencia la presente ley y su reglamento en particular ya funcionaban porque, obviamente no se había previsto el nacimiento del trámite de mediación.

Revestimos especial interés en estos incisos de cara al análisis que haremos de la mediación y su aplicación en casos concretos en nuestro sistema jurídico.

4. ANÁLISIS DE LA MEDIACIÓN EN CASOS CONCRETOS

4.1. La mediación y la reconvencción

En este caso partimos de que en la LOPJ Art. 94 se establece que previo a cualquier actuación o diligencia, el juez convocará dentro del sexto día el trámite de mediación, esto conlleva a que será hasta el momento en que las partes lleguen a mediar que presentarán al judicial las alternativas de solución a la litis planteada en la demanda. De no encontrarse, en la misma, solución a la litis entonces el judicial emplaza a la parte demandada para la contestación de la demanda. Pero dentro de estas formas de contestar la demanda, está efectivamente prevista, en el art. 1.052 de nuestro Código de Procedimiento Civil, la reconvencción; que en

esencia es el establecimiento de una litis nueva que es llevada al juicio que ya inició y de ahí surge la pregunta ¿acaso debemos de llamar a un trámite de mediación a las partes previo al emplazamiento que se le debe hacer ahora al original demandante?, y de no hacerlo ¿esto podría acarrear nulidades procesales? Externamos este caso por ser probablemente uno que es común en nuestro sistema que desde luego nos deja planteada una situación particular de cara a la mediación. Es nuestro criterio que debemos de respetar la naturaleza de la figura de la mediación y aun cuando se encuentre ya planteado un proceso, este debe de suspenderse en relación a la diligencia del emplazamiento al original demandante que ahora es demandado y debe llamarse a un trámite de mediación, esto además de cara a las garantías procesales de las partes, ya que debe de tenerse un tratamiento similar a las partes involucradas y con reales intereses en el proceso. Es más, debe de insertarse el respectivo certificado de acta de mediación para poder continuar con el proceso y en el caso de no hacerse ni el acto de mediación y por ende la falta de certificación del trámite, acarrearía la nulidad de todo lo que se actúe a partir de este mismo acto.

Estaríamos pues ante una situación particular de este tipo de juicio a como lo es el hecho de que se darían dos trámites de mediación entre las mismas partes, inicialmente de cara a la litis planteada por el demandante y una segunda después de la contestación de la contrademanda, de cara al nuevo elemento planteado por el demandado que en todo caso trajo una nueva litis al proceso.

Es posible pues que de cara a una de las litis planteadas por las partes se llegue a algún tipo de arreglo y no suceda así con el otro planteamiento.

4.2 La mediación y algunos juicios especiales

4.2.1. Del deslinde y amojonamiento

Este tema es por demás muy particular, tal es el caso del deslinde y amojonamiento por ejemplo previsto en nuestro Código de Procedimiento Civil (Pr.) en su Art. 1.452⁵⁶⁸. En este caso la demanda de petición de deslinde debe expresar el nombre y residencia de las personas que deben ser citadas o expresar que se ignoran estas circunstancias. En principio esto nos lleva a preguntarnos que si debe efectuarse el trámite de mediación y se desconoce el nombre y residencia de las personas ¿cómo las vamos a

⁵⁶⁸ Del Deslinde y Amojonamiento Art. 1.452 Pr.: “En la Demanda de deslinde y amojonamiento se expresara si el deslinde ha de practicarse en todo el perímetro del terreno, o solamente en una parte que confine con una heredad determinada; y se manifestara los nombres y residencia de las personas que deben ser citadas al acto o que se ignoran estas circunstancias. A la demanda se acompañará el título de propiedad o el supletorio en su defecto”.

llamar a un trámite de mediación?, especialmente porque es común que sea hasta el momento en que se van a trazar las líneas del respectivo deslinde aparezcan los opositores⁵⁶⁹ a dicho trámite y es en ese caso que puede nacer, pues una verdadera litis en el proceso y por ende es el momento de hacer un llamado a un trámite de mediación. Es valoración nuestra que este trámite en este tipo de proceso deba de efectuarse en el momento que surja efectivamente una oposición al trazo de las líneas y no impide este hecho que el judicial efectúe las primeras diligencias como es el caso del nombramiento de los peritos y dar inicio al procedimiento. Esto sin detrimento del llamado que se debe hacer a los conocidos y el derecho que les asiste de estar en el proceso desde el inicio e incluso, la propuesta de sus propios peritos como lo establece nuestro procedimiento. Es decir, no tiene sentido llamar a un trámite de mediación previo a cualquier actuación judicial cuando no se tiene certeza en algunos casos de los posibles afectados y que en algunos casos surgen en el transcurso del proceso y menos aún efectuar un trámite de mediación con los que son llamados al mismo cuando no ha surgido en ese momento conflicto alguno. De ahí pues, que la mediación deba de efectuarse en el caso de existir oposición, suspendiendo el proceso hasta que se haga el efectivo trámite de mediación y se inserte en el caso particular la certificación del mismo además esto concuerda con el espíritu de la ley procesal al señalar esta, que en todo caso aun ante la falta de presencia de los citados se continúa con el trazo de las líneas.

Es decir, creemos que la mediación deber de efectuarse en este tipo de juicio hasta que en el momento de efectuar el trazo de las líneas surja una oposición, en ese sentido debe llamarse al referido trámite y de no llegar a acuerdo continuar con el proceso en concordancia con el Art. 1.460 Pr.

4.2.2. Cancelación y reposición de títulos de crédito

Citaremos como un caso especial también el de la cancelación y reposición de títulos de crédito por extravío, sustracción o la destrucción⁵⁷⁰, tal es el caso, por ejemplo, de un certificado a plazo. En nuestro sistema es

⁵⁶⁹ Art. 1.460 Pr. “Si al hacerse el deslinde naciere alguna oposición entre los colindantes, se sobreseerá desde luego en cuanto al deslinde de la parte de la finca confinante con la del opositor u opositores, con reserva de que se resuelva la oposición en el juicio que corresponda y sin que esta sea obstáculo a la continuación del deslinde en el resto de la finca”. Comentario del autor: aun cuando haya oposición la línea debe de trazarse y lo que de la oposición se derive se resolverá en juicio aparte.

⁵⁷⁰ El poseedor que haya sufrido el extravío, la sustracción o la destrucción del título a la orden pueden pedir su cancelación por medio de demanda presentada ante el juez del lugar donde deban cumplirse las prestaciones, o bien la reposición en su caso. Si en el título a la orden hubiere varios obligados, será el juez competente del lugar donde el principal obligado deba cumplir las prestaciones.

opinión dividida de que si este tipo de tramitación debe o no citarse al trámite de mediación. Partimos de que en este caso no hay al efecto de la solicitud ninguna litis, pero no menos verdad es que en transcurso del proceso nuestra LGTV⁵⁷¹, en su Art. 91⁵⁷² establece la necesidad de publicar por edictos que se está efectuando un trámite de cancelación y reposición de título de crédito y que el fin de esto es que se oponga⁵⁷³ aquel que pueda considerar que se le daña su derecho es decir que en ese momento se plantea una litis entre las partes, es opinión nuestra que en ese momento en particular debe de efectuarse el trámite de mediación o incluso al inicio de la demanda ya que hay certeza de quien emitió el título en referencia, si partimos de que la mediación en su Naturaleza Jurídica propicia el arreglo de partes en un proceso y además pretende la economía procesal, entonces en este tipo de procesos sería efectiva su aplicación.

Es relevante señalar el criterio vertido por el Dr. Aníbal Solórzano en sus glosas al la LGTV. Especialmente el comentario al Art. 94 que textualmente expresa: “con esta oposición del detentador, comienza el juicio contencioso para que la audiencia del reclamante y demás obligados y las pruebas, se dicte la sentencia que decidirá definitivamente la cuestión de la titularidad del documento y prestaciones”. Confirmando con ello la existencia pues de una litis y la necesidad perentoria que de ello deriva de llamar al trámite de Mediación.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Conclusiones:

- Posiblemente algunas de las limitantes de la mediación en nuestro sistema judicial, se deba a que la misma fue plasmada en la LOPJ, la cual no tiene como objetivo introducir reformas a los procedimientos judiciales, hecho que al final consigue.
- Que el trámite de mediación en los juicios en nuestro sistema jurídico tiene una aplicación diversa, por un lado porque las normas relativas a su aplicación son escasas en la regulación de los juicios a los que debe aplicarse, y en otros casos porque los judiciales efectúan inter-

⁵⁷¹ Ley General de Títulos Valores. Publicado en la Gaceta Diario Oficial en los N^{os} 145, 147, 148, 149, 150 y 170 del mes de julio del año 1971. Decreto N^o 1.824.

⁵⁷² Art. 91 LGTV inc. 3..... “El Juez sin más trámite... Autorizará el pago del título por quien corresponda una vez transcurridos sesenta días desde la fecha de la última publicación del decreto en el Diario Oficial, siempre que entretanto no se haga oposición de terceros”...

⁵⁷³ Art. 94 LGTV. Párrafo primero.. “La oposición del detentador debe presentarse ante el juez que ha pronunciado la cancelación, y debe substanciarse con citación del reclamante y de los obligados en virtud del título...”

pretaciones a las mismas aplicando su lógica personal en la interpretación de la figura.

- Que hay una falta de aplicación de la institución de la mediación y que esto limita la función primaria de la figura como es resolver el juicio con una economía procesal y de costos tanto económicos como humanos.
- Que existe una divergencia por parte de los jueces en relación a que juicios debe de aplicarse la mediación, hay quienes sustentan el criterio de la jurisdicción contenciosa para su aplicación y otros creen que debe aplicarse a todos los juicios independientemente de su jurisdicción, siempre y cuando no contraríe lo que el reglamento expresa sobre a qué juicio no debe de aplicarse la mediación.

Propuesta:

- La creación de una Ley de Mediación y su Reglamento que especifique los juicios en los que ha de aplicarse y su procedimiento, a fin de complementar las limitantes y vacíos que encontramos actualmente al estar establecida en un artículo en la LOPJ y reglamentada de forma muy *sui géneris*.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley 260 publicada en la Gaceta Diario Oficial N° 137 del 23 de julio de 1998.
- Reglamento de la Ley 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial “Gaceta N° 104 del 2 de junio de 1999.
- Ley General de Títulos Valores. Publicado en la Gaceta Diario Oficial en los N°s 145, 147, 148, 149, 150 y 170 del mes de julio del año 1971. Decreto N° 1.824.
- Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.
- Código del Trabajo, Ley N° 185 del 5 de septiembre del año 1996.
- Código de Procedimiento Penal Ley Número 406 Publicado en la Gaceta Diario Oficial N° 243 del 21 de diciembre y N° 244 del 24 de diciembre de 2001.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LAS AMÉRICAS. TEORÍA Y PRÁCTICA. CASO NICARAGUA

DONALD JOSÉ ALEMÁN MENA⁵⁷⁴

Sumario: 1. Introducción, 2. Del arbitraje, 3. Mediación, 4. Conclusiones, 5. Recomendaciones.

1. INTRODUCCIÓN

El uso de la Mediación y el Arbitraje se convierten hoy en una necesidad, pues los retos en que se está enfrentando nuestro país que tiene necesariamente que insertarse en un mundo globalizado, cumplir con compromisos asumidos por la firma de acuerdos comerciales internacionales suscritos, donde las transacciones comerciales tradicionales han sido superadas por una realidad de comercio mundial, donde el sistema jurisdiccional ordinario no está preparado para dar respuesta a estas nuevas relaciones de mercado, no queda más que apuntar a mecanismos de solución de conflictos más ágiles, con menores costos, sin poner en riesgo la seguridad jurídica

2. DEL ARBITRAJE

A nuestro juicio hay dos factores que interactúan como causas de problemas en el Arbitraje:

- a) La insuficiente redacción de las cláusulas compromisorias arbitral y

⁵⁷⁴ Abogado y Notario Público, Msc. en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Especialista en Derecho Administrativo. Docente Universitario, Expositor en Congresos Nacionales e Internacionales, Vicepresidente de la Asociación Nicaragüense de Derecho del Trabajo "Guillermo Cabanellas", Secretario General del Centro América y Caribe de la Asociación Íbero América de Derecho del Trabajo y Seguridad Social "Guillermo Cabanellas". Autor de las obras "Derecho Colectivo del Trabajo" y "Derecho del Trabajo Nicaragüense". Litigante Profesional. E-mail: damena@ibw.com.ni

- b) La legislación actual que convierte en teoría las posibilidades que las partes decidan por mutuo acuerdo, todas las reglas relativas al arbitraje; examinaremos en detalle esta interacción.

Las cláusulas compromisorias arbitrales, que son la materia de esta institución, deberían contener no solo el compromiso de someter a la jurisdicción ordinaria los conflictos entre los socios sometiéndolos a arbitraje, sino también los términos y condiciones que regirán al arbitraje, ya que su omisión causa problemas y atrasos a la hora en que uno de los socios pida al juez de lo civil la integración de un tribunal de arbitraje; el juez no cuenta con los términos y condiciones que pactaron las partes para regular el procedimiento arbitral, lo que agravado por el insuficiente conocimiento de los jueces, abogados y árbitros, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, genera muchas interrogantes, cada una de las cuales constituye de por sí un punto neurálgico:

1. Tipo de arbitraje – de derecho o equidad.
2. Forma de escogencia de los árbitros.
3. Tipo de procedimiento a aplicar.
4. Criterios para determinar la admisibilidad, pertinencia y valoración de la pruebas.
5. Plazos y términos de las actuaciones.
6. Recursos del laudo arbitral.
7. Ejecutoriedad del Laudo Arbitral.

La correcta redacción de las cláusulas compromisorias es responsabilidad de los abogados, pero la mayoría no cuentan con los suficientes conocimientos en materia procesal y particularmente en materia de arbitraje, los que los hace recurrir a modelos de escrituras de sociedades o contratos en los que no se desarrollan todos los aspectos necesarios para llevar una solución rápida y eficaz el conflicto de las partes.

Tipo de Arbitraje

Si en la cláusula compromisoria o en el acta o escritura del nombramiento del árbitro no se expresó con qué calidad fue nombrado un árbitro, la ley⁵⁷⁵ establece que si el árbitro nombrado fuese abogado, se entenderá que el arbitraje es de derecho, pero si no fuese abogado, se entenderá que el arbitro será arbitrador (amigable componedor o sujetando su fallo a su prudencia o equidad).

Esta presunción legal no admite prueba en contrario y puede trastocar la voluntad de las partes en los casos en que se escoja un árbitro que fuese

⁵⁷⁵ Código de Procedimiento Civil, Art. 968.

abogado por una de las partes y se escoge otro que no es abogado por la otra parte. En ese caso la voluntad de la ley no podría llevarse a cabo por la contradicción insalvable entre uno y otro tipo de arbitraje.

Forma de escogencia de los árbitros

El Código de Comercio dispone⁵⁷⁶: cada parte nombrará un árbitro y un tercero para dirimir las discordias nombrados por los mismos árbitros o por el juez en caso de desacuerdo; hasta aquí no hay problema, estos se producen cuando solo es uno el árbitro a nombrar de común acuerdo y las partes no se ponen de acuerdo. El Pr.⁵⁷⁷ establece que pueden las partes si obran de acuerdo nombrar para la resolución de un litigio, uno, dos o más árbitros. Esta disposición pareciera limitar el arbitraje a los casos en que se puedan poner de acuerdo las partes en el nombramiento del árbitro único, sin embargo se contradice con otras disposición⁵⁷⁸ que establece: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto. En esa misma dirección el Cc.⁵⁷⁹ establece: No haciendo el nombramiento dentro del término señalado y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por el Tribunal.

Esta contradicción ha producido diversas interpretaciones. Prevalciendo la que sostiene que no es condición sine qua non el acuerdo de las partes en el nombramiento del árbitro y que si no se ponen de acuerdo lo nombra la autoridad Judicial.

Tipo de procedimiento a aplicar

El Cc. no establece el procedimiento a seguir en los juicios por arbitramento. El Pr.⁵⁸⁰ establece que se puede someter un asunto a juicio de árbitros de derecho solo para decisión final, dejando los trámites a lo dispuesto sobre arbitradores. Esta es la única alusión al procedimiento que se deja a voluntad de las partes a decidir; pero si no lo decidieron en la cláusula compromisoria arbitral ni en acta o escritura de nombramiento de árbitros, los jueces aplican una regla contenida en el Pr.⁵⁸¹, de que se aplica el procedimiento de los juicios ordinarios, en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza, con lo cual desnaturaliza el procedimien-

⁵⁷⁶ Código de Comercio, Art. 335.

⁵⁷⁷ Código de Procedimiento Civil, Art. 964

⁵⁷⁸ Código de Procedimiento Civil, Art. 958

⁵⁷⁹ Código de Comercio, Art. 35.

⁵⁸⁰ Código de Procedimiento Civil, Art. 986.

⁵⁸¹ Código de Procedimiento Civil, Art. 6.

to expedito con que deben sustanciarse los juicios por arbitramento y haciendo difícil una solución negociada.

Criterios para determinar la admisibilidad, pertinencia y valoración de las pruebas

Cuando las partes no han definido estos criterios en el momento en que suscribieron el contrato de sociedad, o el contrato mercantil que es el momento de la luna de miel, difícil es hacerlo durante un conflicto, momentos en que algunas de las partes ni siquiera soportan verse; en ese momento del nombramiento del árbitro, el Pr.⁵⁸² faculta a las partes a establecerle al árbitro las facultades que les confiere tal disposición, deja abierta el contenido de esas facultades, pero esta flexibilidad de poco sirve si las partes interesadas no son asesoradas por un abogado con suficientes conocimientos, que tenga la visión de regular estos criterios, adecuándolos a la naturaleza o especialidad del conflicto sometido a arbitraje y si los jueces árbitros tampoco tienen esos conocimientos y experiencias caen en el error de admitir pruebas que son admisibles en el derecho civil, pero no en el mercantil y rechazar pruebas que no tendrían valor en el derecho civil, pero sí en el mercantil.

Plazos de las actuaciones

La misma falta de previsión en el momento de redactar la cláusula compromisoria y/o al nombrar al árbitro puede traer confusión; ya mencionamos que el Pr.⁵⁸³ faculta a las partes a decidir que la decisión final, sea un juicio de árbitros de derecho y los trámites a los que dispongan los arbitradores, pero si las partes no hicieron uso de esa potestad, el juez o jueces árbitros pueden decidir que los trámites sean los del juicio ordinario, que admiten todo tipo excepciones e incidentes que alargan el proceso por años, 6 días para contestar la demanda, 20 días de prueba, etc., pero la discusión en el foro es ¿qué pasa si el Tribunal Arbitral no resuelve el caso en estos plazos? El Pr.⁵⁸⁴ establece que cesa el compromiso, por no haber fallado los jueces (arbitrales) en el plazo señalado por las partes o en el que este código designa (plazos del juicio ordinario) si ellas expresamente no quisieran prorrogarlos. En este caso sería un plazo fatal.

Recursos en contra del Laudo Arbitral

Contra una sentencia de árbitros de derecho, solo se puede renunciar al recurso de apelación, cabe la posibilidad de interponer recurso de casa-

⁵⁸² Código de Procedimiento Civil, Art. 967.

⁵⁸³ Código de Procedimiento Civil, Art. 986.

⁵⁸⁴ Código de Procedimiento Civil, Art. 979.

ción, en los casos en que este proceda, contra las resoluciones de arbitra-
dores, solo cabrá el recurso de casación.

En ambos casos no se puede renunciar al recurso de casación, y si acordaron de mutuo acuerdo renunciar, se tiene por no puesta. La Corte Suprema de Justicia⁵⁸⁵ ha dicho que es admisible el recurso de casación, en los casos en que se hubiere renunciado a todo recurso, pues las causales se refieren a extralimitaciones de funciones de los arbitra-
dores, que nunca pueden presumirse previstas por las partes al renunciar a los recursos.

La Corte Suprema de Justicia también ha dicho⁵⁸⁶ que los jueces y tribunales de apelaciones son absolutamente incompetentes para conocer la nulidad de un laudo arbitral, la cual solo puede atacarse a través de la casación.

A pesar de ello, la parte que no es favorecida por el laudo arbitral, recurre de casación, aunque en el laudo no esté comprendido en ninguna de las cláusulas de forma o fondo, e inclusive recurren de apelación aunque se la declaren improcedente, todo con el ánimo de atrasar y dilatar la ejecución del laudo.

Ejecutoriedad del Laudo Arbitral

La Cn.⁵⁸⁷ establece que la Facultad Jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia, solo a ellos les reconoce el imperio de obligar y compeler a los particulares al cumplimiento de sentencias, resoluciones y laudos.

Para tal efecto, los jueces árbitros pasan el laudo junto con el expediente de la causa al juez que hubiere conocido (el juez que convocó a la integración del tribunal de arbitraje). Este notificará a las partes si el laudo se encuentra firme por no admitir más recursos, lo declarará pasado en autoridad de cosa juzgada.

Está previsto en la legislación nacional la posibilidad de la ejecución del laudo extranjero, pero solamente a nivel centroamericano y bajo el cumplimiento de determinados requisitos como el derecho a la defensa de las partes vencidas, la competencia del tribunal, el carácter ejecutoriado del laudo y que no se oponga al orden público o a las leyes de Nicaragua.

Pero no prevé otras condiciones como que el laudo se refiera a una controversia prevista en el acuerdo de arbitraje o que contenga decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje.

⁵⁸⁵ Boletín Judicial, Sentencia N° 88 del 5 de agosto de 2002.

⁵⁸⁶ Boletín Judicial, Sentencia N° 147 del 30 de junio de 2003.

⁵⁸⁷ Constitución Política, Art. 159.

3. LA MEDIACIÓN

La mediación como método alternativo de solución de conflictos careció durante mucho tiempo de un Marco Jurídico propio que regulase su ejercicio hasta que entró en vigencia la Ley N° 278⁵⁸⁸, la que ordena que en los procesos judiciales en materia de propiedad antes de que se confiera audiencia para contestar la demanda judicial ordenará un trámite Conciliatorio dirigido por un mediador con facultades de hacer propuestas tendientes a la solución amistosa del asunto.

La Ley 260⁵⁸⁹ establece la mediación como un requisito de procedibilidad previa a la admisión de las demandas de familia, civiles, mercantiles, agrarias, laborales y penales, actuando el propio Judicial como mediador, o amigable componedor.

Con la entrada en vigencia del reglamento de Mediación⁵⁹⁰, las partes que quieran utilizar este método alternativo de solución de conflicto, cuentan con procedimientos de mediación que regula las materias de la designación de los mediadores, las audiencias, las etapas básicas de la mediación, el acuerdo final de mediación, la conclusión del procedimiento de Mediación, la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos y las responsabilidades a que están sujetos los mediadores.

Como se puede apreciar, existen dos tipos de Mediación, una ejercida directamente por el Judicial, que se realiza en casi todo tipo de Juicio y otra tipo de mediación, ejercida por un abogado capacitado en Mediación y que está registrado en el Listado de Mediadores que lleva la DIRAC⁵⁹¹, pero que solo se utiliza en demanda sobre propiedades. Esta última ha obtenido un éxito en su gestión, ya que de 689 casos en que ha mediado entre el 2002 al 2004 ha resuelto 438, para un porcentaje de 61,14%⁵⁹², lo que ha motivado a la Corte Suprema de Justicia ha iniciar varios proyectos pilotos, para que en varios Juzgados el Juez no sea el mediador, sino que se haga a través de los Mediadores de la DIRAC una Mediación previa Civil asistida anexa a tribunales las razones del fracaso del Juez como mediador estriba en serios obstáculos, como la falta de tiempo para atender dichos trámites; escasez de herramientas (técnicas) para orientar el trámite; la poca confidencialidad existente en los Juzgados y las condiciones inadecuadas para la mediación dentro del despacho del Juez, además los Jueces no logran desprenderse dentro de ese trámite de su rol jurisdiccional, desnatu-

⁵⁸⁸ Ley de la Propiedad Urbana y Agraria, publicado en la Gaceta N° 239 del 16 de diciembre de 1997.

⁵⁸⁹ Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la Gaceta N° 137 del 23 de julio de 1998.

⁵⁹⁰ Reglamento de Mediación, publicado en la Gaceta N° 89 del 12 de mayo de 2000.

⁵⁹¹ Dirección de Resolución alterna de conflictos.

⁵⁹² Fuente: Dirección de resolución alterna de Conflicto (DIRAC), 15 de marzo de 2004.

ralizando el proceso⁵⁹³, mientras que en la Mediación civil asistida anexa a tribunales, se tiene las siguientes ventajas: el Judicial conserva la facultad Jurisdiccional de aprobar o rechazar un acuerdo de Mediación; el Judicial no tiene contacto personal con el Mediador; el Mediador es nombrado por el jefe de la Oficina Nacional de Mediación de la DIRAC, el Juez no envía el expediente judicial a la DIRAC, solo la cédula Judicial a las partes, ni sus asesores. El Mediador no es funcionario del Poder Judicial ni del DIRAC. Las partes no conocen de previo quién es el mediador.

4. CONCLUSIÓN

El arbitraje, a pesar de los problemas a que está sujeto su ejercicio, tiene su marco jurídico propio desde finales del siglo XIX, mientras que la mediación la tiene a partir del año 1998.

Las cláusulas compromisorias de los contratos mercantiles, de sociedades a asociaciones de todo tipo, establecen la obligación de resolver sus diferencias a través de arbitraje, pero en ninguna de las anteriores escrituras que he tenido a la vista, se establece cláusulas compromisorias para la mediación.

La mediación previa a los juicios está limitada a ser un requisito de procedibilidad de las demandas en la vía jurisdiccional, pero no de los juicios arbitrales, de tal forma que si las partes no quisieran acudir a la vía jurisdiccional, no tendrían acceso a este tipo de mediación. Hay que puntualizar que la regulación de arbitraje más desarrollado se encuentra en la Legislación Laboral.

Todas las limitaciones expuestas tanto en la mediación como el arbitraje, se pueden resolver cuando entre en vigencia la Ley de Mediación y Arbitraje, aprobada por la Asamblea Nacional, pero pendiente del trámite de sanción, promulgación y publicación por parte del Presidente de la República.

5. RECOMENDACIONES

1. Promover capacitaciones masivas sobre el contenido de la Ley de Mediación y Arbitraje.
2. Promover capacitaciones sobre técnicas de Mediación y Arbitraje entre el gremio de Abogados.
3. Elaborar Manuales prácticos sobre la Mediación y el Arbitraje para uso de la ciudadanía.

⁵⁹³ Proyecto Piloto de Medición Judicial, Revista Diálogo DIRAC, año 2, edición N° 02, octubre 2003.

LA MEDIACIÓN EN PANAMÁ

MGTER. RICAURTE SOLER MENDIZÁBAL

Sumario: 1. Introducción, 2. Decreto Ley N° 5 del 8 de julio de 1999, 3. Centro de mediación del órgano judicial de Panamá, 4. La mediación judicial, 5. Fases para implementar la mediación judicial en Panamá, 6. Dificultades de la mediación, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en nuestro país se inician a través de la cooperación internacional del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en conjunto con el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Panamá, para establecer el arbitraje, la conciliación y mediación.

De estos esfuerzos surge el Decreto Ley N° 5 del 8 de julio de 1999, que establece los métodos alternos de solución de conflictos y esta ley fue concebida para los conflictos comerciales y civiles.

Para el profesor Miguel Ángel Canales en su libro *Manejo y Resolución Pacífica de Conflictos* (2002:219) considera al respecto que “El Estado ha reconocido que la mediación es una herramienta que puede ayudar a las personas en conflictos a resolverlo, o por lo menos manejarlos y hacerlos menos violentos, que decidió legislar sobre esa materia al mismo tiempo hizo con la conciliación y el arbitraje y para ello emitió la Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 donde se establece cómo se debe utilizar para su mejor eficacia”.

Una vez que surge el Decreto Ley N° 5 de 1999, se comienza la formación de los futuros mediadores de la República de Panamá, el programa fue auspiciado por la Universidad de Panamá y el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Panamá, formando aproximadamente a unos 30 mediadores y los profesores fueron mediadores de Argentina y Puerto Rico.

A partir de ese momento comenzaron a desarrollarse las capacitaciones sobre los métodos alternos de solución de conflictos y es el Órgano Judicial una de la institución que más promueve la mediación, para evitar que estos conflictos ingresen al sistema judicial.

2. EL DECRETO LEY N°5 DEL 8 DE JULIO DE 1999, QUE REGULA EL ARBITRAJE, LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN

La mediación es una de las formas de solución alternativa de conflictos, en la cual un tercero neutral o facilitador interviene para que las partes encuentren una solución a sus controversias, a través de la negociación, intercambio de información y, lo fundamental, la comunicación.

El artículo 52 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 instituye la mediación señalando lo siguiente:

“Artículo 52: Se instituye la mediación como método alternativo para la solución de conflictos de manera no adversarial, cuyo objeto es buscar y facilitar la comunicación entre las partes, mediante la intervención de un tercero idóneo, llamado mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de estas, que ponga fin al conflicto o controversia”.

Se desprende del artículo supra citado que la mediación en Panamá es voluntaria, no es controversial y el tercero interventor es un profesional idóneo en técnicas de mediación que procura que las partes lleguen acuerdos mutuamente aceptables para ambas partes. Puede ser susceptible a mediación los procesos de transacción, desistimiento y negociación.

2.1. El mediador

El mediador es el tercero neutral o facilitador que colabora dentro del proceso de mediación para que las partes puedan resolver sus controversias.

Para el Dr. Miguel Ángel Claree González-Revilla (2003:162) en su obra la Mediación Gerencial, considera que “Del Decreto Ley N° 5 de 1999 se puede inferir que la misión del mediador es propiciar, estimular, escuchar y dar guía a las partes para que encuentren una solución satisfactoria al conflicto presentado”.

Por esta razón, el mediador es un artista que a través de su trabajo procurará que las partes depongan sus intereses y lleguen a un arreglo satisfactorio. Dentro de este proceso, uno de los roles del mediador es evitar que las partes se ofendan recíprocamente y esto se da por las emociones encontradas que van en contra del proceso de mediación.

Nuestro ordenamiento jurídico establece los requisitos para ser mediador, entre los cuales señala el artículo 59 del Decreto Ley N° 5 de 1999 lo siguiente:

“Artículo 59: Para ejercer la conciliación y la mediación se requiere:

1. *Haber recibido capacitación que lo califique como conciliador o mediador por un centro especializado o institución educativa debi-*

damente reconocida, las cuales expedirán las certificaciones correspondientes.

2. *Inscribir dicha certificación en el Ministerio de Gobierno y Justicia, el cual creará el registro de conciliadores y mediadores”.*

No pueden ser mediadores las personas que hayan sido condenadas por delitos de falsedad, estafa, prevaricación; ni las que hayan violado el principio de confidencialidad dentro de la mediación.

El Ministerio de Gobierno y Justicia, mediante Resuelto N° 106-R 56 de 30 de abril de 2001, por el cual se dictan algunas disposiciones para darle cumplimiento al Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen de arbitraje, de la conciliación y mediación, publicado en la Gaceta Oficial N° 24.296 de martes 8 de mayo de 2001, establece para desempeñarse como conciliador o mediador Institucional, Independiente o Estatal, el interesado de cumplir los siguientes requisitos:

1. Poseer título universitario;
2. No haber sido condenado por delitos de prevaricación, falsedad y estafa; y
3. Haberse inscrito en los registros que para la conciliación y mediación se llevan en el Ministerio de Gobierno y Justicia.

Para poder inscribirse ante el Ministerio de Gobierno y Justicia, los mediadores y conciliadores deben aportar las siguientes pruebas:

- a. “Poder y memorial dirigido al Ministro de Gobierno y Justicia, solicitando la inscripción en el registro de Conciliadores y Mediadores;
- b. Copia del diploma universitario debidamente autenticado;
- c. Copia autenticada del certificado de Idoneidad expedido por la entidad o gremio correspondiente, de igual manera se inscribirán quien hayan recibido capacitación que los califique como conciliador o mediador por un Centro Especializado o Institución Educativa debidamente reconocida;
- d. Hoja de vida;
- e. Formulario especial interno del Ministerio de Gobierno y Justicia; y
- f. Dos (2) fotos reciente “tamaño carné”.

Recibida la documentación correspondiente se verificará y se registrará en la Dirección de Asesoría Legal. Posteriormente se expedirá la certificación correspondiente en la cual se hace constar el número de inscripción y la fecha del registro del mediador y conciliador.

No obstante, a pesar del resuelto existen vacíos legales, pues solamente recibir una preparación teórica, y no práctica, por un centro educativo o centro especializado, no llena la formación que los mediadores y concilia-

dores deben poseer. Asimismo, se debe establecer un código de conducta para los mediadores y conciliadores, para evitar cualquier mala práctica que pueda deteriorar la mediación y la conciliación.

2.2. Confidencialidad e imparcialidad del mediador

La confidencialidad e imparcialidad son elementos fundamentales para que genere la confianza en la mediación.

La confidencialidad es otro de los actos que debe transmitir el mediador a las partes para explicar que todo lo que se diga en este proceso no será divulgado, salvo que las mismas partes así lo quieran. Los documentos y notas del mediador deben ser guardados en un lugar seguro para evitar cualquiera pérdida o sustracción y una vez finalizado el proceso de mediación se destruye toda la documentación.

La imparcialidad es un elemento importante, pues el mediador no puede tomar postura hacia ninguna de las partes. El mediador es humano y puede darse el caso de que el conflicto sea de tal magnitud que pueda sentirse aliado hacia una de las partes, y esta situación puede afectar la mediación y la confianza de la otra parte. Por consiguiente, el mediador es imparcial y no puede influir con sus creencias y emociones dentro del proceso de mediación.

Este debe ser el objetivo para desarrollar la actividad sin involucrarse en el conflicto y poder llegar a un acuerdo final que beneficie a las partes. Esto se encuentra ligado con la ética del mediador.

2.3. La mediación en Panamá es pública o privada

La mediación puede ser pública o privada, tal como lo dispone el Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 y se da a través de los centros de mediación que realizan dichas funciones.

La mediación es pública cuando cualquier institución del Estado efectúa procesos de mediación, pero los mediadores deben estar debidamente inscritos y certificados por el Ministerio de Gobierno y Justicia, tal como lo dispone el artículo 58 del Decreto Ley que dice:

“Artículo 58: Para que una institución, centro, organización o entidad privada, pueda llevar a cabo mediación, deberá contar con el correspondiente reconocimiento y autorización conferida por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

En las entidades públicas nacionales o municipales, la mediación deberá ser llevada a cabo por mediadores certificados como tales por el Ministerio de Gobierno y Justicia”.

La mediación privada se da por medio de los centros especializados debidamente reconocidos por el Ministerio de Gobierno y Justicia, como es el caso del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industrias de Panamá o por mediadores privados y de conformidad con el artículo 54 de la precitada legislación que señala:

“Artículo 54: La mediación puede ser pública o privada, dependiendo de si la misma se lleva a cabo por un mediador o mediadores al servicio del Estado o a nivel privado. Puede ser institucional o independiente, atendiendo a la procedencia del mediador o mediadores de centros, organismos o instituciones establecidos mediante las exigencias que la ley ordene, o ejercida por mediadores independientes”.

Consideramos que la mediación constituye una función pública, pues la búsqueda de un derecho o la pronta solución de un conflicto se reviste de un carácter social independientemente de la entidad o institución que lo realice.

3. CENTROS DE MEDIACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL DE PANAMÁ

Entre las Instituciones del Estado que promueven y realizan proceso de mediación, está el Centro de Mediación del Órgano Judicial, en virtud de la facultad que le da al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el artículo 1.005 del Código Judicial en crear, reglamentar y desarrollar Centros Alternativos de Solución de Conflictos.

Para tal efecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó el Acuerdo 294 de 6 de septiembre de 2001, por el cual se crea un Centro de Mediación en el Órgano Judicial, como ente auxiliar y facilitador de los procesos de mediación extrajudicial. El Centro de Mediación se encuentra adscrito a la Sala Cuarta de Negocios Generales.

Con el Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia, proyecto con el Banco Interamericano de Desarrollo (B. I. D), se contemplaron Centros de Mediación en las Unidades Regionales Judiciales en el distrito especial de San Miguelito, en la Provincia de Chirquí y en Panamá en el edificio Dorchester. Con la cooperación de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos (AID), se amplió los procesos de la mediación a las esferas civil o comercial.

Para tal efecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia modificó el Acuerdo 294 de 6 de septiembre de 2001, por el Acuerdo 225 de 19 de junio de 2003 por el cual se crean Centros de Mediación en la República de Panamá, se establece la mediación judicial y se permite que mediadores que no forman parte del Órgano Judicial puedan brindar sus servicios previa comprobación de su idoneidad, habilidades, destrezas y experiencia en mediación.

Este acuerdo dictado por el Pleno de la Corte Suprema Justicia, es de gran ayuda para los mediadores que desean tener experiencia en la mediación y al mismo tiempo coayugan en forma gratuita con el Centro al momento de prestar sus servicios.

Los Centros de Mediación constituyen otra forma de solución de conflictos que tiene la ciudadanía para resolver sus diferencias pacíficamente y al estar dentro del sistema judicial propicia confianza a los métodos alternos de solución de conflictos.

Para la doctora Gladys Stella Álvarez (2003:190), en su obra *la Mediación y el Acceso a Justicia*, consideran que “La implementación de servicios RAD dentro de la administración de justicia tiene como misión preservar el protagonismo de los tribunales en cuanto a ayudar a los ciudadanos a resolver sus disputas y asegurar el acceso de los menos aventajados a métodos efectivos para resolver sus disputas”.

Las características que presentan los Centros de Mediación del Órgano Judicial son las siguientes:

- Es voluntario: es decir que las partes pueden ir o no a una sesión de mediación;
- Es imparcial: el mediador es neutral e imparcial en el proceso de mediación, con lo cual se mantiene al margen de las posiciones de las partes;
- Es gratuito: por ser parte del Órgano Judicial no se cobra por los servicios de mediación;
- Es confidencial: lo que se diga en la orientación y en la sesión de mediación es confidencial y no podrá usarse dentro de un proceso judicial; y
- Es extrajudicial y judicial: el proceso de mediación puede ser antes de iniciarse un proceso judicial o una vez entablado la litis las partes pueden solicitar al juzgador que deriven el proceso al Centro de Mediación.

Para ser mediador de los Centros de Mediación del Órgano Judicial, tienen que pasar una serie de requisitos como: estar registrado como mediador en el Ministerio de Gobierno y Justicia, demostrar sus habilidades y destrezas realizando los procesos de mediación. Para tal efecto, deben pasar la primera fase del entrenamiento que consiste en realizar seis (6) comediaciones con los formadores de mediadores, el cual tendrá la responsabilidad dentro del proceso de mediación.

La segunda fase del entrenamiento consiste en realizar seis (6) comediaciones donde la persona que se está entrenando tiene la responsabilidad en la sesión de mediación. Después de realizar el entrenamiento antes señalados, los formadores se reunirán para determinar si el aspirante a mediador del centro, se le puede dar un proceso de mediación sin supervisión.

A los que son formadores de mediadores serán observados por los otros mediadores y una vez terminada la mediación se realizará un intercambio de opiniones sobre la sesión de mediación.

Existen actualmente en Panamá dos (2) centros de mediación funcionando: uno en la provincia de Chiriquí y el otro en la ciudad de Panamá, para el mes de octubre de 2005 se abrirá uno en el distrito especial de San Miguelito y para el próximo año se abrirá otro en la provincia de Colón y así sucesivamente en las distintas provincias de Panamá, dependiendo del presupuesto que será asignado al Órgano Judicial o Poder Judicial.

3.1. Proceso administrativo de los Centros de Mediación

El proceso de mediación no reviste formalidad; más bien, es sencillo, rápido y flexible, pues la mediación es un acto voluntario y se basa en el principio de autodeterminación de las partes.

El Acuerdo N° 433 de 13 de diciembre de 2001, por el cual se establece el Reglamento del Centro de Mediación, en Capítulo IV del Proceso de Mediación, instituye el procedimiento que deben llevar los Centros. Este procedimiento es el siguiente:

Solicitud de mediación

La solicitud la puede hacer una de las partes, en conjunto o por derivación de un Tribunal, explicando en que va a consistir la mediación.

Evaluación de la solicitud

La solicitud es evaluada por el mediador o por el personal administrativo, quienes determinarán si el conflicto planteado puede ser susceptible a una sesión de mediación. En caso de que sea mediable el personal a cargo de la orientación le explicará al solicitante las características y los servicios del Centro de Mediación.

El solicitante podrá aceptar o no los servicios del Centro. En el supuesto que no acepte los servicios se tomará como una orientación. De igual forma se procede cuando el conflicto no es mediable; pero si lo acepta se invitará a la otra parte para una sesión de mediación.

Invitación al solicitado

Recibida la petición se llamará al solicitado por vía telefónica para explicarle las características y los servicios del Centro para determinar si acepta o no la mediación.

En caso de que no acepte se tomará como una orientación; pero si acepta la mediación se fijará la fecha y hora de la sesión. En el supuesto

que el solicitado no tenga teléfono se le invitará a través del Centro de Comunicaciones Judiciales del Órgano Judicial.

Designación del Mediador

El Centro designará a un mediador o mediadora de acuerdo al listado oficial y es él o ella que llevará el proceso de mediación.

Sesión de la Mediación

El proceso de mediación se inicia con el discurso del mediador, quien felicitará a las partes por escoger este método y establecer las reglas con las cuales se va a desarrollar el proceso de mediación. Además, se incluye que las partes no se ofendan, cómo se van a establecer las reuniones privadas, el propósito de la mediación y se firma el convenio de confidencialidad.

Cierre de la Mediación

El proceso de cierre de la mediación tiene varios elementos. Primero: se determinarán las opciones finales y se afinarán los últimos detalles del acuerdo. Segundo: Se redactará el acuerdo final que debe contemplar todo lo negociado en el proceso de mediación, en el cual las partes estuvieron conformes. Tercero: Se firmará el acuerdo por las partes que intervinieron en la mediación, sus representantes legales y el mediador. Cuarto: Se establecerá una cláusula de seguimiento del acuerdo y son destruidos todos los documentos generados en la mediación.

3.2. El Acuerdo

El acuerdo es el arreglo a que llegan las partes con la colaboración del mediador. En él se expondrá cada uno de los puntos tratados y convenidos por estas.

El acuerdo puede ser total. En este caso, se firmará como se ha señalado con anterioridad; pero si es parcial se tomarán en cuenta los aspectos convenidos. Las partes estarán en libertad para recurrir a la vía jurisdiccional para resolver los aspectos que se quedaron sin solución.

Una vez firmado el acuerdo, se procederá por parte del mediador a felicitar a las partes por el arreglo obtenido y el éxito de la mediación. También se procederá así aunque no hubiera arreglo.

En caso de incumplimiento del acuerdo llegado por las partes, este presta mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, que dice:

“Artículo 56: Al iniciarse la mediación, el mediador y las partes deberán suscribir previamente un convenio de confidencialidad que garantice lo siguiente:

1....

2....

En caso de que las partes lleguen a acuerdo, este se hará constar por escrito mediante un acta. Dicho documento prestará mérito ejecutivo a partir de la discusión y firma por los interesados y el mediador”.

Según nuestra legislación los acuerdos de mediación revisten dos características. En los procesos civiles el mismo presta mérito ejecutivo, en virtud de lo establecido en el Artículo 1.105 del Código Civil, que es un contrato o convenio que obliga a las partes acatarlo y cumplirlo fielmente.

El Dr. Carlos Cuestas (2004:1491) en su artículo intitulado “El valor jurídico del acuerdo en la conciliación y la mediación en el derecho panameño”, en la obra de Instituciones de Derecho Procesal Civil, considera que: “De acuerdo a estas disposiciones, el acuerdo suscrito por las partes y firmado por el tercero imparcial se convierte en un título ejecutivo de naturaleza convencional y podrá servir de presupuesto a un juicio ejecutivo siempre y cuando en el mismo se consigne prestación de dar, hacer o no hacer, es decir, que tenga un contenido obligatorio de naturaleza patrimonial”.

Los acuerdos de familia reviste, otra formalidad, toda vez que algunos procesos no producen efecto de cosa juzgada como son: pensión alimenticia, reglamentación de vista y guarda y crianza que varían según las circunstancias de cada caso.

El Decreto Ley N° 5 de 1999 que establece la mediación no regula los acuerdos en materia de familia y para algunos autores como el Dr. Carlos Cuestas (2004:1492) consideran que deben ser homologados por parte del Tribunales de Familia “para que tenga una verdadera eficacia jurídica; por lo tanto serán imperfectos *per se* hasta tanto no sean legitimados procesalmente por el Juez”. (Ibíd.)

No obstante, este reconocimiento judicial trae consigo que los Tribunales alteren unilateralmente el acuerdo pactado en mediación o judicialicen los acuerdos; con lo que se logró en la mediación se perdió en el acto de homologación.

El rol mediador al momento del acuerdo es activo, pues tratará de que sea justo, equitativo y, lo más importante, que se pueda cumplir a cabalidad. De igual forma, se le dará seguimiento al acuerdo para verificar que las partes lo están cumpliendo o si necesita una modificación, sin caer nuevamente en un proceso de mediación de los puntos ya acordados.

Una sesión de mediación puede durar como promedio de dos (2) a cuatro (4) horas; pero puede haber varias sesiones si el caso es muy complejo.

4. LA MEDIACIÓN JUDICIAL EN PANAMÁ

La mediación judicial reviste una gran importancia para el sistema judicial, toda vez que los procesos entablados en los Tribunales pueden ser derivados a los Centros de Mediación del Órgano Judicial si las partes y abogados así lo solicitan.

Los procesos de mediación judicial tienen la característica de ser voluntario a diferencia de otros países que la mediación es obligatoria (Argentina) o como en otros casos es de obligatorio escuchar el discurso del mediador (Puerto Rico).

La mediación judicial en Panamá reviste de dos (2) aspectos fundamentales que son: Primero a acostumbrar a los jueces para que proponga en las audiencias a los abogados y a las partes los beneficios de la mediación y derivar los procesos a los Centros de Mediación. Segundo: que los abogados soliciten a los Tribunales la derivación del proceso a los Centros de Mediación.

Esto conlleva que los Tribunales se descongestionen de aquellos procesos que pueden ser mediables y concienciar a los abogados, jueces y la ciudadanía sobre los métodos alternos de solución de conflictos.

La mediación judicial se está desarrollando en las jurisdicciones penal y civil.

4.1. Experiencia de la mediación penal

La primera fase consistió en la relación entre la Juez Municipal Penal y el Centro de Mediación, este tipo de relación permitió entablar una empatía entre los despachos que consistió en la forma que se iban a derivar los procesos penales al Centro y el rol que jugaba la Juez para que las partes aceptaran ir al Centro de Mediación.

Los delitos que podrán ser derivados son aquellos que están contemplados en el Artículo 1.965 del Código Judicial, como son: hurto, lesiones y homicidio por imprudencia, lesiones personales, estafa, apropiación indebida, usurpación, siempre que en su ejecución ni hubiere violencia, amenazas, abuso de confianza o clandestinidad; daños e incumplimiento de los deberes intrafamiliares, expedición de cheques sin fondo, calumnia e injuria, inviolabilidad del domicilio, salvo las ejecutadas con violencia en las personas, con armas de fuego o por dos o más personas; contra la inviolabilidad del secreto y otros fraudes contemplados en el capítulo IV, Libro II del Código Penal; violencia intrafamiliar y los delitos de retención indebida.

El rol de la Juez fue fundamental, pues en la audiencia preliminar o en la audiencia privada le señalaba a las partes las condiciones que se encontraba dentro del expediente y qué posibilidades tenían en el expediente. Esto permitió hacer un giro a las partes y sus abogados, para que buscaran una solución económica al proceso penal en el Centro de Mediación.

Con esta intervención por parte de la Juzgadora, las partes iban a la mediación con otra visión del conflicto y era más fácil para los mediadores tratar el conflicto penal, pues las partes sabían cuál era su posición dentro del expediente y su rol en el proceso de mediación.

La segunda fase fue la derivación de los procesos de mediación de carácter penal, el cual giró en torno a la reparación de los daños causados, siendo el de mayor énfasis los delitos por lesiones personales.

4.2. Casos prácticos de mediación penal

En un proceso de mediación que fue derivado por el Juzgado Municipal Penal consistió en un accidente de tránsito en donde una de la parte fue lesionada en el brazo y en la pierna, con el resultado de 15 días de incapacidad, destrucción de la ropa y la pérdida de un celular, por un monto total de B/. 1,500.00 balboas.

Para tal efecto, se presentó un cuadro de gastos incurrido por parte de la víctima y la parte que lesionó tenía la intención de resarcir los daños causados, toda vez que si no llegaba a un arreglo podía ser condenado, de lo que no estaba convencido era por el monto solicitado.

El interés de la víctima era que se le repararan los daños, el otra parte era no ser condenado y terminar el proceso penal.

La primera parte giró en torno a los días de incapacidad, este punto no fue tan controvertido, toda vez que fue aceptado debido a que se presentó el certificado de incapacidad por parte del facultativo y la ficha de seguro social.

La negociación se basó en la ropa y en el celular, en el cual los mediadores utilizaron como técnica ser agentes de la realidad buscando acercar a las partes a una cifra real, en cuanto a la ropa se pudo determinar; pero no así en el celular porque la víctima quería un celular nuevo y la otra señalaba que el celular solicitado era muy costoso.

Nuevamente los mediadores se convirtieron en agente de la realidad; pero la misma se hizo en sesión privada (*caucus*), en donde se estableció el avance de la mediación y que el costo era muy elevado por el celular a la parte que lo exigía. Esta señaló que había una promoción de celular en un Supermercado y la otra lo podía aprovechar.

Se le comunicó la información a la otra parte y esta lo aceptó, porque él tenía que comprar comida y se pudo llegar a un acuerdo. Este proceso tenía 2 años entablado en el Tribunal y se resolvió por vía de mediación en cinco horas.

En otro proceso de mediación de carácter penal donde intervinieron las víctimas, las personas que ocasionaron los daños, abogados y la compañía de seguros. En este proceso un autobús se quedó sin freno y destruyó parte de una vivienda, en donde se encontraba niños y adultos los que resultaron lesionados.

La compañía de seguros pagó la reparación de la casa faltando el tema de las lesiones físicas y emocionales de las víctimas.

El abogado de la víctima solicitaba la reparación por los perjuicios psicológicos y daños morales, lo cual la compañía de seguros alegaba que en su póliza de seguro no se responsabilizan por los daños morales.

La mediación se trancó en la reparación de los daños morales, debido que la compañía de seguros pensaba cubrir con sus especialistas, los daños emocionales y psicológicos.

La otra parte no tenía la seguridad de que los especialistas eran idóneos para tratar los daños psicológicos de las personas y niños afectados. Se demostró así una desconfianza con los médicos tratantes de la compañía de seguros.

No obstante, la compañía de seguros mantenía su posición de la reparación de daños y perjuicios causados, más el daño moral. La compañía de seguros señaló que los daños emocionales lo iban a tratar; pero no resarcía los daños morales.

Los mediadores en sesión privada (*caucus*) le preguntaron al abogado de la víctima cómo iban a probar los daños y perjuicios y el daño moral. Este señaló que a través de la jurisprudencia. Se notó que no tenía una posición fuerte para negociar.

Con relación a la compañía de seguros se utilizó la técnica de la peor alternativa de un acuerdo negociado con relación a sus clientes. Este señaló que sus clientes iban hacer condenados; pero como la pena era menos de dos (2) años podría convertirse en días multa y no irían a la cárcel, solamente quedaría en su récord policivo la sanción impuesta por el Tribunal.

No se llegó a un acuerdo pero ambas partes se pudieron comunicar; el dueño del bus y su conductor pudieron conocer el estado de salud de las víctimas.

4.3. Proceso de mediación civil

Los procesos de mediación civil o comercial tienen como objetivo que cinco (5) juzgados civiles derivaran distintos procesos al Centro de Mediación. Para tal efecto, se perfeccionaron las destrezas de los mediadores del Centro y se capacitó a los jueces sobre los métodos alternos de solución de conflictos.

En los casos derivados se llegaron a acuerdos y los mismos fueron aprobados por los Tribunales. Es de señalar que un proceso de sucesión tenían diez (10) en el sistema judicial y se pudo resolver en cuatro (4) horas. Además, se llegaron acuerdos por la suma de ochenta y seis mil dólares (B/.86, 000) y otra por treinta y dos mil dólares (B/.32, 000) y surgieron otras formas de solución de conflictos.

En virtud de esto la Corte Suprema de Justicia emite la Circular N° 1 del 22 de febrero de 2005, en donde se amplía la mediación judicial a todos los Juzgados de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Para implementar la mediación judicial los jueces civiles convocarán a las partes y a sus abogados, para proponerles la mediación como forma de solución de conflictos. Esta convocatoria se hará mediante la audiencia que establece el artículo 493 del Código Judicial.

Artículo 493. Cuando el Juez advierta que la comparecencia personal de todas o cualquiera de las partes y sus apoderados podría ser beneficiosa para la concentración, validez o simplificación de los actos procesales o para aclarar cuestiones controvertidas, de oficio o a solicitud de parte señalará una audiencia a la que deberán concurrir personalmente, bajo apercibimiento de ser sancionados por desacato en caso de renuencia injustificada. En dicha audiencia el Juez procurará que las partes realicen lo necesario para los fines antes previstos.

Sí las partes aceptan la mediación, se coordinará con los Centros de Mediación la fecha y hora de la sesión; derivarán los proceso mediante un formulario que contendrá el nombre de las partes, número de teléfonos y el asunto que va hacer objeto de mediación.

5. FASES PARA IMPLEMENTAR LA MEDIACIÓN JUDICIAL

La Primera Etapa. Esta es la primera fase más importante de cualquier proyecto de mediación, pues si se designan a jueces que no están comprometidos con el proyecto puede correr peligro el mismo. De igual forma, si se les impone el proyecto a los jueces y no se concientiza a estos podrían ser más que una ayuda un obstáculo al desarrollo de la mediación judicial.

La Segunda Etapa. Sería la sensibilización a los jueces y funcionarios sobre los temas de mediación y la forma de derivar al Centro de Mediación. Esta sensibilización tiene que ser en base de conferencias y talleres prácticos en donde se le enseñaba a los funcionarios judiciales cómo venderle a las partes y a los abogados la mediación.

La Tercera Etapa. Es el procedimiento de derivación judicial, que se componen de las siguientes fases:

- Fase 1. Los jueces propondrán a las partes y a sus abogados la mediación judicial. Esto se hará en una audiencia de concentración que establece el artículo 493 del Código Judicial.
- Fase 2. Si las partes aceptan la mediación, el juzgado llamará al Centro de Mediación para acordar la fecha y hora de la sesión de mediación y le remitirá el formulario de derivación.
- Fase 3. El Centro de Mediación llamará a las partes un día antes para confirmar la sesión de mediación.
- Fase 4. Se realiza la sesión de mediación el día y hora señalada con los partes y sus abogados.
- Fase 5. Terminada la sesión de mediación, el Centro de Mediación devolverá al juzgado el acuerdo de mediación para que el juez lo

homologue o el formulario de terminación de la sesión de mediación.

- Fase 6. Los jueces de circuito civil derivarán a los Centros de Mediación, aquellos procesos que consideren ser mediables. Estos lo podrán hacer en los procesos ordinarios de mayor cuantía, una vez vencido el término de pruebas que señala el Artículo 1.265 (numerales 1, 2, y 3). En los procesos sumarios una vez surtido el trámite del traslado de la demanda, se realizará una audiencia de concentración al tenor de lo dispuesto en el artículo 493 del Código Judicial. En los procesos orales durante la realización de la audiencia que señala el Artículo 1.248 del Código Judicial se propondrá a las partes la mediación judicial y en los procesos sucesorios una vez se haya dictado el auto de declaratoria de heredero.

El Juzgado de Responsabilidad Penal de Adolescentes propondrá la mediación judicial en el acto de la audiencia conciliatoria.

Los jueces penales podrán fijar la audiencia de concentración, que establece el Artículo 493 del Código Judicial, en la providencia que fija la fecha de la audiencia preliminar.

- Fase 7. Dentro del término de tres meses se hará la evaluación de la mediación judicial en materia civil, penal y de responsabilidad penal del adolescente.

6. DIFICULTADES Y SOLUCIONES DE LA MEDIACIÓN EN PANAMÁ

Entre las dificultades que presenta la mediación en Panamá, se pueden numerar las siguientes:

- Primero: El Ministerio de Gobierno y Justicia, en su dirección de asesoría legal, es la encargada de expedir las certificaciones para hacer mediador o conciliador. Esta Dirección expedía certificaciones como mediador a los abogados y a cualquier persona que lo solicitará sin la formación adecuada en temas de mediación y conciliación.

Además, el personal de esta dirección no cuenta con la formación sobre los métodos alternos de solución de conflictos, no cumple con su deber de supervisión a los mediadores y conciliadores y por consiguiente a los centros de mediación de carácter privado.

- Segundo: Los acuerdos de mediación de familia son judicializados por parte de los jueces de familia al momento que estos le solicitan que sea reconocido ante el Tribunal, por lo cual se pierde el tiempo ganado en la mediación al entrar al torrente del sistema

judicial. Además, la relación entre las partes puede deteriorarse por la pérdida de la comunicación motivada por el transcurso del tiempo o no ratificarse del acuerdo alcanzado en donde el juez abrirá el proceso a pruebas y el acuerdo será una prueba documental más.

Tercero: Existe una escasa divulgación de los métodos alternos de solución de conflictos. La ciudadanía desconoce este tipo de procedimientos y por lo tanto se continúa congestionando el sistema judicial.

Entre las soluciones que se le puede dar al problema planteado se encuentran las siguientes:

Primero: Capacitar al personal del Ministerio de Gobierno y Justicia sobre los métodos alternos de solución de conflictos, crear una dirección específica para otorgar los registros de mediadores y conciliadores, supervisar la formación de mediadores y los centros de mediación de carácter privado, entre otras actividades.

Segundo: Ideal es crear una ley que le señale a los jueces que los acuerdos de mediación suscritos por un centro de mediación deberán ser acogidos, siempre y cuando no afecten derechos del menor. Mientras se promueve la ley hay que concienciar a los jueces para que acojan los acuerdos sin más formalidad.

Tercero: Realizar un proyecto de divulgación masiva a través de los medios de comunicación para explicar sobre los métodos alternos de solución de conflictos y fomentar así una cultura de paz.

Cuarto: Que los cursos de mediación tengan obligatoriamente una pasantía realizando comediación, como mínimo de veinte (20) horas.

7. CONCLUSIONES

1. En Panamá la mediación es nueva aproximadamente cinco (5) años en comparación con otros países que llevan tratando este tema por más tiempo; pero con la creación de los Centros de Mediación del Órgano Judicial está tomando mayor acogida esta forma de solución de conflictos. Esto se demuestra según las estadísticas que lleva el Centro de Mediación, que son las siguientes: en el primer año de la implementación del Centro de Mediación (2002) se atendieron 300 procesos de mediación, en el segundo año (2003) 685 y en el tercer año (2004) 375.
2. Es necesario concienciar al Poder Ejecutivo sobre las bondades de la mediación, para que cree una Dirección de Métodos Alternos de Solución de Conflictos en el Ministerio de Gobierno y Justicia para el desarrollo y supervisión sobre estos temas.

3. Involucra a la sociedad civil a través de campañas de divulgación masiva para que conozcan sobre los distintos métodos alternos de solución de conflictos y así promover una cultura de paz.

8. BIBLIOGRAFÍA

- **ÁLVAREZ**, Gladys. La mediación y el acceso a justicia. Editores Rubin-zat-Colzoni. Argentina. 2003.
- **CANALES FLAUTT**, Miguel Ángel. Manejo y Resolución Pacífica de Conflictos. Editorial Iturralde. Panamá. 1999.
- **CUESTAS**, Carlos Humberto. "El valor jurídico del acuerdo en la conciliación y la mediación en el derecho panameño". Comp. por Jorge Fábrega Ponce. Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo II. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 2004.
- **CLARK**, **GONZÁLEZ-REVILLA**, Miguel. La Mediación Gerencial. Editorial Universal Books. Panamá. 2004.
- **SOLER**, Ricaurte. El arbitraje, la mediación y la conciliación. Métodos alternos de solución de conflictos. Editorial Universal Books. Panamá. 2002.

EL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR

CARLOS A. FILARTIGA LACROIX⁵⁹⁴

Sumario: 1. Introducción, 2. El arbitraje privado en el MERCOSUR, 3. El arbitraje en el derecho internacional público del MERCOSUR, 4. Reflexiones finales, 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La justicia privada ha existido siempre dado que las primeras sociedades no podían esperar a que surgiera el Estado para organizar un sistema de solución de conflictos: las injusticias existían desde antes.

Es solo con la creación del Estado cuando nacen los órganos encargados de realizar el Derecho mediante las funciones judiciales, pero sería equivocado afirmar que la realización segura y constante del Derecho solo puede conseguirse a través del Estado y las instituciones creadas por él.

En algunos pueblos antiguos, la decisión de las controversias fue una cuestión reservada a la divinidad y a ella se acudía por medio de oráculos, juicios de Dios y sortilegios; en otros casos, la cuestión se dirimía con el auxilio de la autoridad: pero en ambos casos las partes se sometían a un poder superior.

La aparición de otras formas de Justicia responde a criterios más evolucionados: no es necesario que la solución de los conflictos provenga de un poder superior para ser efectiva. La solución de la controversia puede también alcanzarse por medio del sometimiento del caso al arbitrio de pares, probablemente más capacitados para entender la naturaleza de la cuestión discutida.

⁵⁹⁴ Abogado y Notario (Universidad Nacional de Asunción). Ex Director Ejecutivo Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Asunción; Árbitro de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y de la Cámara de Comercio Argentino-Brasileña de São Paulo; Postgrado en Derecho Internacional Privado (Universidad Salamanca); Postgrado en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Asunción); Miembro del Equipo Jurídico redactor del Anteproyecto de Ley de Arbitraje y Mediación.

La permanente aspiración del hombre por alcanzar la Justicia motivó la evolución del Derecho. El Arbitraje es un testimonio claro de esta lucha. Si dos partes tienen posiciones encontradas acerca de un asunto que las vincula, la intervención de un tercero puede resolver la diferencia, siempre que este sea confiable para ambas partes. Y el tercero será confiable si es completamente imparcial y si conoce de la materia en discusión.

Esta hipótesis dio origen al Arbitraje, el más antiguo sistema de justicia creado por el hombre para superar el fatídico “Ojo por ojo, diente por diente”; o la sola fuerza bruta como criterio. Como otras instituciones del Derecho, el Arbitraje ha tenido periodos de aceptación y de escepticismo a través de los tiempos.

En plena Edad Media, los conflictos entre comerciantes dieron nacimiento a lo que se llamó la *Lex Mercatoria*, que vino a constituir una suerte de derecho autónomo. Era el compendio de usos y costumbres sectoriales aceptados en general por quienes se dedicaban al comercio, en cuya formulación no habían participado los organismos estatales encargados de producir las leyes. Estos usos y costumbres han adquirido nueva vida a finales del siglo XX, por medio de doctrinarios franceses que rescataron del medievo aquellos principios y los actualizaron convenientemente para crear una corriente denominada *Nueva Lex Mercatoria*, que puede considerarse una de las fuentes principales de lo que actualmente conocemos por Arbitraje Comercial Internacional.

El arbitraje como medio de solución de conflictos pasó de la Ley de las Doce Tablas del Derecho Romano a las Partidas, y luego a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 de España, arribando luego al Río de la Plata.

Pero ya en tiempos de la conquista, según los cronistas de la época, era usual entre los nativos someter un conflicto determinado a un tercero, generalmente de mayor jerarquía o prestigio social que las partes en conflicto, para su solución por vía pacífica.

Con el tiempo, el papel fue alternativamente desempeñado por el cacique, el chamán, el consejo de ancianos, el cura párroco, el comisario, el jefe político, etc.

Pero también maduraron otros medios como la intercesión, una forma embrionaria de la mediación tal como la conocemos ahora, que consistía en la intervención de un tercero que se presentaba en nombre de una de las partes –generalmente la más débil– ante la otra, sobre la cual el tercero ejercía algún tipo de influencia, con el fin de liberar a aquella de algún castigo o del cumplimiento de una obligación gravosa.

Estas formas eran claramente diferentes a las oficiales de ejercer justicia, pero tenían gran eficiencia a la hora de obtener resultados pacíficos en la solución de conflictos.

En cuanto al Arbitraje Privado, más allá de que, como ya se señaló, constituye la forma civilizada más antigua de solución de conflictos, es innegable que durante mucho tiempo ha sido visto con escepticismo por

parte de juristas, autores y doctrinarios en general, especialmente en América Latina. Afortunadamente, desde hace unos veinticinco años hay un resurgimiento del instituto propiciado por las Naciones Unidas y otros organismos internacionales y nacionales –entre estos últimos, las Cámaras de Comercio tienen particular protagonismo–, sobre todo en torno a su aplicación a la resolución de litigios de orden comercial, dada su evidente practicidad. Por supuesto, en este resurgimiento debe verse la enorme importancia de esa fuerza llamada globalización, que divide al mundo en bloques económicos y que propició el vertiginoso crecimiento del comercio internacional.

En este contexto fue suscrito en 1991 el Tratado de Asunción y los posteriores protocolos que fueron agregando distintos elementos a la figura original con el objeto de ir construyendo la todavía lejana utopía de un Derecho Comunitario del MERCOSUR.

Últimamente, el Protocolo de Olivos que establece el Tribunal Permanente de Revisión con sede en Asunción, dispone mecanismos de solución de conflictos entre los Estados Parte y el procedimiento acordado a tal fin. También se establece la forma de composición de los Tribunales integrados por árbitros de cada uno de los Estados Partes.

En este trabajo se pretende demostrar la necesidad de agregar una instancia reservada al Arbitraje Privado entre particulares domiciliados en los Estados Parte, ante la evidencia de que en el proceso de integración regional, los asuntos privados que requerirán intervención de tribunales arbitrales o jurisdiccionales serán abrumadoramente mayoritarios con respecto a los reclamos de los Estados entre sí.

Los avances tecnológicos, la velocidad de las comunicaciones, y la posibilidad cierta de desarrollar audiencias de partes o de testigos por medio de video-conferencias entre diferentes puntos geográficos, permiten la realización de arbitrajes internacionales utilizando medios virtuales, lo cual facilitará las diligencias (declaraciones de testigos, informes de peritos, etc.) que deban practicarse en países diferentes, fuera de la sede del Tribunal.

La convicción de que tenemos al alcance de la mano un instrumento que puede ser altamente eficiente, en la medida que sepamos utilizarlo, a fin de facilitar el acceso a una Justicia eficiente para los ciudadanos del MERCOSUR, en un amplio abanico de materias civiles, comerciales y laborales, motiva el entusiasmo del autor de este trabajo de investigación.

La falta de un Tribunal Supranacional, dado el estado todavía embrionario del proceso de integración, que no ha pasado desde la firma del Tratado de Asunción en 1991, de un estadio político, más voluntarista que real, en el cual todavía no se han logrado avances significativos en los objetivos transitorios (programa de liberalización comercial, rebajas arancelarias progresivas, coordinación de políticas macroeconómicas, arancel externo común y adopción de acuerdos sectoriales), y menos aún en los

definitivos (libre circulación de bienes, servicios y factores productivos), otorga al Arbitraje –en sus dos vertientes: de Derecho Público y de Derecho Privado– el rol trascendental de resolver los litigios entre los Estados Parte, entre estos y los particulares; y de los particulares entre sí.

Descansa entonces sobre esta forma de solución de diferencias, la enorme carga de mantener la armonía del proceso a fin de hacer efectivo el propósito cardinal del Tratado de Asunción que apunta, por medio de la integración, a “acelerar el proceso de desarrollo económico y justicia social” de la región.

Más adelante serán analizados los instrumentos jurídicos que fueron creados sucesivamente dentro de la estructura jurídica del MERCOSUR, en el intento de construir un Derecho Comunitario que no termina de consolidarse.

2. EL ARBITRAJE PRIVADO EN EL MERCOSUR

Estado del Instituto en los diversos Estados Miembros. Los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Cuadro de Ratificaciones: Convención de Nueva York; Panamá; Montevideo

En el marco de Arbitraje de Derecho Privado se han suscripto dos instrumentos en el MERCOSUR: El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, que como su nombre lo indica es aplicable a controversias que surjan de contratos comerciales internacionales entre personas de derecho Privado, y el Reglamento modelo de arbitraje comercial internacional para las instituciones arbitrales del MERCOSUR, Bolivia y Chile, suscriptos en Buenos Aires, el 23 de Julio de 1998. Sin embargo, Paraguay y Uruguay hasta ahora no los han convertido en derecho positivo.

Paraguay ha ratificado por Ley 948/96 la Convención de Nueva York de 1958, que es la piedra angular del Arbitraje Internacional y se refiere al “Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, instrumento que, entre los países miembros o asociados de MERCOSUR, además de la ratificación de Paraguay, ya cuenta con la adhesión de Argentina (14.03.89), Bolivia (28.04.95), Chile (4.09.75), y Uruguay (30.03.83). En tanto, Brasil lo ha ratificado por Decreto 4311/02 del 25 de abril de 2002.

Los Estados del MERCOSUR adhirieron con anterioridad a otros Convenios Internacionales existentes en esta materia: La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, firmada en Montevideo en 1979.

Debemos decir además que Uruguay actualizó la normativa en la materia en el Código General del Proceso de 1989. Brasil promulgó su Ley de

Arbitraje N° 9307/96 en 1996. Paraguay promulgó la Ley 1879/02 sobre Arbitraje y Mediación en el año 2002. Y en Argentina, aunque la tarea estaba todavía pendiente en agosto de 2004 (desconozco la situación actual del Proyecto), sabemos de la existencia de un Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje que se hallaba en trámite parlamentario, próximo a su sanción.

A todo ello hay que agregar las normas ya nacidas en el seno del MERCOSUR y que están dirigidas a estructurar la arquitectura jurídica del Proyecto de integración, y que serán analizadas en la parte relativa al Arbitraje de Derecho Público.

Debemos apuntar que muchas de estas normas “mercosurianas” no cuentan todavía con la cuádruple ratificación, en especial el ya citado Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, firmado en Buenos Aires por representantes oficiales de los cuatro Estados Partes, el 23 de julio de 1998.

Este Acuerdo prevé en su Art. 12 que el procedimiento ante las instituciones arbitrales se regirá por su propio reglamento, pero que “los Estados incentivarán a las entidades arbitrales asentadas en sus territorios para que adopten un Reglamento común”. En virtud de ello, diferentes instituciones administradoras de arbitrajes de derecho privado suscribieron en la misma fecha un Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial.

De la lectura de Informe Final del Comité de Expertos de un Seminario denominado “Contribución al Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”, realizado en Asunción del 9 al 14 de agosto de 2004, bajo los auspicios de la Unión Europea, puede decirse que en los países socios del MERCOSUR “se observa una corriente jurisprudencial de apoyo al arbitraje; tanto respecto de la constitución del Tribunal Arbitral, como de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de un litigio cuando existe cláusula compromisoria; o respecto del reconocimiento del laudo. En ese sentido, es significativo, dice el informe referido, que el Supremo Tribunal Federal del Brasil haya abandonado su tradicional jurisprudencia que exigía el doble exequátur del laudo, es decir, en el país de origen y en el Brasil. También es importante subrayar que la admisión por Brasil de las notificaciones hechas por correo a las partes radicadas en este país, suprime una de las mayores dificultades que se encontraban en la práctica para el buen curso de un procedimiento arbitral en el que una de las partes residía en Brasil”.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sucesivas sentencias, se pronunció sobre delicadas cuestiones en que se ponía en juego la eficacia del Instituto, y en todas ellas ha adoptado criterios favorables al Arbitraje, en coincidencia con las más modernas tendencias del Derecho comparado. Y ya dijimos que es inminente la sanción de una Ley Nacional de Arbitraje que, además de su valor propio, será útil para homogeneizar las distintas normativas provinciales.

3. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DEL MERCOSUR. TRATADO DE ASUNCIÓN, PRINCIPALES PROTOCOLOS: BRASILIA, COLONIA, LAS LEÑAS, OURO PRÊTO Y OLIVOS

Aquí es necesario hacer una rápida revisión de algunos de los principales instrumentos que conforman la Estructura Jurídica del MERCOSUR, habida cuenta que muchos de ellos contienen referencias importantes relativas a la materia que nos ocupa.

El TRATADO DE ASUNCIÓN, del 26 de marzo de 1991, tiene por objeto constituir un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. En el Artículo 3º se adopta un Sistema de Solución de controversias, que es desarrollado en el Anexo III del mismo Tratado.

El PROTOCOLO DE BRASILIA, del 17 de diciembre de 1991, es aplicable a las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común. Comprende distintas formas de solución de conflictos: Negociaciones directas entre los Estados Partes afectados; Intervención del Grupo Mercado Común; Instalación de Tribunales Arbitrales (en caso de que resulten infructuosos los dos procedimientos anteriores); Reclamos de particulares.

El PROTOCOLO DE COOPERACIÓN TÉCNICA Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVO fue suscrito en Las Leñas (República Argentina) el 27 de junio de 1992, y por el mismo los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en las materias arriba señaladas. En el Art. 3º se señala que los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses. En el Capítulo V se establece que serán aplicables las disposiciones del Protocolo al reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa.

El PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR (INTRAZONA) fue firmado el 17 de enero de 1994, para proteger los intereses de particulares de un Estado Parte que invierten en otro Estado Parte. Ofrece al interesado

las siguientes herramientas para la solución de litigios: Tribunales competentes del país donde se hizo la inversión; Tribunal de Arbitraje Internacional; Sistema permanente de solución de controversias (instalado recientemente con sede en Asunción). La elección de la vía es libre, pero una vez optada una de ellas, no se puede iniciar otra. Si se recurre al Arbitraje el litigio podrá derivarse al CIADI o a un Tribunal ad hoc.

EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL fue suscripto el 6 de abril de 1994, y es aplicable a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares –personas físicas o jurídicas–, con excepción de:

- Negocios jurídicos entre fallidos y sus acreedores;
- Acuerdos en ámbito del Derecho de Familia y accesorios;
- Contratos de Seguridad Social;
- Contratos administrativos;
- Contratos Laborales;
- Contratos de Venta al Consumidor;
- Contratos de Transporte;
- Contratos de Seguro;
- Contratos sobre derechos reales.

En el Art. 4 se establece que las partes pueden acordar la jurisdicción de los Tribunales de un país determinado. También se podrá acordar la prórroga a favor de Tribunales arbitrales.

EL PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES, firmado en Brasilia el 7 de diciembre de 1994, dispone que las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Y que las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o Tribunales de los otros Estados Partes.

EL PROTOCOLO DE OURO PRÊTO, de fecha 17 de diciembre de 1994, organiza la estructura institucional del MERCOSUR. Los órganos creados son:

- El Consejo Mercado Común: es el Órgano Superior y está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los Estados Partes;
- El Grupo Mercado Común: Lo integran 4 representantes titulares y 4 suplentes por cada Estado Parte, entre los que se deben contar representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Economía y de los Bancos Centrales;

- La Comisión de Comercio del MERCOSUR: integrado por 4 miembros titulares y 4 suplentes por cada Estado Parte;
- La Comisión Parlamentaria Conjunta: integrada por igual número de representantes por cada Estado Parte;
- El Foro Consultivo Económico-Social: integrado como el órgano anterior;
- La Secretaría Administrativa del MERCOSUR, que funciona en Montevideo.
- El Protocolo establece en el Capítulo VI que las controversias entre los Estados Partes sobre interpretación, aplicación y cumplimiento del Tratado de Asunción, acuerdos, decisiones, resoluciones, directivas se resolverán conforme lo establece el Protocolo de Brasilia, ya citado.

En el Anexo del instrumento se establece el Procedimiento que habrá de observarse para efectuarse las reclamaciones, el cual se resume a continuación:

- Las reclamaciones de los Estados Partes o de Particulares se ajustarán al procedimiento que se establece en este Anexo;
- El Estado Parte reclamante presentará su reclamo ante la Presidencia Pro-Témpore de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), que lo incorporará en la Agenda de la 1ª Reunión siguiente con un plazo mínimo de una semana de antelación;
- Si no se resuelve en dicha reunión, se remiten los antecedentes a un Comité Técnico;
- El Comité Técnico eleva a la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), en el plazo de 30 días, un dictamen que será tomado en consideración por la CCM al resolver en la 1ª Reunión siguiente a la recepción del dictamen;
- Si no se alcanzare el consenso en la reunión de la CCM, se elevará al Grupo Mercado Común las alternativas de solución y las conclusiones de los expertos. El GMC debe pronunciarse en el plazo de 30 días;
- Si existe consenso respecto de la procedencia del reclamo, el Estado Parte reclamado deberá acatar lo decidido por la CCM o, en su caso por el GMC, organismos que darán un plazo razonable para el cumplimiento al Estado Parte reclamado. Si este no cumple, el Estado Parte reclamante podrá recurrir al procedimiento establecido en el Capítulo VI del Protocolo de Brasilia, que es el procedimiento arbitral que entonces se pone en marcha.

EL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR fue firmado en Buenos Aires el 18 de febrero de 2002, para ser aplicado a las controversias que pudieran surgir entre:

(1) los Estados Partes sobre interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, protocolos y acuerdos celebrados en el marco del tratado de Asunción, decisiones del Consejo Mercado Común y Directivas de la Comisión de Comercio de MERCOSUR. Contempla los siguientes mecanismos:

- Opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión;
- Negociaciones directas entre los Estados Partes;
- Procedimiento optativo ante el Grupo Mercado Común;
- Procedimiento Arbitral ad hoc, o a elección de las partes Tribunal Permanente de Revisión en instancia única;
- Procedimiento de Revisión del Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc, ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Y (2) Reclamos de Particulares contra medidas legales o administrativas de cualquiera de los Estados Partes en violación del Tratado de Asunción y demás instrumentos (protocolos, decisiones, directivas). El procedimiento establecido para este tipo de conflictos es el siguiente:

- Particular reclama ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común; para efectuar el reclamo el interesado deberá aportar elementos que determinen la verosimilitud del mismo (debe probarse la violación y el perjuicio);
- Eventualmente puede ser convocado el Grupo de Expertos;
- La Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo deberá entablar consultas con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación;
- Si no hay solución, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, elevará el reclamo al Grupo Mercado Común;
- Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común debe evaluar la decisión de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que lo admitió y puede revocarla;
- Si el Grupo Mercado Común admite la procedencia del reclamo, convocará al Grupo de Expertos, que producirá un dictamen previa audiencia conjunta en la que se oirá al reclamante y a los Estados involucrados.

EL REGLAMENTO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR fue aprobado por decisión del Consejo del Mercado Común en la ciudad de Montevideo 15 de diciembre de 2003, con la aclaración expresa de que “esta decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del MERCOSUR.

Este instrumento contiene precisiones acerca del procedimiento que ha de observarse para llevar adelante el mecanismo de solución de conflictos establecido por el Protocolo de Olivos.

En cuanto a las Controversias entre Estados Partes, se desarrollan en diferentes capítulos las siguientes materias:

- La opción de Foro
- Opiniones Consultivas: Legitimación, Tramitación, Convocatoria del Tribunal, Plazo para emisión de las opiniones, contenido de las mismas, efectos.
- Negociaciones directas
- Intervención del Grupo Mercado Común
- Procedimiento Arbitral Ad Hoc: Integración del Tribunal, impedimentos para ser designado árbitro, Objeto de la controversia, los incumplimientos procesales, medidas provisionales, plazo para dictamiento del Laudo y su prórroga
- Procedimiento de Revisión: Composición del Tribunal Permanente de Revisión
- Recurso de Revisión
- Acceso Directo al Tribunal Permanente de Revisión
- Laudos Arbitrales: del Tribunal Ad Hoc; del Tribunal Permanente de Revisión
- Medidas Compensatorias

Respecto de los Reclamos de Particulares, el documento establece el mecanismo relativo a:

- Inicio del Trámite
- Consultas entre Estados
- Grupo Mercado Común
- Grupo de Expertos
- Reglas de Procedimiento

4. REFLEXIONES FINALES

En los capítulos anteriores hemos desarrollado en forma resumida la estructura jurídica del Arbitraje Privado Internacional en cada uno de los Estados Parte del Tratado de Asunción, y también hemos analizado pormenorizadamente los instrumentos de MERCOSUR para la resolución de los diferentes tipos de conflictos en el marco de lo que podríamos llamar Arbitraje de Derecho Público.

La comparación es necesaria entre ambos sistemas de arbitraje, debido a que la hipótesis que se pretende demostrar es que, dadas las severas asimetrías en la estructura jurídica de los Estados Miembros que imposibili-

tan a corto plazo la puesta en marcha de un Tribunal Supranacional y, teniendo en consideración que el principal objetivo del Tratado de Asunción es la integración del Grupo Regional como vía para lograr el desarrollo económico, hubiera sido más recomendable potenciar el desarrollo del Arbitraje Privado entre particulares, facilitando el acceso de los mismos a un Tribunal Internacional Privado de Arbitraje del MERCOSUR, hasta tanto se pueda llegar a la conformación de un sistema de Justicia Supranacional.

La experiencia de la Comunidad Europea es muy ilustrativa en cuanto a la necesidad de implementar un eficiente sistema de solución de controversias para lograr el éxito del proyecto de integración. En Europa el Tribunal Supranacional de Justicia fue constituido sobre bases firmes y con todos los requisitos legales, en los albores del proyecto con el fin de preservar la interpretación uniforme de la normativa comunitaria y la formación paulatina de una jurisprudencia que a estas alturas es abundante.

El sistema establecido por el Protocolo de Olivos no ha privilegiado la necesidad del ciudadano de MERCOSUR, quien debiera ser la última ratio de todo el Proyecto de Integración. El sistema adoptado para resolver los Reclamos de los Particulares es, como hemos visto más arriba, burocrático e ineficiente.

En cuanto al diseño del sistema para los conflictos que pudieran surgir entre los Estados Partes, debemos decir que nos hemos quedado a mitad de camino entre el Tribunal Arbitral y el Tribunal de Justicia Supranacional al estilo de la Unión Europea.

En efecto, dado su origen y la forma de nominación de los miembros, tanto el Tribunal Arbitral Ad Hoc como el Tribunal Permanente de Revisión son simples tribunales arbitrales, con las limitaciones y las virtudes que se puede en ellos encontrar, pero se confiere a dichos cuerpos colegiados facultades similares a lo que sería un Tribunal Supranacional de Justicia, sin considerar que para tal efecto es necesario reunir una serie de requisitos fundamentales que van desde reformas en las cartas constitucionales y códigos de fondo y de procedimientos –que permitan que los diferentes sistemas jurídicos se hallen en un pie de igualdad o de equivalencia–, hasta suministrar, por parte de las Legislaturas de los diferentes países a quienes suscriban en su representación los instrumentos, de facultades específicas que posibiliten la transferencia del Poder Jurisdiccional de los Tribunales nacionales a dicho Tribunal Supranacional. Todo ello deberá merecer un arduo trabajo de las Legislaturas que demandará bastante tiempo.

La creación de un Tribunal de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, donde se sometan las controversias privadas puede incentivar y enriquecer el intercambio comercial entre los particulares de los diferentes países mientras se hacen los esfuerzos dirigidos a preparar las condiciones en cada uno de los Estados Miembros para la futura constitución del Tribunal Supranacional.

Este tránsito paulatino hacia la supranacionalidad habría permitido consolidar previamente el proyecto de integración mediante el incremento del tráfico comercial teniendo como eje central al ciudadano del MERCOSUR.

Nuestro sistema no contiene una forma efectiva de sanción al Estado que no cumpla con el laudo arbitral más allá de las tímidas medidas compensatorias, y no hay manera de forzarlo a cumplir. Es que toda la estructura del Proyecto de integración está construida sobre bases políticas y metas económicas. El énfasis del diseño de solución de controversias está puesto más en el objetivo de conformar un derecho comunitario que en la aspiración de justicia accesible para los ciudadanos del MERCOSUR. Es decir, un proceso exactamente inverso al que el buen sentido hubiera aconsejado.

Y finalmente, desde el punto de vista doctrinario, hay razonables dudas de que el sistema de solución de conflictos adoptado por el MERCOSUR, constituya de verdad ARBITRAJE: Esto es así porque no es una prioridad del Tribunal diseñado por el Protocolo de Olivos y su fuente el Protocolo de Brasilia, la neutralidad de sus miembros. En efecto, cada uno de los Estados en litigios a ser sometidos a los Tribunales de MERCOSUR, debe elegir un árbitro nacional para integrar el órgano encargado de Juzgar, además del representante convencional o abogado. De modo que si cada Estado Parte elige un árbitro que integrará el Tribunal, solo uno (el tercero) será verdaderamente neutral.

El arbitraje se asienta sobre algunos principios básicos: uno de ellos (quizás el fundamental) es la neutralidad de todos los miembros del Tribunal. Pero no es posible pretender neutralidad de personas que son nacionales de los Estados Partes en conflicto. No es esa la idea que se tiene doctrinariamente del Arbitraje: se ha sostenido que los tres árbitros deben ser igualmente imparciales y neutrales.

Ya hemos visto las deficiencias del sistema diseñado para dirimir los conflictos entre los Estados. Veamos ahora lo que se ha pensado para resolver los conflictos entre particulares. Luego de un procedimiento largo y tedioso, excesivamente burocrático, vemos que las controversias surgidas entre particulares y los Estados Partes no se resuelven por mecanismo arbitral alguno: el procedimiento culmina con una audiencia convocada por el así llamado Grupo de Expertos en la que se oirá al particular y a los representantes de los Estados involucrados: el supuesto infractor y el reclamante, luego de lo cual el Grupo de Expertos producirá un dictamen que será elevado al Grupo Mercado Común. A partir de este momento el particular es representado por los designados por el Estado Miembro al que pertenece. Si el Grupo Mercado Común encuentra que el reclamo contra el Estado Parte es procedente, cualquiera de los restantes Estados Parte podrá exigirle la adopción de las medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas.

Si el requerimiento no prospera dentro de un plazo de 15 días, el Estado Parte que efectuó el reclamo podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral. Si el reclamo es improcedente a juicio del Grupo Mercado Común, se tendrá por concluido el procedimiento. En este caso el Estado Reclamante podrá iniciar el procedimiento arbitral previsto.

En conclusión, hemos visto que en cada uno de los Estados Parte el Arbitraje Internacional de Derecho Privado parece haber alcanzado un mayor desarrollo comparativo respecto del mecanismo de Arbitraje de Derecho Público establecido en la normativa MERCOSUR. De ello se desprende que una instancia de arbitraje privado con normas de procedimiento estandarizadas, con paneles de árbitros de los distintos países, y con reglas simples que faciliten el acceso a Justicia pronta y barata para los ciudadanos del MERCOSUR, puede redituar mejores resultados que los que se puede esperar del sistema diseñado para dirimir conflictos institucionales dentro del proyecto de integración regional más ambicioso que se haya desarrollado hasta ahora entre los cuatro países del bloque.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Tratado de Asunción.
- Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.
- Protocolo de Ouro Prêto sobre estructura institucional del MERCOSUR.
- Protocolo de Brasilia sobre medidas cautelares.
- Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual.
- Protocolo de Las Leñas sobre operación y asistencia jurisdiccional.
- Protocolo de Olivos sobre solución de controversias.
- Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional.
- Reglamento Modelo de arbitraje comercial internacional para instituciones arbitrales del MERCOSUR, Bolivia y Chile.
- Arbitraje y Mediación – Varios autores – Paraguay.
- El Arbitraje en Argentina – María Blanca Noodt Taquela.
- El Arbitraje en Paraguay – C.A. Filártiga, D. Zavala y otros.
- El Arbitraje en Uruguay – Ricardo Olivera y M. Jiménez de Aréchaga.
- El Arbitraje en Chile – Cristian García Huidobro.
- A Arbitragem no Brasil – Claudio Vianna De Lima.
- Introducción al derecho comunitario – Miguel Ekmekdjian.
- Código del MERCOSUR – Roberto Dormí.
- El MERCOSUR ante la necesidad de organismos supranacionales – Carlos M. Russo Cantero.

LA NECESIDAD DE RECONOCER EL CONFLICTO

MARÍA DEL PILAR CALLIZO⁵⁹⁵

Sumario: 1. Introducción, 2. El conflicto y la sociedad, 3. El conflicto y su relación con los medios alternos, 4. Los medios alternos en el Paraguay, 5. Centro de Arbitraje y Mediación, 6. Oficina de Mediación del Poder Judicial, 7. La Regionalización de los Mercados, 8. Mediación Internacional en el ámbito del MERCOSUR, 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como dice Edward Vin Jancata Camp⁵⁹⁶, “la Humanidad ha dedicado buena parte de sus esfuerzos a encontrar solución a sus conflictos, conflictos que han llegado a ser aceptados como una desgracia, un problema irresoluble propio de la condición humana, que como máximo podía aspirar a intentar regular, gestionar o reprimir”. La importancia de esto ha llevado a todas las sociedades a dotarse de instituciones que permitan conducir los conflictos hacia soluciones razonables para asegurar la convivencia. Con menor o mayor éxito, este es el sentido de la Política, de la Justicia, de la Religión.

Los campos de aplicación de la resolución de conflictos abarcan todas las manifestaciones humanas y sociales, desde los conflictos con uno mismo hasta conflictos internacionales, pasando por los conflictos familiares, comunitarios, laborales y sociales; conflictos presididos siempre por alguna de las innumerables expresiones de la violencia; conflictos que tienen un mismo origen, un similar comportamiento, que pueden ser abordados y administrados; que pueden ser, por tanto, susceptibles de encontrar solución, soluciones pacíficas, sin violencia ni coacción, incluso sin imponer nada, interviniendo más en el entorno que sobre los autores mismos de los conflictos.

Ya no se trata únicamente de las guerras tradicionales en las que el armamento destruye vidas y patrimonio de países enteros, sino de aquellas

⁵⁹⁵ Abogada. Arbitro Ad Hoc del Tribunal Permanente del MERCOSUR. Mediadora. Máster en Política y Gestión Pública. Especialista en Didáctica Universitaria. Especialista en Ciencia Política y Derecho del Trabajo. Especialista en Negociación, Mediación, Arbitraje y Derechos Humanos. Docente Universitaria.

⁵⁹⁶ Catedrático de la Universidad Católica de Murcia, España.

que no emplean tanques ni cañones, pero que consiguen resultados similares. Las guerras económicas, judiciales, las que se sirven de los medios de comunicación para modificar la percepción del adversario, para destruirlo si es necesario; las pequeñas pero destructivas disputas entre compañeros de trabajo, entre familiares o grupos de ciudadanos. Los conflictos por tenencia de tierras muchas veces originados en la injusticia, en la corrupción, en el abuso del poder político, en la inequidad social que son conflictos no resueltos que derivan en otros. De igual medida los conflictos en el ámbito laboral traen aparejadas pérdidas de productividad; la excesiva competitividad o la falta de reconocimiento de la dignidad de la persona, conlleva niveles altos de estrés y acaba generando actos encubiertos de boicot, pérdida de estímulos productivos, despidos arbitrarios y costosos, además de una notoria desmotivación en la construcción de lo colectivo, el espacio de lo público, afectando muy seriamente el capital humano y social.

Invocar la fatalidad de la condición humana entregada a la guerra, al terrorismo y a los conflictos, actualmente es un desacierto. La reflexión y comprobación histórica, el uso de modelos de medición y la constatación sociológica o económica sobre los costos de los conflictos, que no son solamente económicos, sus causas y la forma en que se desarrollan y crecen, nos indican la conveniencia urgente de contribuir a implementar y desarrollar una forma distinta de solucionar los problemas, que ya no pasa por su inútil represión, por la indiferencia, por la amputación violenta de estos, o por procesos judiciales largos, costosos y en los que en la mayoría de los casos si bien la decisión de un Juez dirime la disputa, sin embargo no siempre desaparece el conflicto. Sabemos que los conflictos pueden ser transformados en algo positivo, pues han sido siempre origen de grandes cambios de la humanidad.

2. EL CONFLICTO Y LA SOCIEDAD

Todo grupo social supone, de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno; el interés es el motor de las personas pero también es el motivo de las divisiones. Los conflictos forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de bienes que son limitados. "El conflicto aparece, entonces, desde el momento que existen al menos dos personas que retienen idéntica pretensión sobre una misma cosa, cuya escasez impone la necesidad de atribuirlos a una sola en detrimento de otra"⁵⁹⁷.

El objetivo del orden social no es la desaparición de los conflictos, sino administrarlos racional y convenientemente, controlarlos para no aumentar el nivel del conflicto, y así asegurar un grado razonable de equilibrio en las relaciones intrasocietarias.

⁵⁹⁷ STEINSEL, O. Diccionario Latino Español. Bibliografía Española.

La convivencia social de hoy es sumamente compleja y nuestras sociedades modernas, con significativos índices de crecimiento poblacional, generan permanentemente diversos tipos de conflictos con el mismo dinamismo con que las relaciones interactúan. Además, el abanico de conflictos que hoy día se presentan son lo suficientemente complejos, para que todas las cuestiones tengan que ser resueltas en el ámbito de los procesos judiciales.

La Justicia es un bien público y uno de los objetivos de cualquier estado de derecho. No simplemente como acceso para plantear casos litigiosos, sino para obtener resultados.

No hacen falta estudios demasiado especializados para advertir que hoy, el aumento de la población y el índice de litigiosidad, determinan una inflación resolutive difícil de soportar por el sistema judicial, con el riesgo de que esta situación vaya agravándose cada vez más. Esto no solo afecta al Paraguay sino a la mayoría de los países, siendo en nuestra región aún más visible la crisis por la que el sistema está atravesando, debido a los motivos ya expuestos, y a que los recursos con que contamos no resultan suficientes para hacer frente a la imponderable demanda del servicio, sumando esto a los altos índices de corrupción e impunidad que agrava aún más en lo que al acceso y a la mora judicial se refiere.

En aquellos países en los que se ha tratado de solucionar el problema de la administración de justicia, aumentando la cantidad de juzgados, jueces, magistrados y/o modificando los códigos procesales, se ha podido constatar, que momentáneamente estas medidas paliaban la situación, pero a la larga volvían a surgir los mismos problemas.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la importancia de que nuestras sociedades del siglo XXI necesitan además de desarrollar mecanismos que permitan una convivencia más armónica, más directa, que redunde en una menor presión de causas en la administración de justicia. La cuestión evidentemente no está en agrandar esta administración, tanto en infraestructura o en recursos humanos, sino fundamentalmente en crear condiciones que favorezcan a la convivencia pacífica.

En la búsqueda de soluciones a esta temática, muchos juristas han ampliado el horizonte de propuestas, buscando a través del arbitraje, de la mediación y de otros medios alivianar la carga y mejorar la calidad de la justicia.

Para ello es importante romper con la cultura del litigio en la que nos han educado. En cualquier comunidad elementos exógenos y endógenos hacen natural y hasta inevitable que haya conflicto, pero deben existir sistemas eficientes de solución de los mismos.

3. EL CONFLICTO Y SU RELACIÓN CON LOS MEDIOS ALTERNOS

La complejidad de nuestro mundo globalizado, y como ya dijimos de la vida en sociedad, requiere cada día más del arte de negociar. Los parámetros desmedidos de competencia, el concepto actual del éxito en el que

es difícil sostener valores de lealtad, de integridad, hacen que constantemente surjan conflictos entre las personas. Las personas son diferentes, sus expectativas son diferentes y su grado de implicación y compromiso, también es diferente; lo que motiva el conflicto. Si estos no se resuelven satisfactoriamente las personas implicadas quedan resentidas, insatisfechas, decepcionadas y, lo que es peor, pierden la confianza para afrontar otros conflictos posteriores.

Decía Einstein que un problema irresoluble es un problema mal planteado; seguramente, también se podría aplicar esta idea a los conflictos.

El derecho, el ordenamiento jurídico, puede ser concebido como un instrumento creado por el hombre para garantizar las condiciones de vida de una sociedad. Su objetivo es procurar preservar el orden y reducir los conflictos a su mínima expresión. Desde los tiempos más remotos, y ante la imposibilidad de erradicar los conflictos que emanan de la convivencia diaria, se ha sentido la necesidad de resolverlos, de manera de facilitar la coexistencia de los intereses, y con ello evitar la ruptura de la comunidad. Para ello fue necesaria la eliminación de la fuerza y violencia como métodos de composición, y el interés de las sociedades en instaurar formas de administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima las contiendas de intereses; que intervenga en los conflictos de los particulares para resolverlos pacíficamente. Esa actividad, desempeñada por una persona distinta de los propios interesados a la cual el Estado le reconoce capacidad y autoridad para dirimir, es lo que constituye la esencia de la jurisdicción.

La actividad jurisdiccional, la existencia de jueces, es preexistente aun a la legislatura, a la formación de las normas jurídicas, encontrando en la historia en sus primeras manifestaciones a los tribunales de justicia, conformados por jueces que operaban bajo un régimen de libertad, siendo su actuar eminentemente subjetivo y desorganizado.

Posteriormente cada sociedad fue estableciendo sus propias reglas jurídicas que fueron objetivizando las situaciones consideradas estándares, y cuya inobservancia fue presupuesto de la jurisdicción.

La noción de derecho encierra la de coerción, ya que la convivencia social requiere que las conductas mandadas por las normas sean efectivamente verificadas. En las organizaciones sociales modernas, el Estado se ha reservado para sí la potestad de proveer a los particulares de los órganos que habrán de resolver aquella situación de conflicto cuya persistencia pueda perturbar la convivencia del grupo. Es uno de los instrumentos a través de los cuales se procura el mantenimiento de la paz social.

La jurisdicción es pues la actividad a través de la cual se intenta restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula, y su particular modo de expresarse es la sentencia. Pero esa jurisdicción no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado; al ser una función establecida en el interés y pro-

tección de los particulares, estos podrán en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado, al que por añadidura la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional, como es el caso del arbitraje voluntario, la mediación, la conciliación y la negociación.

Ha sido un ejercicio constante de los juristas el determinar qué conflictos tienen una característica jurídica, que hagan exigible la participación del derecho para su resolución. Así, se ha hablado de controversia, juicio, litigio.

Aunque no existe un término universalmente aceptado, el que cuenta con el mayor uso y con un respaldo teórico más importante es el de litigio. Proveniente del latín *litis*, que se utilizaba como sinónimo de pleito, demanda, lucha e incluso certamen. Su significado original alude a una disputa. Se ha utilizado en el derecho desde antiguo, en frases tales como *litiscontestación*, *litis abierta*, *litis cerrada*, *litis consorcio*, *cuota litis*, etc.

Se debe a Francesco Carnelutti la elaboración teórica del concepto de litigio, definiéndolo como *el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*.

Esta definición cuenta con dos elementos subjetivos: Una persona que pretende y otra que resiste. En segundo lugar, tenemos un elemento objetivo, que es el bien jurídico sobre el que versan la pretensión y la resistencia.

El litigio no nace con el proceso judicial. De hecho, el proceso es distinto del litigio, aunque, como veremos, es una de las formas posibles de resolverlo. El litigio nace desde el momento en que alguien formula una pretensión, esto es, exige una subordinación del interés ajeno al propio, y frente al mismo se presenta una resistencia de aquel contra quien se pretende.

En materia civil, mercantil, laboral, generalmente quien presume ser titular individual del bien jurídico objeto del litigio es quien participa en su resolución. En materia penal y administrativa, si bien no se discuten intereses individuales de los titulares del Ministerio Público o de las dependencias gubernamentales, son los intereses objetivos de los organismos que competen a cada uno de los funcionarios los que participan en el litigio, ya que son intereses contrapuestos a los del inculpado y defensor, en materia penal, o del particular, en asuntos administrativos.

Cuando una relación humana llega al nivel de un conflicto, y este se manifiesta en un litigio, entonces es necesaria la aplicación del derecho para la resolución del mismo. Ahora bien, la aplicación del derecho no es una competencia exclusiva de un grupo humano o de un sector social concreto, sino una atribución que a diario realizamos todas las personas. De la misma manera, cuando decidimos realizar un contrato, rescindirlo, incumplirlo, plantear una oferta pública o una recompensa, etc., estamos haciendo una aplicación del derecho, como lo hace también un funcionario o cuerpo público cuando nos concede o nos niega una licencia, o el Agente del Ministerio Público al ordenar diversas diligencias o ejercer la acción penal.

Podemos coincidir en que las formas más resaltantes en que se resuelve un conflicto son por medio de la Autocomposición y la Heterocomposición, entendida la primera como la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno. Al igual que la autodefensa, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, según provengan de ambas partes del litigio o de una de ellas. Como podemos ver, también es una solución parcial.

Las manifestaciones unilaterales de la autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y el perdón del ofendido. En este último caso, hacemos referencia a aquellos delitos perseguidos por querrela, donde el perdón del ofendido extingue la pretensión punitiva del Estado.

La forma bilateral de la autocomposición es la transacción, definida como un contrato en el cual las partes se hacen recíprocas concesiones a fin de resolver una disputa (litigio) presente o futura.

Como se desprende de las figuras analizadas, aquí una de las partes o ambas renuncian a sus pretensiones o resistencias, por ejemplo, aceptando un pago menor al pactado, concediendo un plazo de gracia, acordando modificaciones a un contrato, etc.

Sin embargo con la Heterocomposición nos encontramos con que la solución del litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, esto es, no solo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio.

Tenemos como formas clásicas de la heterocomposición al arbitraje y al proceso judicial.

Como hemos visto con la breve reseña anterior, no existe una forma única de resolver litigios. Que lo más común sea acudir al proceso judicial es una afirmación necesaria de prueba, pues, sin duda, numerosos litigios no llegan a dicha etapa porque se han resuelto mediante una autodefensa o una autocomposición. De hecho, también parecería temeraria la afirmación de que todo litigio debe, necesaria e inexorablemente, resolverse mediante un proceso judicial.

Si hacemos una clasificación de los medios de resolución de conflictos, a partir de la menor a la mayor intervención de un tercero, podrían quedar de la siguiente manera: Negociación, Mediación, Conciliación, Arbitraje y Proceso Judicial

Las ventajas más resaltantes que comparten los medios alternos, entendidos estos como diversidad de procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, son:

1. Mayor rapidez para la resolución del litigio.
2. Menor costo económico.
3. Menor costo emocional.
4. Descongestionamiento de instancias gubernamentales.
5. Optimización de recursos gubernamentales.

4. LOS MEDIOS ALTERNOS EN EL PARAGUAY

La mediación como forma de solución de conflictos tradicionalmente fue utilizada, desde luego que no estaba regulada legalmente, pero servía como medio para administrar justicia, porque quienes intervenían como mediadores, eran personas que tenían ascendencia sobre las partes, sea esta social, familiar política (el cura del pueblo, jueces de paz, jefes políticos, etc.) ejercían su autoridad y de alguna manera administraban una cierta justicia que satisfacía a las partes.

Desde luego que esta mediación no es la mediación tal como hoy día se la concibe, con las técnicas actuales pero independientemente de sus formas y rituales, lo importante de destacar es que es una figura sencilla, informal que siempre fue utilizada para administrar justicia.

El arbitraje sin embargo, ha merecido en la historia del derecho paraguayo un tratamiento más formal.

En Paraguay la primera ley que organiza la administración de justicia es la que da entidad al arbitraje, porque le da un reconocimiento explícito cuando en el Art. 2 dice que el Poder Judicial será ejercido por la corte, los jueces del tribunal de apelación, de primera instancia y los árbitros, y esta regulación así se traslada a la Ley 789 dándole jurisdicción también a los árbitros al decir que van a ejercer el Poder Judicial.

En segundo lugar en orden cronológico es el Código Procesal Civil reformado en 1987 que le dedica todo el libro V exclusivamente al proceso arbitral, pero aun la figura del arbitraje no estaba consagrada constitucionalmente, sino recién esto se logra en la Constitución de 1992, que incluye en el Art. 248 el arbitraje privado como la única excepción a la potestad exclusiva de administrar justicia atribuida por la Carta Magna al Poder Judicial.

Ese conjunto de leyes, que con respecto a la cuestión del arbitraje, viene a ser como una especie de columna vertebral, es una estructura bastante eficiente a los efectos de la institución del arbitraje, que coloca al mismo en el Paraguay en una situación de clara ventaja legal con respecto de los otros países del MERCOSUR.

Es por eso que la Ley 1879/02, es considerada como el instrumento necesario que permitirá someter a arbitraje cuestiones relacionadas con el comercio internacional cuya implementación puede traer gran dinamismo y soluciones rápidas al comercio intrazonal.

5. CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

5.1. Antecedentes

El 12 de febrero de 1996 se celebró un convenio de colaboración entre el Ministerio de Industria y Comercio y la Cámara de Bolsa de Comercio con el objeto de instalar y poner en funcionamiento un Centro de

Arbitraje y Conciliación. Durante la ejecución del Proyecto de Arbitraje Comercial, el Centro de Arbitraje y Conciliación de Paraguay se constituyó como organismo de la Cámara de Bolsa y Comercio, por medio de la modificación de sus estatutos sociales aprobada en la Asamblea General Extraordinaria de socios celebrada en fecha 24 de octubre de 1996, acto constante en escritura pública Marina Galeano Suárez, inscripta bajo el N° 224 y al folio 2179 y siguientes en la Sección Personas Jurídicas y Asociaciones de la Dirección General de los Registros Públicos, en fecha 21 de marzo de 1997.

Desde 1998 el Centro presta Servicios de Arbitraje y Mediación, Asesorías, Capacitación y Difusión de Medios de Resolución de Conflictos a la comunidad.

6. OFICINA DE MEDIACIÓN DEL PODER JUDICIAL

6.1. Antecedentes y datos estadísticos de su implementación

En febrero de 2001 inicia su funcionamiento la oficina de Mediación del Poder Judicial. La misma presta el servicio de mediación a personas que han judicializado sus conflictos y cuyas causas se encuentran en trámite inicialmente en las Jurisdicciones Civil y Comercial, Laboral, De la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Paz de la Capital, y en 2002 se amplía a las ciudades de Luque, San Lorenzo y Lambaré.

A continuación, datos cuantitativos de la experiencia de la oficina de Mediación del Poder Judicial⁵⁹⁸.

Totalidad de casos ingresados y las diferentes jurisdicciones

| Total | Cantidad | Porcentaje |
|----------------------|----------|------------|
| Niñez y Adolescencia | 224 | 74 |
| Civil y Comercial | 10 | 3 |
| Laboral | 5 | 2 |
| Extrajudiciales | 62 | 21 |
| Total | 301 | 100 |

⁵⁹⁸ Datos cuantitativos –actualizados a la fecha– Oficina del Poder Judicial de la República del Paraguay.

| Casos extrajudiciales | Cantidad | Porcentaje |
|---|----------|------------|
| 1. Cobro de Guaraníes | 5 | 0 |
| 2. Indemnización de daños | 2 | 0 |
| 3. Exclusión del hogar | 1 | 20 |
| 4. Régimen de relacionamiento | 1 | 10 |
| 5. Problemas familiares | 8 | 0 |
| 6. Problemas vecinales | 6 | 0 |
| 7. Ofrecimiento de Asistencia alimenticia | 4 | 0 |
| 8. Servidumbre de paso | 1 | 10 |
| 9. Otros | 34 | |
| Total | 62 | 100 |

En la misma ley citada se encuentra regulada la mediación, siendo definida en su artículo 53 como: “Un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador.

No es suficiente el ordenamiento jurídico si no se crea una cultura de aplicación y vivencia reguladas por la Ley N° 1879/02 los medios de solución de controversias citados; el uno adversarial y la otra no, que tienen elementos que los asemejan, como, la prevalencia de la autonomía de la voluntad y la buena fe, este último requisito indispensable para que todas las partes involucradas (los mediadores, las partes, el centro, el árbitro, etc.) actúen con absoluta buena fe, pues ninguna de estas formas de solución de conflicto sirven sin ese requisito, porque no son admitidas las prácticas utilizadas en la justicia ordinaria, denominadas “chicanas jurídicas”, pues con ello estaríamos desnaturalizando el proceso.

Quiero además decir que en algunos países al iniciarse el debate en relación a la utilización de estos medios, el Poder Judicial llegó a considerarlos como una intromisión a la facultad privativa de ellos. Sin embargo el arbitraje y la mediación lejos de ser una intromisión pretenden colaborar con la administración de justicia, y así debería ser entendida.

Y no menos importante es el recelo con que en algunos países los gremios de abogados han considerado los medios alternos de solución de controversias, que han visto en estos métodos más modernos una forma de restricción a su campo laboral, siendo esta también una visión equivocada, por cuanto que en cualquiera de los medios, las partes pueden actuar

asesorados por sus representantes legales exactamente como en el proceso ordinario.

Ya Platón enseñaba que el mayor bien para un Estado no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos.

Como una manera de reconocimiento a nivel internacional de la complejidad del tema que desde Platón a hoy nos ocupa, y de la necesidad de su abordaje, me permito citar a modo de ejemplo:

La UNESCO proclamó el 2000 como año internacional de la Cultura de Paz y explicitó la necesidad de desarrollar políticas culturales de prevención y solución de conflictos. De manera similar lo han expresado también las Naciones Unidas.

A nivel mundial, centenares de universidades poseen centros o institutos de resolución de conflictos.

En Estados Unidos especialmente, pero también en otras partes, el número de empresas, agencias públicas y ONG'S se encuentran dedicadas a impulsar el cambio cultural que estas formas de solución de conflictos requieren.

7. LA REGIONALIZACIÓN DE LOS MERCADOS

El proceso económico mundial ha derivado en la necesidad de distribuir el planeta en grandes bloques económicos. Sin entrar a analizar los efectos políticos, económicos y sociales que de esta tendencia pueden derivar, parece difícil negar su existencia.

La regionalización de los mercados se presenta como una oportunidad no solo para las actividades comerciales, sino también laborales.

Es así como los trabajadores de diversos países cuya actividad laboral derivarán de la regionalización, se encuentran y encontrarán con nuevas situaciones laborales, diferentes condiciones a las que tendrán que ir sumando mecanismos regionales que permitan distribuir o facilitar la gestión de los conflictos que pueden derivar de las mismas.

Esta realidad inminente nos hace pensar en la necesidad de la armonización de los regímenes jurídicos relativos al comercio, a los negocios, a la prestación de servicios, al trabajo y a los trabajadores en los países que formen parte de dicho bloque o región.

Y puestos ante esta necesidad, se nos presenta el obstáculo de la modificación de los regímenes internos de cada país, de manera que sea posible llegar a normas jurídicas armónicas, en cuanto a la forma y al fondo de las relaciones comerciales y laborales.

Y a modo de ejemplo del camino que aún nos resta recorrer, cito el último debate que se dio en el marco de las reuniones MERCOSUR en el tema de la mediación Internacional.

8. MEDIACIÓN INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

En el ámbito de discusión de temas de la agenda del MERCOSUR, desde el Ministerio de Justicia de la República del Paraguay, país que ejerció hasta el mes de junio del presente año la presidencia Pro-Témpore del Mercado Común del Sur, ha sido impulsado el desarrollo de un documento que contemple la solución de conflictos entre particulares residentes en los Estados Partes, a través del mecanismo de la mediación. El mencionado documento pretendió facilitar el acceso a justicia a través de este medio alternativo de solución de conflictos.

Para la elaboración de este trabajo han sido convocadas varias instituciones que trabajan en lo que a la promoción de los Medios Alternos de Solución de conflictos se refiere, entre las que se encuentran el Centro de Mediación, Educación y Defensa al Consumidor de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción; el Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay y la Oficina de Mediación del Poder Judicial.

El mencionado proyecto ha sido presentado en el marco del "81^{er} Encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros del MERCOSUR" desarrollada recientemente en el Paraguay.

El documento presentado destaca la necesidad de proporcionar al sector privado de los Estados Partes del MERCOSUR métodos alternativos para la resolución de controversias surgidas de actos jurídicos o contratos internacionales concluidos entre personas físicas o jurídicas de derecho privado; promueve e incentiva la solución extrajudicial de controversias privadas por medio de la mediación en el MERCOSUR, práctica acorde con las peculiaridades de las transacciones internacionales.

Resalta como un antecedente mediato el caso de la Unión Europea que ha desarrollado un documento de trabajo presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas a la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo en Bruselas el 22 de octubre de 2004. En el documento elaborado por la Unión Europea se señala la necesidad de implementar la figura de la Mediación como sistema de solución de conflictos de derecho privado en el seno de la Comunidad a efectos de ampliar el acceso a justicia; mejorar el proceso civil promoviendo el recurso a la mediación y la organización de los sistemas de administración de justicia de los Estados Parte.

El alcance del documento está dado por el objeto del mismo que refiere textualmente "El presente Acuerdo tiene por objeto reglamentar a la mediación como mecanismo voluntario de resolución de conflictos. Podrán someterse a mediación los conflictos surgidos de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado, celebrado entre personas físicas o jurídicas de derecho privado residentes o domiciliados en los Estados Parte; siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción conciliación y arbitraje".

El proyecto lamentablemente no fue aprobado en el ámbito de la mencionada reunión técnica considerando los diferentes puntos de vistas planteados por las delegaciones representantes de los Estados Partes y Estados Asociados al MERCOSUR. Entre los argumentos señalados por los mismos encontramos la falta de armonización legislativa interna en países como Argentina que cuentan con una organización Federal, donde cada provincia tiene una legislación propia, y muchas de ellas aún no cuentan con una en materia de mediación. Criterio similar ha sido planteado por Brasil.

Entre otros de los argumentos para la aprobación de este proyecto, puede señalarse también el carácter extraterritorial del acuerdo de Mediación. En ese sentido, ha sido planteado el problema que aún no se cuenta con un mecanismo que ayude a la ejecución directa del acuerdo de mediación a través de los Juzgados de Tribunales Ordinarios. Esta situación, en materia de Arbitraje está amparada por la Convención de Nueva York que refiere a la ejecución de laudos arbitrales, y ha sido ratificada por todos los países miembros.

La facilidad de acceso a la mediación y sus bajos costos, son algunas de las características que invitan a los ciudadanos a utilizar los servicios de los mediadores. El efecto de esta utilización se refleja en estadísticas que demuestran la suspensión en la congestión de las causas presentadas ante los tribunales nacionales, como es el caso de Paraguay y de otros países de la región. Por este motivo esta figura debería ser implementada como una de las estrategias para lograr la descongestión de los despachos judiciales y agilizar los términos de expedición de las sentencias por parte de los jueces.

Por todo lo expuesto, la inclusión de la figura de la mediación en forma armonizada en las legislaciones del Mercado Común del Sur, permitirá establecer una política de acceso a la justicia, regional e internacional.

Si bien la tarea es difícil, no es imposible. De hecho, existen numerosos ejemplos de intentos exitosos en zonas geográficas diferentes y en una diversidad de temas. Es un hecho aceptado que el Derecho reacciona ante la realidad permanente, DINÁMICA. Pero también es cierto que es tanto más eficiente cuanto más ágilmente pueda responder al desafío de la realidad.

9. BIBLIOGRAFÍA

- APATOW, Robert, El arte del diálogo. La comunicación para el crecimiento personal, las relaciones y la empresa, EDAF, Madrid, 1999 (traducción de Julia Fernández Treviño).
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Introducción al estudio del proceso, Depalma, Buenos Aires, 1983.

- BENNET G. Picker, Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales, Paidós, Argentina, 2001 (traducción de Gloria Vitale).
- BERIZONCE, Roberto Omar, "La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América", XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, UNAM, México, 1993.
- DANA, Daniel, Adiós a los conflictos, McGraw Hill Profesional, España, 2002 (traducción de Betty Trabal).
- FLORES GARCÍA, Fernando, ponencia presentada el 7 de mayo de 1997 en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mimeógrafo, Santiago de Querétaro.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, ponencia presentada el 7 de mayo de 1997 en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mimeógrafo, Santiago de Querétaro.
- LÜDERS, Rolf y Luis RUBIO (coordinadores), Estado y economía en América Latina. Por un gobierno efectivo en la época actual, Miguel Ángel Porrúa, México, 1999.
- MARLOW, Lenard, Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho, Granica, España, sin fecha de edición (traducción de Ana María Sánchez Durán y Daniel. Bustelo Elicabe-Urriol).
- MENDIETA SUÑÉ, Charles, Técnicas avanzadas de negociación, curso On-line de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2002.
- OVALLE FAVELA, José, Teoría general del proceso, Oxford University Press, México, 1998, cuarta edición.
- REIG, Enrique y George W. DIONNNE, Más allá de las diferencias. Cómo resolver sus conflictos laborales y personales a través del diálogo inteligente, Norma, México, 2001.
- STEINSEL, O. Diccionario latino-español, español-latino, Cía. Bibliográfica Española, S.A., Madrid, 1958.
- URY, William, ¡Supere el no!, Norma, México, sin fecha de edición (traducción de Adriana de Hassan).
- VADO GRAJALES, Luis Octavio, "Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad", ABZ, información y análisis jurídico. México, año 7, abril de 2002.
- VARIOS, Diccionario jurídico mexicano, UNAM-Porrúa, México, 1998, duodécima edición.
- CAIVANO, Roque J.: "Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflicto", Editorial Ad-Hoc, año 1993.
- María del Pilar Callizo. "Régimen de la Mediación y el Arbitraje Privado en el Derecho del Trabajo". Trabajo de Tesis presentado en la Maestría de Política y Gestión Pública. Año 2005.
- Centro de Arbitraje y Mediación, "Arbitraje y Medicación". Editora Intercontinental. Año 2003.

LA NEGOCIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

DR. TEODOSIO A. PALOMINO⁵⁹⁹

Sumario: 1. Introducción, 2. Formas de resolver un conflicto, 3. Los denominados mecanismos alternativos de resolver controversias: (MARC'S), 4. La Negociación, 5. Tipos de Negociación, 6. Negociación en base a principios: Método de Negociación desarrollado por la Universidad de Harvard, 7. Reconocimiento legal de los MARC'S y de la Negociación, 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Negociación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, al igual que los otros medios alternativos, nace por la necesidad inquestionable que en un estadio determinado sienten las personas de solucionar sus diferencias, disputas, controversias, conflictos. Y es que, advertida la sociedad que no existe convivencia social sin conflictos, y que igualmente no puede existir convivencia pacífica sin dar solución a los conflictos, el siguiente paso en la búsqueda de la paz, es la necesidad de encontrar solución a las diferencias de la manera más eficaz posible, y ella modernamente no es otra que acudir a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, dadas las taras que vienen padeciendo nuestros sistemas de administración de justicia.

Uno de estos mecanismos, que es materia de estudio en este trabajo, es la Negociación.

Empero, antes de entrar al estudio del medio en cuestión, debemos precisar qué es un conflicto y las diversas formas que existen de resolverlo. El conflicto es sinónimo de enfrentamiento, disputa, pleito, controversia, litis, diferencia, pelea, divergencia, litigio, etc., pero en realidad no es otra cosa que la circunstancia en la cual dos o más partes perciben tener intereses mutuamente incompatibles, ya sea total o parcialmente, sobre la base

⁵⁹⁹ Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas", Filial Perú. Publicista.

de lo que consideran pretensiones contrapuestas o contrarias, pero en todo caso, excluyentes, generando un contexto confrontativo en el cual actúan en permanente oposición.

Existen diferentes clases de conflictos, en todo orden humano: conflictos familiares, sociales, laborales, institucionales, deportivos, educativos, amicales, etc., pues es producto de la convivencia social, pero no siempre el conflicto es negativo, ni perjudicial a diferencia de lo que piensa el común de las personas. De no haber habido diferencias de opinión, confrontación de ideas, si las personas no resuelven problemas, la sociedad no habría evolucionado a través de los siglos. El conflicto en sí no es negativo, la forma de enfrentarlo sí puede llegar a ser sumamente perjudicial para las partes involucradas en un problema, por ello es necesario el estudio y aplicación de los métodos alternativos de solución de controversias.

2. FORMAS DE RESOLVER UN CONFLICTO

Con el objeto de entender más claramente la importancia de optar por los métodos alternativos de solución de controversias, en lugar de acudir a un sistema netamente adversarial como es el Órgano Jurisdiccional, así como la importancia de escoger, dentro de los mecanismos alternativos de solución, el que más permita a las partes controlar o configurar la solución de sus conflictos, empezaremos por mencionar la sistematización de las formas en que se puede resolver un conflicto elaborada por Niceto-Zamora y Castillo, quien las divide en 3 categorías:

- a) *Autodefensa*: Llamada también autotutela, consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Se caracteriza por dos aspectos: en primer lugar, un objetivo, que consiste en la imposición de un interés en perjuicio del otro y en segundo, que no interviene un tercero ajeno a las partes. Aún en el caso en que nos encontremos ante la legítima defensa por un tercero, este no actúa en interés propio, sino de una persona que muy probablemente desconoce.

La autodefensa se manifiesta de manera unilateral o bilateral, en el primer caso tenemos a la echazón⁶⁰⁰ del derecho marítimo, y entre las segundas a la guerra.

El profesor Vado Grajales señala que a la autodefensa se le ha considerado una forma egoísta de resolver litigios, pues implica la imposición antes que la concertación, además que la solución proviene de una parte del conflicto, por lo que no es imparcial, señalando además que está prohi-

⁶⁰⁰ Operación que consiste en echar al mar una parte o la totalidad de la carga de un barco con la finalidad de aligerarlo de peso, Diccionario Enciclopédico Larousse.

bida en la Constitución Federal de México en su Artículo 17, apreciación que consideramos correcta en la medida que la autodefensa no implique la violación de derechos fundamentales que ameriten una acción o decisión inmediata a fin que no se produzcan daños mayores, lo que deberá analizarse en cada caso concreto.

- b) *Autocomposición*: Se dice que la autocomposición es la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno teniendo también dos manifestaciones: unilateral o bilateral, según provenga de ambas partes del problema o de una de ellas. Las manifestaciones unilaterales de la autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y el perdón del ofendido. La forma bilateral de la autocomposición es la transacción, que viene a ser un contrato en el cual las partes se realizan recíprocas concesiones a fin de resolver un problema o controversia presente o futura.

La característica esencial de estas formas de solucionar conflictos es como observamos la renuncia de las pretensiones de una de las partes o de ambas o la aceptación de la pretensión de la parte contraria con la única finalidad de solucionar el conflicto, lo cual no constituye la forma más satisfactoria de llegar a una solución, en la medida en que en estos casos, sobre todo en la autocomposición unilateral, una sola parte es la beneficiada con la solución del conflicto, siendo la otra la perjudicada con la decisión final del mismo.

Finalmente debemos manifestar que tanto en la autodefensa como en la autocomposición, se señala como característica principal la ausencia de intervención de terceros en la solución del conflicto, lo cual puede ocurrir en algunos casos pero no necesariamente en todos, como lo señala el profesor Vado Grajales, toda vez que por ejemplo la negociación de una transacción entre dos partes intervienen sus respectivos abogados a fin de prestar el asesoramiento correspondiente, en una conciliación, mediación, etc., que son mecanismos autocompositivos definitivamente intervienen terceros en la búsqueda y propuesta de soluciones, en el primer supuesto y en la búsqueda de soluciones y facilitación de la comunicación, en el segundo, lo que debe tomarse en consideración a fin de no inducir a error al momento de realizar definiciones.

- c) *Heterocomposición*: Por último tenemos a la heterocomposición, en la cual la solución del conflicto es impuesta por un tercero imparcial y ajeno a las partes, cuya característica principal no es precisamente la intervención del tercero, sino que la decisión tomada por este respecto al conflicto es vinculante, es decir, que es de obligatorio cumplimiento por los intervinientes, siendo los más conocidos el Arbitraje y el proceso judicial.

Respecto a estas formas de resolver el conflicto debemos precisar que, al haber perdido las partes el control casi total de la solución de su controversia, sometiéndose exclusivamente a la decisión de un tercero, estos no resultan ser los medios más adecuados para alcanzar la finalidad última de todo mecanismo alternativo de solución de controversias que es la satisfacción de los intereses de las partes, a fin de alcanzar la paz social.

3. LOS DENOMINADOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLVER CONTROVERSIAS: (MARC'S)

- a) Definición: Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias no son otra cosa que modalidades, medios o métodos de resolución de conflictos, contiendas, disputas o controversias diferentes o distintos al Poder Judicial u Órgano Jurisdiccional, el cual, hasta hace algunas décadas venía siendo percibido como único medio de resolver conflictos, habiéndose tomado conciencia, por parte de la ciudadanía civil, e incluso por las instituciones estatales de la necesidad de implementar la utilización masiva de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como mecanismos eficaces en el logro de la satisfacción de los intereses de la ciudadanía y como una garantía de convivencia pacífica.

Por otro lado, cabe mencionar que la utilización del término “alternativo” con el cual se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, como se señala en el Informe elaborado por la Secretaría General de la OEA de marzo de 2002 con motivo del estudio de los MARC'S en esta organización⁶⁰¹, en ese sentido, el término “alternativo”, sigue el Informe, no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de derecho. No obstante lo afirmado en el estudio, estimamos, sin embargo, que en la práctica, los métodos alternativos, sí se han convertido y pretenden convertirse en otra posibilidad de solución, distinta a la judicial, de un conflicto determinado, en la medida, en que el método tradicional (entiéndase Poder Judicial), por llamarlo de un modo distinto, no viene dando los resultados que la ciudadanía espera, tanto en eficacia en el servicio de administrar justicia, así como en costos, y tiempo, todo lo cual hace que la sociedad se

⁶⁰¹ Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de justicia de los países Americanos, Cuarta Reunión de Ministros de Justicia, o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, 10 al 13 de marzo de 2002, Trinidad y Tobago.

vea cada vez más inclinada a solucionar sus conflictos por otros mecanismos legalmente permitidos.

- b) ¿Por qué optar por los MARC'S?: Como se ha señalado, tanto la ciudadanía como los sistemas de justicia de cada país, cada vez con mayor profusión se inclinan por la incorporación de los MARC'S en la solución de controversias, en lugar de utilizar el método tradicional, los particulares con el objeto de acceder a una solución pronta, eficaz e intrínsecamente satisfactoria y los sistemas de justicia con la finalidad de modernizar la administración de justicia.

Los países que integran la OEA señalan entre los objetivos directos para la incorporación de los MARC'S en sus legislaciones: a) la necesaria descongestión de los tribunales, b) la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y c) el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones y por otro lado, entre las causas de incorporación de los MARC'S en las organizaciones no gubernamentales (Universidades, Centros de Estudios Especializados, Organizaciones de Desarrollo, Organizaciones Asistenciales, Fundaciones, entre nosotros ONGs, Defensorías, Organismos Reguladores, Colegios Profesionales, etc.), se expone como principal argumento el de mejorar el acceso a la justicia y contribuir el mayor protagonismo ciudadano y a los esfuerzos de democratización⁶⁰², observemos en este punto que en ambos casos se señala como objetivo principal de la incorporación de los MARC'S en todo ámbito de acción, el acceso a la justicia, siendo el caso que en la actualidad en la casi totalidad de países americanos, la falta de acceso a la justicia oportuna y eficaz es un mal endémico.

Sin embargo, cabe precisar en este punto que no obstante haberse comprobado reiteradamente en otras latitudes la importancia y eficacia indiscutible de los MARC'S en la solución de controversias y en el desarrollo de un país, y pese a los esfuerzos que se han realizado en los últimos años para difundir su conocimiento y sus bondades, en nuestro país es escasa la utilización de estos mecanismos como alternativa al Poder Judicial, consideración en virtud a la cual aún se siguen padeciendo las taras del sistema de Administración de Justicia, las mismas que se vienen agravando con el transcurso del tiempo toda vez que no existe un plan estratégico para su erradicación, lo que es tema para otro análisis.

- c) ¿Cuáles son los MARC'S? Existen una variedad de Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias, sobre todo en los países in-

⁶⁰² Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de justicia de los países Americanos, Cuarta Reunión de Ministros de Justicia, o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, 10 al 13 de marzo de 2002, Trinidad y Tobago.

dustrializados, los que por la masiva difusión de ellos han ido creando diversas alternativas o variantes a las existentes con el objeto que las partes involucradas en un conflicto escojan el medio que más se acomode a sus intereses. Entre nosotros los más conocidos y utilizados son: la Negociación, la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje.

La Negociación, como mecanismo alternativo en la resolución de controversias es definida como: “la ciencia y arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados, comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados”⁶⁰³, “la comunicación directa entre las partes interesadas con el propósito de acordar la solución”⁶⁰⁴ o como: “un procedimiento en el cual dos partes de un conflicto intercambian opciones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución”⁶⁰⁵.

En estas definiciones observamos que la característica común de la negociación, es la intervención directa de las partes en la búsqueda de solución a una controversia determinada, proponiendo soluciones a la misma. Y es precisamente esta característica esencial la que diferencia a la Negociación como mecanismo alternativo de resolución de controversias de la Mediación, Conciliación y el Arbitraje.

En la mediación, existe la intervención de un tercero ajeno e imparcial que facilita la comunicación entre las partes para delimitar el conflicto y de esta manera poder buscar una solución a él; en la Conciliación este tercero ajeno e imparcial, además de realizar las mismas funciones de facilitar la comunicación entre las partes y delimitar el problema, propone fórmulas de solución y finalmente, en el Arbitraje, el tercero ajeno e imparcial, impone la solución al conflicto suscitado mediante un procedimiento arbitral que concluye en una decisión o fallo denominado laudo arbitral, de obligatorio cumplimiento para las partes que decidieron optar por este mecanismo alternativo de solución de controversias.

De estas breves definiciones de los mecanismos alternativos más utilizados para solucionar controversias, apreciamos *prima facie* que, la Negociación es un mecanismo directo de solución, es decir, que son las partes de un conflicto las que buscarán la solución al mismo y en segundo lugar que, siendo ello así, las partes a través de la negociación tienen la oportunidad única de configurar la solución al problema de forma más adecuada

⁶⁰³ KUENCKLE, David, Profesor del curso de Managing Negotiations de la Universidad de Harvard, citado por CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”, p. 76, APENAC, 1ª edición, Lima 1998.

⁶⁰⁴ CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”, p. 36, APENAC, 1ª edición, Lima 1998.

⁶⁰⁵ VADO GRAJALES, Luis Octavio, profesor de Medios Alternativos de Justicia en Querétaro, México.

a sus intereses o necesidades, posibilidad que se va alejando en la medida en que intervienen terceros en el proceso de solución de controversias. Es por ello que se señala que la Negociación es el primer y más popular mecanismo al que recurren los participantes para solucionar un conflicto.

Ahora bien, cabe precisar en este punto que existe también lo que se denomina la facilitación, que es la forma más simple de negociación asistida por un tercero que hace posible el inicio, el desarrollo y la conclusión de la negociación directa entre las partes, sin embargo, este tercero no propone fórmulas de solución como el conciliador, empero a nuestro criterio su participación, al no encontrarse claramente determinada conceptualmente podría ser confundida con la de un mediador en la medida que hace posible la comunicación entre las partes, sin proponer, al igual que aquel, fórmulas de solución a la controversia o problema, lo que ameritaría un estudio más prolijo de estas categorías de solución de diferencias o problemas.

Revisados estos conceptos ahora corresponde ocuparnos de la Negociación como medio alternativo de resolución de controversias.

4. LA NEGOCIACIÓN

Se ha definido ya en el acápite precedente en qué consiste la Negociación, y es básicamente el intercambio de opiniones y pareceres entre las partes en conflicto a fin de llegar a una solución. Este intercambio de ideas en forma directa con el objeto de arribar a una solución satisfactoria del conflicto, como también se ha dicho, puede ser asistida por un tercero denominado facilitador, que no propone fórmulas de solución pero que, sin embargo, asiste a las partes que lo convocan en el procedimiento de negociación.

Bien, entendida de esta manera la Negociación, se puede afirmar ciertamente que este mecanismo de solución de controversias es el que más puede acercar a las partes a la satisfacción total de sus intereses a diferencia de los otros esbozados líneas arriba, toda vez que en él, únicamente se encuentran involucradas las partes en la solución de sus controversias, sin la intervención, ni mediación de terceros, ajenos al problema, lo que permite, entre otros beneficios, que las partes se sinceren en sus posiciones, se abran a las posibilidades de solución y arriben a un acuerdo, pero para llegar a ese fin, se debe tener en cuenta principalmente como lo hemos afirmados párrafos arriba que, la Negociación como método alternativo bilateral requiere el convencimiento de las partes respecto a las bondades de la utilización de este mecanismo para llegar a un acuerdo totalmente satisfactorio, en el esquema ganador-ganador como veremos.

Como señala el maestro Caivano, debe tenerse presente que la Negociación no es solo el ejercicio de "tira y afloje" de pretensiones encontradas, clásica expresión del estilo de negociación distributiva, en el que todo lo que una parte gana, la otra lo pierde (esquema ganador-perde-

dor)⁶⁰⁶, sino que debe tenderse decimos nosotros, al modelo de negociación cooperativa que permite llegar a resultados mutuamente satisfactorios y brinda mayores probabilidades de éxito, en tanto procura crear opciones que amplíen el campo y conduce a resultados más duraderos y menos perjudiciales para la relación interpersonal (esquema ganador-ganador), en pocas palabras para que se solucione en forma definitiva el conflicto y no vuelva a aparecer con posterioridad al no haberse podido satisfacer los intereses de ambas partes. Sin embargo pese a que alcanzar una solución a través de la negociación cooperativa sería lo óptimo, no siempre se puede arribar a una solución a través de este esquema teniéndose que recurrir a la negociación tradicional, ganar-perder.

5. TIPOS DE NEGOCIACIÓN

Se puede hablar de dos tipos de Negociación, Integrativa y Distributiva. En el primer caso, nos dice Román Velasco⁶⁰⁷, que los negociadores manifiestan deseos de ganancias mutuas y una alta cooperación, encontrándose orientada hacia el respeto de las aspiraciones del negociador con el objeto de que la parte contraria considere un resultado igualmente satisfactorio. Se tiende a dar importancia a la calidad de la relación entre las partes e incluso puede conducir eventualmente a la modificación de los objetivos particulares y de las respectivas prioridades, para orientarlos a objetivos de interés común. Señala, manifestando que las razones para dar una orientación integrativa a una negociación serían que tiende a desarrollar un clima de confianza, de reciprocidad y de credibilidad mutua. Se reducen los riesgos de revisar posteriormente el acuerdo, asegurándose una mayor estabilidad a la solución negociada. Se presta a tomar en cuenta las relaciones entre los negociadores en el futuro, es una negociación tanto de proyectos como de puntos a resolver o de recursos a otorgar, valoriza la creatividad, la búsqueda de opciones constructivas y dinámicas, la movilización de ideas y de acciones nuevas, puesto que se trata de persuadir a la otra parte de trabajar juntos.

En la Negociación Distributiva, agrega Román, los negociadores demuestran una débil cooperación e incluso, en algunos casos extremos, esta no existe. Se da importancia más bien a la ganancia personal, incluso en detrimento de los objetivos contrarios comunes. Es precisamente en este tipo de negociación en el que los poderes de que gozan las partes entran en juego a fin de desempatar la posición de los negociadores. Lo que una de las partes gana la otra lo pierde.

⁶⁰⁶ Caivano, Roque, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁰⁷ VELASCO PARTIDA, Román, "Los Elementos Básicos de una Negociación", artículo extraído de la Web.

Concluye el autor, mencionando que, sin embargo, la clasificación de la Negociación en Integrativa y Distributiva, es más bien de carácter pedagógico, ya que en la realidad la mayoría de las negociaciones son más bien mixtas, corresponden a una mezcla de ambas negociaciones. Afirmación con la cual coincidimos, toda vez que como resulta de común actualmente en el derecho, y en los hechos relacionados con él, como el tema que estudiamos, cada vez existen menos zonas definidas y más zonas grises, en donde se mezclan e interrelacionan las categorías y los derechos, obligándonos a reevaluar los conceptos y a crear derecho, quien sabe también como producto de la globalización.

6. NEGOCIACIÓN EN BASE A PRINCIPIOS: MÉTODO DE NEGOCIACIÓN DESARROLLADO POR LA UNIVERSIDAD DE HARVARD

Es conocido que los mecanismos para negociar son variados y de diversa naturaleza, atendiendo a múltiples variables que se pueden tomar en consideración al momento de enfrentar un problema y su solución, pudiendo mencionar entre las variables a las personas, los intereses de las partes, las opciones, los criterios, etc. Sin embargo, existe un método de Negociación desarrollado por el Proyecto de Negociación de la prestigiosa Universidad de Harvard por los profesores Roger Fisher y William Ury, especialistas en el tema⁶⁰⁸, basado en principios, el cual creemos conveniente citar en el presente trabajo por su seriedad, eficacia y especialidad. Este método consiste básicamente en decidir los problemas según sus méritos, en lugar de gestionarlos exclusivamente mediante un proceso de regateo en el cual las partes intentan imponer a la otra sus propias exigencias, señala el profesor Caivano⁶⁰⁹. El método se basa en 4 principios elementales:

- a) *Separar las personas del problema.* En primer lugar, debe tenerse presente que los negociadores son personas. En general, es común considerar que el problema y la persona son una sola cosa; que la persona que trae el conflicto es el problema y esto no necesariamente es así. Si bien es cierto que en la raíz del problema existe una persona, el conflicto es el objetivo por atacar en procura de una solución y no a la persona. Todo negociador tiene dos ámbitos de intereses: un interés primario, algo que se espera obtener de la negociación (el interés en la sustancia) y un interés mayor o menor, dependiendo del caso, en mantener o no deteriorar la relación con la otra parte. Es por ello que es conveniente que ambos niveles de intereses se mantengan separados.

⁶⁰⁸ FISHER, Roger, Ury William y Patton Bruce, "Obtenga el Sí, el Arte de Negociar sin Ceder", Segunda Edición, Octava reimpresión, México, 2000, Compañía Editorial Continental S.A.

⁶⁰⁹ CAIVANO, Roque, *op. cit.* p. 95.

Este método de negociación enseña que lo esencial es tratar a las personas como seres humanos y al problema según sus méritos: ser amables con las personas pero duros con el problema, pero ello no siempre puede ser así, toda vez que las personas involucradas en un conflicto llevan consigo una cierta carga emocional, emotiva, que hace indispensable que el problema o conflicto deba ser tratado con la intervención de la psicología, la que se manifiesta en tres aspectos: 1) percepción, 2) emoción y 3) comunicación.

El primer aspecto, la percepción, implica la comprensión sobre cómo piensan y perciben las partes el conflicto. Para algunas personas determinadas situaciones pueden significar o representar conflictos, mientras que para otras no, la diferencia está en que el conflicto está en la mente de las personas. Para comprender las percepciones de la otra parte se debe ejercitar en primer lugar la empatía, el “ponerse en el lugar del otro”, e intentar apreciar la situación tal como la apreciaría la otra parte. La empatía no significa aceptar ni reconocer el punto de vista del otro, sino entenderlo a fin de descubrir puntos comunes, puntos de coincidencia, de intercambio.

En segundo lugar, se debe evitar culpar a la otra parte por el problema y analizarlo objetivamente, pues de suceder lo contrario solo se logrará que la otra parte se ponga a la defensiva. Como tercer punto un negociador eficiente debe dejar participar a la otra parte en el proceso de Negociación, a fin que se sienta parte del acuerdo y no sienta que se lo imponen, pues ello podría conducir a consecuencias negativas. Finalmente se debe desmitificar la habitual idea de que ceder significa perder o retroceder, pues si se cede frente a una propuesta que satisface mis necesidades, tal aceptación no podría calificarse como desfavorable en la medida que se obtiene lo que se está buscando.

- b) **Concentrarse en los intereses y no en las posiciones.** Según esta estrategia el problema básico en una negociación no es el conflicto entre las posiciones sino el conflicto entre intereses. El conflicto a solucionar no es solo equilibrar las pretensiones, lo que las partes manifiestan, sino, fundamentalmente, satisfacer los reales intereses, las necesidades de las partes, el “por qué” y “para qué” las partes exigen lo que están exigiendo. Los intereses se definen como las necesidades, deseos, preocupaciones o temores de las partes, o las condiciones específicas que una parte desea obtener para lograr un arreglo aceptable. Los intereses motivan a las personas y son el trasfondo o el fundamento de la posición que asumen las partes.

Este fundamento muchas veces no es manifestado ni percibido e inclusive puede ser ignorado por la misma parte; se confunde lo que se pretende con lo que realmente se necesita. Se pone como ejemplo que se

podría exigir en una negociación dinero, que representa la posición, pero aplicando el principio se puede preguntar para qué se necesita el dinero, respuesta que vendría a representar el interés y finalmente yendo más allá se podría preguntar para qué se quiere el objeto que se pretende adquirir con el dinero, lo que nos llevaría a la necesidad. Entonces tenemos que si indagamos sobre los intereses y necesidades, además de las posiciones tendremos 3 espectros de negociación, posiciones, intereses y necesidades, pero si solo nos centramos en las posiciones, tendremos únicamente un campo de negociación muy reducido y que muchas veces puede no responder a la realidad de lo que se quiere o pretende en una negociación.

Se pueden identificar 3 tipos de intereses (1) intereses fundamentales; se refieren a las necesidades que un individuo tiene de determinados objetos tangibles, por ejemplo dinero y tiempo, y representan generalmente el punto en el que se concentra la discusión; (2) intereses de procedimiento: se refieren a las preferencias que tienen las partes en cuanto a la dinámica de la negociación (agenda, plazos temporales, lugar físico, equipos, borradores, etc.); y (3) intereses psicológicos: las necesidades emocionales y de relación que las partes experimentan durante las negociaciones y como resultado de las mismas.

La clave para conocer los intereses de la otra parte, es utilizar el proceso de comunicación para obtener la información relevante: si no conocemos sus intereses, jamás podremos pensar en alguna fórmula de acuerdo que sea aceptable. El interrogante más frecuente que un negociador debe utilizar es por qué, para qué. De otro lado, no solo se debe conocer claramente nuestros intereses, sino hacérselos saber a la otra parte, de quien se espera una concesión que los satisfaga. Si la otra parte no conoce nuestros intereses no sabrá de qué manera satisfacerlos.

- c. *Generar opciones satisfactorias a las partes.* Las opciones pueden ser definidas como posibilidades de acuerdo, distintas, variantes, a través de las cuales pueden satisfacerse los intereses. Si el conflicto se gestiona adversarialmente y en base a las posiciones de las partes, la única opción será el resultado obtenido por la mera distribución del objeto en disputa. En cambio si se trabaja en base a los intereses y necesidades, dada la multiplicidad señalada en el principio anterior, la gama de opciones se amplía y las posibilidades de intercambio se acentúan. A mayor generación de opciones mutuamente satisfactorias, mayor posibilidad de acuerdo.

Los obstáculos a la generación de opciones pueden ser en primer lugar los juicios o críticas prematuras. El juicio prematuro inhibe la imaginación y creatividad de las partes que se someten a estos prejuicios, por lo que resulta aconsejable separar el momento de la creación de opciones del

momento de juzgarlas. En segundo, lugar la percepción que las partes suelen tener acerca de que la situación es a todo o nada, es decir, una parte obtiene lo que está en discusión o lo obtiene la otra; que es de suma cero. Esta es la característica principal de una gestión adversarial basada en comportamientos puramente confrontativos o competitivos. Tercero, la creencia de que la solución del problema de la otra parte es problema de ellos, no nuestro. Pero al existir interdependencia, esta creencia es equivocada. Para lograr satisfacer los intereses de una parte, se debe tener en cuenta los intereses de la otra, pues si aquella no ve satisfechos sus intereses no se llegará a un acuerdo y en consecuencia saldré perjudicado con una falta de acuerdo.

- d. *Discutir en base a criterios objetivos.* Para lograr acuerdos en base a intereses, resulta aconsejable negociar en base a alguna pauta o criterio que sea independiente de la voluntad de las partes, que sea legítimo y práctico y aplicable a ambas partes. Mientras más criterios de equidad, eficiencia o respaldo científico se puedan utilizar, más probable será que se logre un acuerdo final mutuamente satisfactorio y equitativo. Además la utilización de criterios objetivos permitirá evitar los costos de ceder ante una exigencia arbitraria, por lo que contribuirá a no ceder ante la presión.

Entre los criterios objetivos que darán razonabilidad a las pretensiones o a las opciones que se presenten, pueden ser citados la legislación, la jurisprudencia, los usos y costumbres, los valores de mercado, etc.

7. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS MARC'S Y DE LA NEGOCIACIÓN

En lo concerniente al reconocimiento legal de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias, existe información en un estudio realizado por la Organización de Estados Americanos⁶¹⁰ del año 2002, que tanto en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Venezuela y Perú, existen leyes y reglamentos específicos referidos a algunas de las modalidades de los MARC'S, tratándose de legislaciones recientes en caso de la Mediación y de la Conciliación, y de mayor tiempo en el caso del Arbitraje, y en más de la mitad de estos países, sin indicar en cuáles, los MARC'S están reconocidos constitucionalmente, entre ellos se encuentra nuestro país. Sin embargo cabe hacer la precisión, que el estudio de referencia se encuentra dedicado únicamente a la Conciliación, Mediación y Arbitraje, no a la Negociación, consideración en virtud a la cual, debemos concluir que este mecanismo por su naturaleza particular, de ser

⁶¹⁰ Trabajo citado p. 390.

el único de trato directo entre las partes, no ha sido regulado en las legislaciones americanas, como ocurre asimismo en el caso peruano, en que no existe normatividad al respecto, lo cual consideramos correcto, toda vez que como reiteramos, restringirlo a un grupo de normas podría implicar cortar las múltiples posibilidades que encierra el trato directo entre las partes para alcanzar un acuerdo.

8. CONCLUSIONES

- 1) La Negociación es un mecanismo directo de resolución de controversias, en el cual las partes participan en forma inmediata, sin la inclusión de terceros, en la búsqueda de solución a un conflicto determinado.
- 2) En la Negociación, al no existir intermediarios en la búsqueda de soluciones a un conflicto, las partes pueden configurar de manera personalizada, de acuerdo a sus intereses, la solución más adecuada a sus diferencias.
- 3) Siendo ello así, consideramos que este mecanismo de resolución de controversias es el más idóneo para solucionar un problema, y al que deben acudir en primer lugar las partes involucradas en un conflicto para alcanzar una solución satisfactoria al mismo.

LA MEDIACIÓN: EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

SUSAI GINZO CARRERA⁶¹¹

Sumario: 1. Introducción, 2. Generalidades, 3. Definiciones, 4. Legislación Nacional, 5. Sistemas de resolución de conflictos. La conciliación. La mediación, 6. Centro de resolución de conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay: La mediación, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo de economías y culturas tendentes en su mayoría a la globalización, los juristas debemos transitar por caminos innovadores para nuestra sociedad, y desplegar al máximo toda la capacidad que nuestra formación universitaria y ética nos permita.

Sin duda, el resurgimiento de los métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) responde a necesidades reales de la sociedad en su conjunto, pues no solo contribuyen a solucionar conflictos individuales en la órbita judicial y en el área prejudicial, sino que también son utilizados por los Estados, los diplomáticos, los gobiernos, los empresarios, los sindicatos, los legisladores, los educadores, etc. en asuntos corporativos e internacionales.

Las consecuencias negativas de las crisis económicas y culturales, el desempleo, la inflación, la lucha de los consumidores contra los proveedores, y el abuso de las vías procesales, han contribuido al aumento de la actividad judicial en todas las materias (penal, laboral, civil, administrativa, menores), desbordando el sistema.

La realidad nos desafía, y asumimos el compromiso de desarrollar los métodos ADR y de lograr que nuestra sociedad aprecie su eficacia para detener el conflicto y transformarlo.

⁶¹¹ Notaria egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, especializada en Negociación, Mediación y Arbitraje en la Universidad Católica y en la Asociación de Escribanos del Uruguay. Mediador y Tesorero del Centro de Resolución de Conflictos, y Miembro de la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje, de la A.E.U.

El reto es potenciar la “Cultura de la Paz” y cambiar el modo de abordar nuestras diferencias y litigios, dándole una oportunidad a la negociación, y a la concertación de los mecanismos por los cuales podemos reemplazar a los procedimientos adversariales tradicionales.

Nuestra tarea es difundir y aplicar la Mediación y el Arbitraje, derribar las barreras culturales, promoviendo estos métodos pacíficos de resolución de conflictos, basados en la libre elección de los protagonistas que deciden solicitar la asistencia de un tercero neutral que los asista a dialogar, para construir un puente entre la visión de cada uno, para buscar soluciones creativas y abrir canales de comunicación, que les permitan preservar su relación (comercial, familiar, societaria, etc.) y arribar a un acuerdo que satisfaga intereses mutuos.

2. GENERALIDADES

La República Oriental del Uruguay es un estado democrático republicano, ubicado en América del Sur, con una superficie de 176.215 kilómetros cuadrados, y con una población de 3.240.676 habitantes, con un índice de alfabetización del 97%⁶¹².

Su sistema político se basa en la división en tres Poderes independientes: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. El ordenamiento jurídico, de tradición romano-germánica está compuesto por la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas y decretos municipales.

Para ser Notario (sistema de Notariado Latino), se debe cursar la carrera universitaria de Notariado, que abarca seis años de cursos teóricos y prácticos, para obtener el título de Escribano Público. Posteriormente para poder ejercer se requiere ser investido por la Suprema Corte de Justicia, que ejerce la superintendencia de contralor, disciplinaria y reglamentaria. La agremiación es voluntaria, con un alto grado de afiliación a la Asociación de Escribanos del Uruguay⁶¹³; asociación civil, que es la que regula los principios generales y normas deontológicas de la actuación profesional y fija el Código de Ética y el Arancel Oficial. El ejercicio de la profesión de notario es libre, el Notariado no es de número ni de acceso restringido.

3. DEFINICIONES

Existen en doctrina multiplicidad de definiciones de Mediación y, en su mayoría los autores reconocen los siguientes principios esenciales que la identifican y a su vez la diferencian de otros procedimientos de negociación asistida:

⁶¹² Instituto Nacional de Estadísticas. Censo de junio de 2004.

⁶¹³ www.aeu.org.uy

- *Voluntariedad*, es voluntario tanto en cuanto a su inicio como en la permanencia dentro del proceso;
- *Informalidad*, tiene una estructura predeterminada y sencilla, que el mediador puede adecuar al caso;
- *Libre elección del tercero facilitador de la comunicación*;
- *Confidencialidad de los contenidos*; y esta reserva solo se puede quebrar con la autorización de las partes;
- *Neutralidad del mediador*, que no intervendrá con opiniones, sugerencias o consejos, ni emitirá juicios de valor.

El mediador es un conductor de la búsqueda de soluciones y los protagonistas son las partes.

La conciliación en sede no judicial, comparte algunos de los elementos esenciales detallados. La doctrina señala como diferencia fundamental el rol del tercero facilitador de la comunicación. El conciliador es proactivo e interviene en la generación de la solución del conflicto. Si bien se mantiene imparcial respecto a las partes y no emite juicios de valor, puede proponer opciones, sugerir soluciones, aportar información, analizar resultados negativos y positivos, y en consecuencia llegar a una solución “co-gestionada” entre los interesados y el conciliador.

En relación a la actividad del mediador, considero que en la práctica y, para el mejor logro de sus fines, puede plantear opciones, sugerir escenarios y estimar resultados, sea en las sesiones conjuntas o en las sesiones privadas.

Ni el mediador ni el conciliador deciden o resuelven el conflicto, ni determinan qué es lo legal o lo justo o lo mejor, ni asesoran individualmente a las partes. No tienen poder sobre el conflicto ni sobre las partes; y son siempre estas quienes llegan voluntariamente a un acuerdo mutuamente aceptable.

En forma genérica estos métodos se designan como “*métodos alternativos de resolución de disputas*” (ADR-RAD) en el entendido que son alternativos frente a la opción tradicional que son los tribunales estatales. También se les conoce como “*medios concertados de resolución de conflictos*” “puesto que requieren una primera y mínima avenencia de las partes: su decisión de intentar atacar el conflicto por sí mismas, o aún recurriendo a un tercero decidor como el Arbitro, pero siempre en una postura de elegir un camino común y no de iniciar la acción una parte y arrastrar a la otra a transitar por la senda jurisdiccional estatal”⁶¹⁴.

El éxito de estos métodos radica en que las partes sientan que con el acuerdo que asumen libremente, ganan algo que antes no se tenía, o que

⁶¹⁴ Siri García, Julia: “La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos” (XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 2001). Asociación de Escribanos del Uruguay, 2001, p.17).

se les había negado; que han satisfecho intereses y/o necesidades; y que de su cumplimiento obtendrán ventajas aceptables. Estas ventajas no necesariamente serán jurídicas, serán las adecuadas a sus circunstancias sin contravenir el orden jurídico.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL

La conciliación y la mediación son métodos reconocidos en distintas leyes nacionales, con criterios de especificidad en cuanto al ámbito de aplicación.

Históricamente Uruguay, ha sido partidario de la solución pacífica de controversias, y en el ámbito internacional ha firmado y ratificado numerosos Tratados.

La Constitución vigente se pronuncia a favor del arbitraje y de otros medios pacíficos para resolver conflictos en forma amplia (Art. 6,10, 57 y 255).

El Código General del Proceso (C.G.P. Ley 15.982 de año 1989 artículos 223, 224, 293 a 298, 337, 341, 346, 472 a 507), regula y reconoce la autocomposición, permitiendo a las partes y sus abogados junto a los jueces negociar un acuerdo que ponga fin a un litigio en cualquier estado del proceso o en forma preliminar. De conformidad con la norma constitucional el C.G.P. (Art. 293) establece que antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado; y por ser la regla general la preceptividad, determina las excepciones (art. 294). A la conciliación acordada ante los tribunales se le reconoce la misma eficacia de la sentencia ejecutoriada.

Están excluidos de conciliación judicial previa los procesos de jurisdicción voluntaria, los procesos penales y laborales, y todos aquellos en los cuales la ley expresamente la excluye.

En materia laboral, la Ley 14.188 del 5 de abril de 1974 dispone que en los Juzgados Letrados de Trabajo no podrá iniciarse un juicio sin haber tentado previamente la conciliación ante las oficinas del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, cualquier demanda judicial derivada de relaciones laborales, deberá estar precedida de una instancia conciliatoria administrativa. Si la conciliación es exitosa no habrá juicio, si se frustra el Acta de Inútil Tentativa de Conciliación habilitará la iniciación del proceso judicial.

La Ley 16.995 del 26 de agosto de 1998 de Conciliación fija a los interesados los requisitos mínimos para recurrir a los métodos concertados de resolución de conflictos, y en su artículo 2º dispone: "En todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado, desde el comienzo hasta su culminación. No se requerirá firma letrada ni asistencia letrada en la audiencia en los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 UR (veinte unidades reajustables). Los asuntos no susceptibles de estima-

ción pecuniaria requerirán firma en la presentación y asistencia letrada en la audiencia”⁶¹⁵.

La Ley 17.707 del 17 de diciembre de 2003 en su artículo 11 dispone que se exceptúa de lo dispuesto en el inc.1º del art. 2º de la Ley 16.995, la mediación que se realiza por los órganos del Poder Judicial.

Es en los Centros Piloto de Mediación del Poder Judicial⁶¹⁶ donde se atiende en forma gratuita a los usuarios que prefieran resolver sus conflictos en una forma no adversarial⁶¹⁷. Asimismo, llegan casos derivados de los Juzgados de Menores, Penales y Faltas, de las seccionales policiales y de los centros asistenciales de Salud Pública. Estos Centros de Mediación trabajan con equipos interdisciplinarios integrados por asistentes sociales, abogados, notarios y funcionarios del Poder Judicial capacitados en mediación y técnicas de negociación, y abarcan asuntos de interés social, familiar, vecinal, civiles y de menores. Por su ubicación geográfica dentro de Montevideo⁶¹⁸, prestan un valioso servicio de consulta y derivación a otras instituciones, y permiten acercar la Justicia a las zonas más carenciadas, y dar a las personas la oportunidad de solucionar sus problemas en su barrio, accediendo en forma fácil, rápida y gratuita a un procedimiento de mediación para resolver sus disputas y conflictos interpersonales.

La Ley 17.250 del 27 de julio de 2000 de Relaciones de Consumo dispone en su artículo 42 que compete a la Dirección del Área de Defensa del Consumidor⁶¹⁹: “F) Citar a los proveedores a solicitud del o de los consumidores afectados, a una audiencia administrativa que tendrá por finalidad tentar el acuerdo entre las partes. La incomparecencia del citado a esta audiencia se tendrá como presunción simple en su contra. Sin perjuicio de ello, en general, podrá auspiciar mecanismos de conciliación y mediación para la solución de conflictos que se plantee entre los particulares en relación a temas de su competencia”. Para iniciar el procedimiento, el consumidor debe acreditar su relación con el proveedor mediante la factura. En caso de no tenerla, igualmente puede reclamar ante el organismo, que busca solucionar el conflicto a través de los mecanismos de conciliación y mediación, citando al consumidor y al proveedor a una audiencia administrativa en presencia de un funcionario, quien buscará el acuerdo entre las partes. ADECO no puede obligar al proveedor a asistir.

⁶¹⁵ La unidad reajutable es una medida de valor oficial, variable mensualmente. A diciembre de 2004 equivale a pesos uruguayos 248,68 –aproximadamente US\$ 10.

⁶¹⁶ Fueron creados por la Acordada 7.276 del 14 de febrero de 1996 de la Suprema Corte de Justicia, dentro del Programa “Pro-Iustitia” con apoyo del BID.

⁶¹⁷ El objetivo manifiesto es fomentar la mediación en asuntos de relevante interés social.

⁶¹⁸ Montevideo, es la capital del Uruguay, y tiene una población aproximada de 1.500.000 habitantes.

⁶¹⁹ ADECO depende del Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Comercio, que es la autoridad se aplicación de las normas sobre defensa de la competencia, www.defcon.gub.uy.

El consumidor puede, además de buscar un acuerdo con un proveedor determinado (por ejemplo: para hacer valer la garantía de un electrodoméstico), realizarle simultáneamente una denuncia en caso de incumplimiento de la ley de relaciones de consumo (por ejemplo: el certificado de garantía es irregular). En este caso correrán dos actuaciones paralelas: por un lado se intentará que lleguen a un acuerdo y; por el otro, el organismo investigará y podrá aplicar una multa por no cumplir con la ley. En su caso, también podrá tramitar una denuncia ante la Dirección General Impositiva por incumplimiento a las normas impositivas (por ejemplo: factura irregular). Los servicios se brindan en forma gratuita a los consumidores, y entre enero y septiembre del año 2004 se realizaron 2.629 conciliaciones, 1.069 audiencias administrativas y 312 denuncias⁶²⁰.

5. SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A nivel del Poder Judicial las normas determinan claramente el ámbito preceptivo de aplicación y sus excepciones, califican el tipo: conciliación o mediación, y también establecen las oportunidades (previo al proceso o intraprocesal, o voluntarios) y las sedes: Juzgados de Conciliación, Juzgado de Conciliación y Mediación de la 3ª sección judicial de San José, Centros Pilotos de Mediación del Poder Judicial, y las oficinas del Ministerio de Trabajo.

A modo de resumen, podemos concluir que el sistema jurídico uruguayo reconoce los métodos de conciliación, mediación y arbitraje, y admite su aplicación en forma generalizada (prejudicial, judicial, administrativa y extrajudicial), poco reglada y con preeminencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

5.1. La conciliación

En el C.G.P. el método regulado es la conciliación. El juez reunido en audiencia con las partes y sus letrados patrocinantes intenta que expongan sus aspiraciones, y propone fórmulas para que se llegue a un acuerdo evitando un proceso judicial posterior. Esta audiencia es presidida y dirigida por el Juez, quien cumple las formalidades requeridas legalmente. El convenio que surja tendrá la eficacia de una sentencia ejecutoriada. Si en la Audiencia las partes no logran ponerse de acuerdo, quedará abierta la vía judicial propiamente dicha.

Similar procedimiento (formal y oficial) es el que desarrollan las Oficinas de Trabajo del Ministerio de Trabajo que existen en todo el país.

⁶²⁰ Declaraciones de la Directora de ADECO Susan Weissel al diario *El País*, diciembre 2004.

Tanto el Juez como el funcionario de la Oficina de Trabajo, son terceros que se interrelacionan con las partes y sus abogados, e intervienen activamente en la generación de soluciones.

La práctica indica que la renuencia de los jueces para actuar como conciliadores y usar técnicas de negociación y, su poca especialización en estos métodos, sumado a la cultura adversarial, a la falta de tiempo, y a la preferencia de los abogados por los "juicios", han transformado a la conciliación previa en un trámite a cumplir y se contrarresta así su resultado exitoso. Por otro lado, sucede que las partes temen hablar pues piensan que lo que digan puede ser usado en su contra; o llegar a hacerse público, lo que les aparejaría consecuencias no deseadas. Los datos estadísticos para el año 2002 indican que de las conciliaciones realizadas en los Juzgados de Paz y en los Juzgados de Conciliación solo un 7% finalizó en acuerdos. Por el contrario la evolución en el éxito de la Mediación en los cinco Centros Piloto del Poder Judicial, desde el año 1996 ha sido creciente. Durante el período 1996-2000 se llegó a un 80% de acuerdos, y en el año 2003 se llegó a un 90% de acuerdos en las mediaciones realizadas⁶²¹. De estos acuerdos aquellos que se trabajan en forma coordinada con la Defensoría de Oficio de Familia, tienen la ventaja de ser homologados judicialmente. Sin duda la experiencia de la Mediación demuestra que se ha mejorado el acceso al sistema de justicia, y que existía un nicho social a tener en cuenta y darle respuesta.

5.2. La mediación

Fuera de los estrados, las partes tienen el derecho de elegir quién atenderá su disputa o litigio, y cuál es el método, tienen el derecho de abandonar el procedimiento en cualquier momento, y tienen el poder de decisión. Esta capacidad decisoria final si bien no debe ser antijurídico, es independiente del conocimiento jurídico y de la aplicación del derecho vigente. En este sentido cabe recordar que el mediador no requiere tener una capacitación jurídica, y que en Uruguay no hay una normativa que regule especialmente la Mediación, que diga en qué consiste o cómo procede; sino referencias a este mecanismo de negociación asistida.

Por último, las partes tienen el poder de dotar de mayor fuerza ejecutiva al acuerdo, y requerir la intervención del Notario de su confianza, para que recoja el consentimiento, de fe del otorgamiento y certifique las firmas, o lo protocolice, o autorice una escritura de transacción.

El Notario Hugo Pérez Montero sostiene con razón que "la actual tendencia de defensa del ámbito de la libertad del individuo, de la autonomía de su voluntad, así como la lentitud y complicación de la marcha de la

⁶²¹ Fuente: Poder Judicial.

Justicia, ha promovido el desarrollo de los ya existentes medios alternativos de solución de conflictos, en busca de lo que la doctrina moderna llama “desjudicialización de la Justicia” para canalizar el deseo de evitar o terminar los conflictos cuanto antes, con el aporte y la decisión de los propios titulares del interés en juego, bajo la dirección de un tercero imparcial y especialmente preparado para acercar a las partes a discutir su problema para que ellos mismos encuentren sus propias y comunes soluciones”⁶²².

A nivel privado las agremiaciones profesionales (contadores, médicos, abogados, etc.), los centros académicos y varias organizaciones no gubernamentales son los impulsores de la difusión, capacitación y fortalecimiento de la mediación.

En el año 1995, la Bolsa de Comercio y Servicios del Uruguay creó el Centro de Conciliación y Arbitraje. También el Centro de Investigación y Estudios Familiares (C.I.E.F.) practica la mediación en conflictos de familia desde hace algunos años; y la Asociación A.D.U.S.S. atiende conflictos de usuarios del sistema de salud (relación médico-paciente e instituciones de asistencia).

Los Notarios, como técnicos del derecho insertados en la comunidad, hemos entendido que no podíamos quedar ajenos al aumento de las disputas, controversias y litigios en nuestra sociedad, y que los métodos de negociación asistida, eran un camino propicio para lograr una pacífica convivencia y colaborar con la actividad jurisdiccional del Estado. El resurgimiento internacional de estas formas de autocomposición milenarias, propició que en el año 1996, la Asociación de Escribanos del Uruguay promoviera la profundización del estudio de los métodos ADR⁶²³, y en el año 1997 se creó la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje con el objetivo entre otros de fomentar y expandir la utilización de los medios alternativos y pacíficos de resolución de conflictos.

Desde el año 1997 se han impartido cursos de capacitación y especialización en Mediación y en Arbitraje; y el 15 de noviembre de 1999 se aprobó el Estatuto del Centro⁶²⁴ de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que bajo el nombre de Centro de Resolución de Conflictos inició sus actividades oficiales el 30 de octubre de 2003, con el objetivo de poner a disposición de las personas involucradas en un conflicto medios rápidos y eficaces para alcanzar una pacífica solución, en un ámbito institucional de reserva y confidencialidad.

⁶²² Pérez Montero, Hugo: “La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos” (XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas - 2001) Asociación de Escribanos del Uruguay, 2001 p. 192.

⁶²³ XXXVII Jornada Notarial Uruguaya “Prof. Esc. Guillermo Serván Bauzón” “Solución de Controversias. Medios Alternativos a la Jurisdicción Estatal. El escribano ante los medios alternativos de solución de conflictos”. Paysandú, octubre de 1996.

⁶²⁴ www.mediacion.com.uy

6. CENTRO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY: LA MEDIACIÓN

El Centro de Resolución de Conflictos (CRC) aplica la negociación asistida, la conciliación, la mediación y el arbitraje en el ámbito privado. Es la persona física o jurídica requirente quien elige el procedimiento de su preferencia.

La prestación del servicio de Mediación prevista por el Reglamento de Funcionamiento del Centro sigue los lineamientos generales para este tipo de procedimientos, y se caracteriza porque el mediador es un notario en actividad, con un mínimo de 5 años de incorporación a la matrícula y socio de la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU). Además son requisitos necesarios para integrar el Registro de Mediadores y Conciliadores del Centro: tener una capacitación mínima en mediación de 60 horas; asistir a las actividades de profundización y actualización que determine el Centro; no haber sido sancionado con suspensión o inhabilitación para el ejercicio de la mediación o de cualquier profesión universitaria; brindar sus servicios en forma gratuita a personas carentes de recursos en la forma y condiciones que determine el Centro, y ser admitido por la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos, previa consulta al Consejo de Administración del Centro⁶²⁵.

La función notarial es típicamente antiprocesal, y la frase “Notaría abierta, Juzgado cerrado” define nuestra actividad preventiva del litigio y resume su contenido pacificador. En nuestra Asociación, el mediador es Notario de origen, capacitado en métodos concertados de resolución de conflictos; y esta característica agrega un valor al servicio prestado. Esta función que se integra a las demás funciones notariales que cumple, no es un espacio nuevo sino un territorio olvidado. El Notario ha interactuado desde siempre con las más variadas conductas de intercambio armonizando intereses; ejerciendo su ministerio a pedido de parte, en forma imparcial, confidencial, y reservada; por lo cual creemos que todo notario es un potencial eficaz mediador. Su formación académica y ética, y su entrenamiento notarial, le permiten *a priori* desarrollar mejor que otros profesionales los métodos de autocomposición; y si además incorpora técnicas de comunicación y de medios de negociación y métodos ADR desempeñará su rol de mediador para el cual parece estar llamado naturalmente; en forma profesional y especializada.

¿Cómo funciona la Mediación? La Mediación⁶²⁶ es un servicio dirigido a particulares, asociaciones, sociedades y diferentes grupos de interés o entidades jurídicas; confidencial, arancelado; rápido y módico en relación

⁶²⁵ Estatuto del Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay, art.9.

⁶²⁶ info@mediacion.com.uy

al tiempo y costos de un juicio sencillo, estructurado de acuerdo a reglamentaciones internas de funcionamiento.

La mediación como proceso se puede dividir en cuatro etapas:

RECEPCIÓN. Siempre es *mediación voluntaria*, pues su existencia depende de que las personas decidan por ellas mismas, sin intromisión institucional alguna, concurrir al CRC y solicitar la intervención de un mediador. Los asuntos que se reciben son en su mayoría de materia civil, comercial o de familia, y pueden llegar al CRC como forma de evitar acudir a un Juzgado, o durante un juicio para obtener una solución negociada y poner fin al proceso judicial. El receptor es un mediador.

ADMISIÓN. El Centro recibe al solicitante, lo informa del funcionamiento del servicio; indaga someramente el motivo por el que concurre y resuelve si está dentro de sus facultades atender el asunto específico; estando limitado únicamente por las leyes prohibitivas y las materias de orden público; por lo cual quedan excluidos los casos en materia penal, derechos inalienables, y la materia laboral y de menores, tuteladas legalmente en forma especial; y los temas de ética entre colegas. Admitido el asunto, se le explican al requirente los aspectos esenciales del proceso al que ha elegido someter su conflicto, confirmando su voluntad de participar, y se consignan en la solicitud los datos del solicitante; los datos del invitado que habrá de venir a las sesiones de mediación; brevemente el tema de la problemática y el valor estimado⁶²⁷ y el mediador elegido del Registro de Mediadores del CRC. Además el Centro le designa un comediador. Posteriormente se cita por escrito al invitado, con un plazo mínimo de 15 días corridos. En la invitación constará brevemente el motivo, el nombre del solicitante y el nombre del mediador y el del comediador; pudiendo el invitado recusar a los designados. Si este no concurriera podrá ser citado hasta por una segunda vez; y de no concurrir se da por finalizado el procedimiento. Las mediaciones se realizan siempre en la sede del Centro; y el solicitante tiene la opción de delegar la elección del mediador en el Centro. En esta etapa, el solicitante debe abonar por gastos administrativos dos unidades reajustables⁶²⁸; y posteriormente y previo al inicio de procedimiento ocho unidades reajustables, que le aseguran 4 horas de mediación como mínimo.

SESIONES. Cada asunto puede llevar más de una reunión de las partes y el mediador, *sesiones conjuntas* y también podrán haber *sesiones privadas*, del mediador con cada una de las partes. En los asuntos donde la ley

⁶²⁷ El monto del asunto determinará la necesidad o no de asistencia letrada obligatoria; art. 2 de la Ley 16.995.

⁶²⁸ Para ilustrar al lector, equivalencia aproximada US\$ 20.

exige asesoría letrada, el abogado deberá participar de todas las reuniones de su cliente con el mediador. Su rol es presencial, y de asesoramiento, y no sustituirá la actividad de su cliente; pudiendo en cualquier momento solicitar salir de la sala y conversar con este en forma privada. En la fase de *apertura*, la mediación comienza con la *sesión conjunta inicial*, en la cual el mediador hace el *discurso de apertura*, que comprende los saludos y presentación, un informe sobre el procedimiento y las reglas que se seguirán para el diálogo, la descripción breve de su función y la de los asesores presentes; y la firma de un convenio de confidencialidad entre todos los presentes, incluido el mediador y todo tercero que asista (asesor letrado, traductor, perito, etc.). Luego, comienza la fase de *confluencia*, en la cual se entra a tratar el fondo del asunto, que se caracteriza por la conducción del proceso y la búsqueda de intereses comunes que servirán de base al acuerdo final. Cada parte relata su problema, comenzando por el solicitante, quedando expuesto el conflicto en su forma bruta. Escuchadas las versiones de uno y de otro, el mediador formula preguntas, aplica técnicas de parafraseo, y procura que las partes dialoguen. El mediador debe organizar la información de manera coherente, identificando áreas neutrales, prioridades de las partes, contradicciones, posiciones e intereses. El mediador evalúa la agresividad de las partes, su apertura al diálogo, y la distancia de las posiciones de cada uno. Si lo cree útil podrá proponer sesiones privadas a cada parte, en igualdad de condiciones. Es decir el mismo tiempo le dedicará a cada una, y solo trasladará a la sesión conjunta aquello que la parte le haya autorizado a decir. El mediador podrá recurrir a todas las estrategias que considere adecuadas para facilitar a las partes la comprensión de la visión del otro, para que aumenten el conocimiento recíproco y, desarraiguen ideas erróneas y, las reemplacen por ideas nuevas que hagan consciente otras posibilidades. En este camino, de aplicar estímulos para que las personas puedan manejar situaciones molestas del pasado, aprender de los errores, y estar disponibles para compartir posibilidades nuevas, y resolver cooperativamente sus conflictos; consideramos que el mediador puede utilizar herramientas típicas de la conciliación, como es sugerir opciones en pos del acuerdo.

CLAUSURA. En la etapa de *clausura* el mediador hará un resumen de lo dicho, destacará las coincidencias, replanteará las posiciones y los intereses, explicitará todas las propuestas de solución y “desnudará” el conflicto en sí mismo. De no surgir la solución consensuada en forma espontánea, podrá provocar un torbellino de ideas, de forma tal que las partes puedan analizar las ventajas y desventajas de un potencial acuerdo, y salir de sus trincheras. Si las partes arriban a un acuerdo, el mediador lo redacta, y previa lectura, lo firman todos los presentes. De no lograrse un acuerdo se cierra el procedimiento; lo cual también se consigna por escrito en forma breve en un acta de inútil tentativa. En ambos casos, se destruyen las notas que haya tomado el mediador.

EL MEDIADOR. Es un Notario en actividad, capacitado en mediación, que tiene la responsabilidad de actuar bajo determinados principios profesionales, técnicos y éticos. Sus responsabilidades institucionales lo obligan a brindar sus servicios en forma gratuita con el propósito de facilitar la resolución de conflictos entre quienes no cuenten con los recursos económicos para costear el procedimiento, a juicio del Centro. Lo obligan además a asistir a actividades de profundización, y cursos de actualización, y cumplir actividades técnico-gremiales para el mantenimiento del servicio, y aceptar la designación, salvo causa justificada.

Sus responsabilidades funcionales lo obligan a respetar las normas éticas, proceder con la debida diligencia y, a garantizar a las partes confidencialidad, ecuanimidad e imparcialidad. *La confidencialidad es esencial*, y por eso nace con el procedimiento mismo. En el momento que la persona se presenta a solicitar una mediación, comienza lo que llamamos confidencialidad interna. Todos los participantes en las distintas etapas deben respetarla y, en consecuencia son confidenciales las actuaciones del receptor, de los funcionarios encargados de las tareas administrativas y, los expedientes. En cuanto a la confidencialidad externa, la obligación del mediador es total. Al inicio de la mediación, informará a las partes y a sus asesores que no podrán divulgar lo que conozcan a través del proceso, y se otorgará un convenio preliminar que contendrá la obligación de confidencialidad, la aceptación de los mediadores designados y la exención de responsabilidad del A.E.U. en el entendido que la función del mediador es personal y consiste en ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente una solución para sus divergencias.

El mediador solo podrá abandonar la obligación de guardar confidencialidad por orden del Juez. El mediador receptor no podrá ser el mediador del asunto e, igualmente siguiendo las normas generales de derecho, quien fue mediador de un asunto, no podrá ser árbitro de la misma controversia.

Si antes de iniciarse el proceso o durante su desarrollo el mediador conoce circunstancias que comprometen su *ecuanimidad* o *neutralidad* puede abstenerse. En cualquier caso, si bien consideramos que es un tema de conciencia; es positivo que manifieste a las partes cualquier causa que pudiera afectar la neutralidad e imparcialidad de su función. El mediador está obligado a auxiliar a todas las partes por igual, a tratarlos en forma balanceada y no favorecer la posición de ninguno, se mantendrá equidistante y no los asesorará ni les dará consejos de ningún tipo. Usará herramientas claras y prácticas de comunicación, intentando que las partes puedan expresarse por sí mismas, y descubrir sus intereses. Su lenguaje, como bien lo expresa el Reglamento Notarial Español, será claro, conciso y sencillo para que pueda ser entendido por cualquier persona; su estilo será componedor para generar un ámbito amistoso y respetuoso, su actitud será equilibrada para sembrar confianza y neutralizar prejuicios.

CONVENIO FINAL. La *mediación exitosa* culmina con una solución, que el mediador redacta en el momento de llegarse al acuerdo. Previa lectura, las partes lo otorgan y suscriben, junto con sus asesores y el mediador, recibiendo una copia cada uno. Este documento es un contrato privado del cual surgen obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; y cada parte podrá optar por incorporarle las formalidades que desee a los efectos de dotarlo de mayor valor ejecutivo y fuerza probatoria. Es decir, los interesados pueden convocar al Notario de su confianza y solicitar certificación de firmas y/o protocolización, o escritura pública de transacción; o presentarlo ante el Juez de la causa para su homologación. En el caso de que una de las partes no cumpla con lo convenido se podrá iniciar un juicio por incumplimiento de contrato. La efectividad del acuerdo logrado radica en su propia génesis, la solución alcanzada debe ser satisfactoria para ambas partes y, deben percibir que obtendrán provechos de su cumplimiento. Del hecho de la clausura de la mediación sin acuerdo, o *mediación frustrada* el mediador labrará un acta de inútil tentativa, cuya copia se archiva junto con la ficha de solicitud y copia de las invitaciones cursadas; que serán los únicos elementos que podrá aportar el Centro en caso de una requisitoria judicial.

7. CONCLUSIONES

A modo de resumen, y de acuerdo a lo expresado, podemos concluir que:

1. A lo largo de la vida, todas las personas de una manera u otra hemos negociado para conseguir determinadas metas personales que dependen de la cooperación de otras personas. En consecuencia los métodos de negociación asistida no nos son ajenos, y ciertamente son una posibilidad real y efectiva de enfrentar la conflictividad en la sociedad moderna.
2. Uruguay participa de la expansión internacional que tiene la cultura de la negociación de las controversias, y se reconoce tanto a nivel del Poder Judicial, como en los ámbitos privados, que los métodos ADR son una alternativa que contribuye a alcanzar el ideal de Justicia. La mediación ha logrado destacarse entre ellos, como un medio efectivo de pacificación, generador de justicia interpersonal a través de la participación directa de los involucrados en un conflicto, con asistencia de un tercero.
3. Las figuras de la conciliación y la mediación, son consideradas doctrinariamente como diferentes. En la práctica, creemos que el mediador como conductor del proceso, debe ser flexible, y usar las herramientas que estime adecuadas a la naturaleza del conflicto, su evolución y las necesidades de las partes.

4. La mediación será ciertamente exitosa si se cumple *in totum* el acuerdo final. Sin embargo, si bien el objetivo es un acuerdo final que sea visto como justo por todos los involucrados y que se cumpla, consideramos que sus resultados positivos no dependen de ese logro, y además lo exceden puesto que cumple un cometido social, recuperando una conducta naturalmente componedora, en la cual “la alternativa” sería recurrir a los tribunales.
5. Si no se llega a un acuerdo, o este no se cumple; igualmente la mediación es beneficiosa para las partes, pues probablemente haya cumplido otros cometidos: las partes restablecieron una comunicación personal y directa, y pudieron analizar con nuevos ojos el conflicto que las enfrenta y a la vez las une; las partes pudieron satisfacer parte de sus necesidades pues encontraron un ámbito donde ser escuchados y decir su “verdad”. Con posterioridad pueden surgir acuerdos indirectos o parciales, y conductas de reconocimiento a los intereses del otro, preventivas de la escalada del conflicto. Con acuerdo o sin acuerdo, la mediación crea una predisposición favorable al diálogo, fomenta valores de tolerancia y respeto, y de prevención de litigios al dotar a las personas de habilidades nuevas.
6. Dentro del Notariado, la visión de futuro y la perseverancia de muchos Notarios que aportaron su esfuerzo para dotar a la Asociación de un Centro de Resolución de Conflictos, nos permite afirmar que la mediación tiene un espacio ganado.
7. La vigencia de los métodos ADR depende de la sociedad uruguaya en cuyas manos está el apropiarse de estos métodos y aplicarlos. Para ello hace falta que los operadores del derecho los divulguen, que se informen y capaciten, especialmente los abogados que son un factor coadyuvante al momento de asesorar a sus clientes, e informarlos de otras opciones de avenirse con la contraparte.

El desafío y la propuesta es dar a conocer la mediación, y lograr que los potenciales usuarios conozcan su existencia, puedan entender qué es y perciban que pueden hacerse cargo de la resolución de sus conflictos.

Estas consideraciones finales además, me sugieren una propuesta nacional: que nuestra legislación se adecue a la Constitución⁶²⁹, y participe de la filosofía universal de la mediación, reconociéndole su naturaleza diferente a los procesos judiciales, y abandone conceptos adversariales y paternalistas, permitiendo que las personas decidan si quieren o no, estar asistidas por un asesor letrado.

⁶²⁹ Art. 10 inc.1º Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Asociación de Escribanos del Uruguay. Informe Especial: La función notarial en la economía de mercado. VII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998.
- CASTANEDO ABAY, Armando. Mediación. Universidad de Sonora. México, 2001.
- MANTELLINI GONZÁLEZ, Pedro. Del arbitraje a la mediación/conciliación. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Estudios en homenaje al Prof. Enrique Véscovi. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay, 2000.
- PÉREZ MONTERO, Hugo. La Función Notarial, función preventiva de litigios. El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos. A.E.U. Uruguay, 2001.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. Bases fundamentales de la Mediación, Conciliación y Arbitraje (Interno e Internacional), serie documentos. A.E.U. Uruguay, 2002.
- SIRI GARCÍA, Julia. La Función Notarial, función preventiva de litigios. El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos. A.E.U. Uruguay, 2001.
- SIRI GARCÍA, Julia y MORAES de REAL de AZÚA, Laraine. Mediación: trascendencia social, aplicación y límites. Congreso Internacional de Administración de Conflictos, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- SOSA SUÁREZ, Adriana y SARASÚA Mario. Solución de Controversias. Medios Alternativos a la jurisdicción estatal. A.E.U. Uruguay, 1996.

URUGUAY: EN LA BÚSQUEDA DE UNA POLÍTICA DE ESTADO EN MATERIA DE ARBITRAJE

DR. RUBÉN B. SANTOS BELANDRO⁶³⁰

Sumario: 1. Introducción, 2. El Código General del Proceso, 3. El arbitraje interno, 4. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, 5. La jurisprudencia estatal en la materia arbitral, 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uruguay, como la mayoría de los países latinoamericanos, se sustentó en el pasado sobre una base fuertemente territorialista dentro de cuyos elementos principales figura la defensa del Estado, de su soberanía, de su integridad estructural y de sus prerrogativas. En el ámbito de las relaciones internacionales la autonomía de la voluntad de los particulares se encontraba excluida en cuanto a la elección del derecho aplicable y de la jurisdicción competente. En este último caso la libertad solo era permitida en relación a las acciones personales patrimoniales dejándole al actor la opción de recurrir ante el juez del país cuya legislación era aplicable a la controversia o ante el juez del domicilio del demandado. En cuanto al arbitraje, el viejo Código de Procedimiento Civil de 1878 regulaba, por un lado el arbitraje interno, y por el otro el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero. No existían normas que atendieran los reclamos del comercio internacional en cuanto a permitir, desarrollar y reconocer el arbitraje privado internacional con la finalidad de resolver las contiendas entre los operadores suscitadas en dicho ámbito. En algunos sectores se había implantado el arbitraje legal obligatorio. Este panorama bastante restrictivo, de desconfianza hacia el arbitraje, y basado en un enfoque puramente procesal de la institución se encontraba imbricado en una cultura fuertemente estatista de la ciudadanía, la que considera al

⁶³⁰ Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho Internacional Privado. Árbitro internacional. Integrante del Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay y de la Bolsa de Comercio de Montevideo. Ha escrito numerosos libros sobre el arbitraje. rusan@adinet.com.uy

Estado, aún hoy, como el agente natural para regular sus problemas, pero además, en el prestigio que gozan los magistrados estatales, que quizás sea el de los más altos del continente.

El Código de Procedimiento Civil fue derogado en el año 1989 por un nuevo Código al que se denominó Código General del Proceso (Ley 15.982 de 6 de octubre de 1988), el cual insiste en el esquema anterior sin muchas innovaciones: regulación del arbitraje interno y reglas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Hubiera sido una oportunidad inmejorable para actualizar las normas sobre la materia arbitral sobre todo porque Uruguay fue uno de los pioneros en el intento de reformar el derecho procesal estatal en el continente al propulsar un Código Procesal Modelo para América, que intentaba asentar una justicia breve, de bajo costo y flexible, o sea, tratando de obtener las mismas ventajas que tradicionalmente le son atribuidas a la institución arbitral. Sin embargo, esa reforma no influyó sobre el arbitraje pues como veremos seguidamente, el Código General del Proceso adolece de rémoras de importancia.

Sobre el plano de los Tratados Internacionales cabe mencionar una extensa lista en que Uruguay forma parte y quizás sea en este ámbito donde se pueda observar una mayor innovación. Los *Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional* de 1889 y los homónimos de 1940 atendieron en el Título III lo referido a exhortos, sentencias y fallos arbitrales. Uruguay ha ratificado la *Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, de 10 de junio de 1958. La importancia que ha tenido para nuestro país su ratificación ha sido de suma trascendencia. En primer lugar, nos vincula con más de 120 países pues se ha convertido en un texto de vigencia universal. En segundo término –y esto es tan importante como lo anterior– Uruguay no formuló ninguna reserva respecto al Tratado, por lo que este regirá sobre todo litigio de carácter privado y no exclusivamente comercial, y eliminándose la reciprocidad como base de su aplicación al primar sus normas sobre los textos nacionales aun cuando el laudo arbitral provenga de un país que no ha ratificado el mencionado Convenio. Además, se ha ratificado la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, elaborado en la C.I.D.I.P.I en 1975, bajo los auspicios de la OEA, al igual que otros 12 países de la región; una ratificación considerada alta si examinamos la tabla de ratificaciones de los demás Tratados emergentes de dicho organismo. También la *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, de 1979. Y más recientemente, como socio fundador del MERCOSUR, Uruguay ratificó el *Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR* de 23 de julio de 1998. En conclusión, la innovación aparece más bien sobre el plano internacional que sobre el interno. No obstante, es delicada la situación que se plantea en cuanto a la convivencia de

tantos Tratados para regular la misma materia. Cada vez es más imprescindible que el país cuente con reglas que regulen los conflictos entre Convenciones. Si bien Uruguay forma parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sus normas son insuficientes para regular las especificidades del Derecho Internacional Privado.

Como dato auspicioso Uruguay ha presentado un proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basado textualmente en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El proyecto se ha limitado a cubrir los espacios dejados voluntariamente en blanco por la CNUDMI, respetando el resto. Dicho proyecto de ley cuenta con media aprobación (la del Senado), lo que habilita que pueda ser considerada en el nuevo período de gobierno y todo hace pensar que obtendrá la aprobación de la Cámara de Diputados. Recién en dicho momento el país contará con un texto nacional relacionado con el arbitraje comercial internacional realmente moderno y consustanciado con el nuevo enfoque que el comercio requiere.

2. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Como se ha mencionado el Código General del Proceso regula el arbitraje interno a lo largo de 35 artículos en el Título VIII, que se compone de seis Capítulos dedicados a: Disposición General, Cláusula Compromisoria y Compromiso, Constitución del Tribunal Arbitral, Procedimiento Arbitral, Ejecución del Laudo y Recursos contra el mismo y culmina con el Arbitraje Singular. Y luego regula en el Título X sobre Normas Procesales Internacionales, en el Capítulo IV, el Reconocimiento y ejecución de las Sentencias Extranjeras (7 artículos).

3. EL ARBITRAJE INTERNO

3.1. Ámbito de aplicación

Si bien el Código reconoce en el artículo 472 que “toda contienda individual o colectiva podrá ser sometida por las partes a resolución de un Tribunal Arbitral, salvo expresa disposición en contrario”, luego centra su regulación exclusivamente en la solución de los litigios de carácter contractual dejando fuera a las relaciones extracontractuales. Como existe un vacío legal corresponde acudir al artículo 15 del mismo Código que nos dice que en caso de vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de la leyes que rigen situaciones análogas, por lo que corresponde regular los litigios nacidos de las relaciones extra contractuales por las mismas reglas establecidas para el arbitraje que soluciona los litigios de naturaleza contractual.

3.2. El acuerdo arbitral

El Código uruguayo mantiene la distinción tradicional entre cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje y compromiso arbitral. Esta distinción se encuentra hoy en franco desuso en el derecho comparado, y la mayoría de las legislaciones se han volcado a favor de un tratamiento equivalente de ambos convenios en cuanto a sus efectos.

Resulta problemático determinar dentro del Código si el contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria tiene –por el mero hecho de su existencia– eficacia directa excluyente de la intervención de los tribunales. No se presentan dudas en el caso de que exista un compromiso formalizado de acuerdo a la ley, pero en tanto solo exista la cláusula compromisoria ¿cuáles serán sus efectos? El artículo 475 señala que “la cláusula compromisoria *supone* la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someten a la decisión de los árbitros”. El verbo suponer es demasiado blando a la hora de obligar a los jueces a la abstención y de adjudicarle competencia a los árbitros. Además, el artículo 477 indica la necesidad ineludible de proceder al otorgamiento de un compromiso arbitral, encargándose, por tanto, de señalar la falta de idoneidad de la cláusula compromisoria para conducir al arbitraje en forma directa. Todo esto es la consecuencia de no atribuirle los mismos efectos a los dos convenios, como lo hacen las nuevas leyes sobre el arbitraje, las que han suprimido la dualidad y elaborado una figura unitaria que se llama simplemente convenio arbitral o acuerdo de arbitraje.

Dentro del enfoque anticuado del Código, la cláusula compromisoria prepara el arbitraje. La ley no la considera un convenio arbitral potencialmente exhaustivo. Esta cláusula “deberá consignarse por escrito bajo pena de nulidad”. Por tanto, el requisito del escrito es indispensable; no abunda en detalles acerca del tipo de soporte escrito requerido, ni tampoco acerca de si debe ser impreso o manuscrito o los requisitos que deberá contener. No especifica tampoco si el escrito debe estar firmado por las partes o por sus representantes. En consecuencia, hay una cierta libertad en cuanto al modo de dejar constancia por escrito de la cláusula. Por lo menos en este punto hay un enfoque legislativo antiformalista. El requisito de la forma escrita es exigido *ad validitatem* y no *ad approbationem*, puesto que la ausencia de dicho soporte hará la cláusula nula. Dentro de este esquema es impensable una cláusula de arbitraje verbal. Como hemos expresado, la norma procesal no impone la inclusión forzosa de determinadas menciones. No obstante, deben incluirse aquellos elementos que de acuerdo a las características del caso concreto permitan la viabilidad del arbitraje. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la cláusula compromisoria no tiene plazo de vigencia o de caducidad.

3.3. El compromiso arbitral

La situación del compromiso arbitral –en cuanto a las exigencias formales de las que debe estar rodeado– son muy distintas de las requeridas para la cláusula compromisoria. Al compromiso arbitral se puede llegar únicamente mediante la utilización de dos vías legales:

- Mediante la formalización notarial del compromiso: donde nos encontraremos dentro de un ámbito de cooperación y armonía entre los sujetos involucrados, quienes colaborarán en el objetivo de elaborar su contenido. No se trata de cualquier formalización notarial la que deberá cumplirse sino que debe otorgarse en una escritura pública ante Notario.
- Mediante la formalización judicial del compromiso: pueden darse varias situaciones como, por ejemplo, cuando una de las partes que ha suscrito la cláusula compromisoria luego se opone a otorgar el compromiso arbitral. De producirse esta situación la contraparte podrá compelerlo judicialmente, dada la eficacia reconocida a la cláusula compromisoria para conducir al compromiso arbitral y, en el caso de asumir una posición recalcitrante, este compromiso será otorgado por el juez en su representación. En esta oportunidad, si bien hay una cláusula compromisoria previa, falta la cooperación *inter-partes* para proseguir con el trámite arbitral.
Pero también puede ocurrir que ambas partes actuando en armonía y cooperación se presenten ante el juez (aquel que hubiere sido competente de no mediar la cláusula compromisoria) dándole a conocer la voluntad común de proceder a la formalización judicial del compromiso. Dicho acuerdo generalmente ya vendrá preparado y será homologado por el juez. En esta situación puede haber o no una cláusula compromisoria previa.
En cualquiera de las posibilidades de formalización judicial, el magistrado se ceñirá a formalizar el compromiso arbitral y no a resolver sobre el problema de fondo.
- Formalización del compromiso en el transcurso de un juicio estatal sobre el mismo litigio: el artículo 474.2 le permite a las partes “hacer decidir por árbitros, las controversias surgidas entre ellas durante un juicio y cualquiera sea el estado de este, aun cuando se encuentre en la etapa de los recursos, o cualquiera que fuere la instancia”.
Como hemos visto, el Código uruguayo no impone que la cláusula compromisoria se encuentre firmada, aunque sí debe necesariamente estarlo el compromiso arbitral debido a la circunstancia de que este requiere de una formalización notarial en escritura pública o de una formalización judicial mediante acta o escrito de una o de las dos partes, homologado por el juez. Aun si una de las partes no colabora

en la formalización judicial firmará el juez en su representación y en cumplimiento de la cláusula compromisoria (artículo 478). Por tanto, el compromiso arbitral siempre estará suscrito por las partes o por sus representantes convencionales o legales. Una vez formalizado –ya sea judicial o notarialmente– el compromiso arbitral, obligará a las partes a estar y a pasar por lo estipulado en él y su otorgamiento impide a los Juzgados y Tribunales estatales conocer las cuestiones litigiosas disponibles objeto del compromiso. La vigencia del compromiso arbitral cuenta con un plazo de caducidad pues de acuerdo al artículo 479 señala que “iniciado el proceso arbitral (el compromiso arbitral) caducará por el transcurso de un año sin realizarse ningún acto procesal”. Guarda armonía con el artículo 233 sobre perención de la instancia en sede judicial, donde en primera o en única instancia el plazo también es de un año.

3.4. La autonomía de la cláusula compromisoria

Lo normal es que la cláusula arbitral se inserte como una cláusula más dentro del tipo contractual elegido por las partes. El Código General del Proceso –a espaldas de lo que se consagra en el mundo sobre la autonomía de dicha cláusula– no plantea el grado de autonomía que debe tener la cláusula compromisoria: si esta va a ser una cláusula negocial accesoria al contrato en el cual se inserta y seguir su destino o si, por el contrario, posee su propia autonomía conceptual y negocial diferente a la del contrato en el que se incluye. El Código no hace mención alguna al principio de la autonomía.

Para el otorgamiento se necesita capacidad de obrar del sujeto. En el Código Civil, la capacidad de obrar se ubica en la mayoría de edad, por lo que la persona física, mayor de edad, podrá suscribir cualquiera de los dos pactos. El menor emancipado puede suscribir un convenio arbitral pero necesita complementar su ámbito de disposición. En el caso de las personas jurídicas se debe reclamar la capacidad general para contraer obligaciones. La expresión de la voluntad debe ser inequívoca. Esta exigencia se manifiesta en un doble plano: acerca de la existencia misma de la voluntad de someterse a arbitraje y a la extensión de esta sumisión.

El Código procesal nada estipula respecto del alcance de la cesión de un contrato que contenga una cláusula compromisoria si esta se halla contenida en la cesión o si hay necesidad de ratificarla expresamente. Tampoco respecto de la subrogación o de la solidaridad. Pensamos que regirán los principios generales aceptados por nuestro sistema jurídico.

Dentro de los regímenes que admiten la dualidad “cláusula compromisoria –compromiso arbitral” hay que examinar la patología existente en ambos acuerdos de diferente manera. De existir una cláusula arbitral patológica, esto puede solucionarse al otorgarse el compromiso arbitral, que

actuará como un depurador de las imperfecciones que pueda manifestar la primera. En cambio, en la hipótesis de un compromiso arbitral con cláusulas patológicas el saneamiento a realizar por las propias partes interesadas puede volverse más complejo porque estas ya están enfrentadas. El convenio arbitral patológico sería aquel redactado de modo ambiguo, contradictorio, deficiente, con lagunas o de manera imperfecta. La Convención de Nueva York menciona que el juez tiene la obligación de remitir a las partes al arbitraje salvo que el acuerdo fuere ineficaz, nulo o inexistente. El Código no ha seguido este modelo y no menciona las facultades del juez ni las patologías susceptibles de hacer perder su eficacia a los pactos arbitrales.

3.5. El árbitro

El Capítulo III regula todo lo relativo a la constitución del tribunal arbitral. La regulación se centra más bien en el órgano encargado de juzgar y no como ocurre en el nuevo derecho comparado, en las cualidades que debe reunir el soporte físico de ese tribunal, o sea, el árbitro. Podrá actuar como árbitro toda persona física o natural que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y sea mayor de 25 años de edad. Su función será la de resolver la cuestión litigiosa indicada en el compromiso arbitral, previa aceptación expresa y bajo su firma del arbitraje. La expresión recogida por el Código de gozar del “pleno ejercicio de sus derechos civiles” significa estar dotado de la plena capacidad jurídica de obrar. En el derecho uruguayo se permite que la designación sea efectuada por una institución arbitral o por el magistrado. Pero la designación judicial tiene un carácter residual y solo procederá cuando no hayan sido nombrados por las partes o por el centro de arbitraje.

En cuanto a la designación judicial, la audiencia comienza con una invitación a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la designación de los árbitros mediante una conciliación intraprocesal que, en la práctica, no sirve de mucho. Cuando las partes no se ponen de acuerdo, se faculta al órgano jurisdiccional para que proceda a la designación de los árbitros. Según la ley uruguaya no pueden actuar como árbitros: los fiscales y los secretarios de los tribunales. En cuanto a designar a un juez como árbitro el Código Procesal no establece su inhabilidad, pero el artículo 252 de la Constitución de la República les prohíbe bajo pena de inmediata destitución “dirigir, defender o tramitar asuntos judiciales o intervenir fuera de su obligación funcional, de cualquier modo en ellos, aunque sean de jurisdicción voluntaria”.

No podrá actuar como árbitro quien tenga con las partes o con la controversia alguna de las relaciones que establezcan la posibilidad de abstención y recusación de un juez. Es causa de abstención o en su caso de recusación de jueces y magistrados, el tener un interés directo o indirecto

to en el pleito o la causa. El artículo 325 establece que “será causa de recusación toda circunstancia comprobable que pueda afectar la imparcialidad del juez por interés en el proceso en que intervienen o afecto o enemistad en relación a las partes o sus abogados y procuradores, así como por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento)”. Al recibir la notificación de su nombramiento los designados como árbitros están obligados a poner de manifiesto las circunstancias que podrían determinar su recusación. La ley establece un plazo de 10 días posteriores a la notificación del nombramiento o al conocimiento de los hechos posteriores para poder recusar. Una vez planteada una recusación el árbitro recusado debe abstenerse de intervenir, no puede continuar desarrollando el procedimiento arbitral, ni tampoco resolver sobre su recusación. Además, para la ley uruguaya la recusación no es un tema que pueda ser resuelto por el propio tribunal arbitral sino que deberá ser decidido por el juez estatal, aquel que hubiera sido competente de no mediar un acuerdo de arbitraje. Se seguirá en su dilucidación el trámite de los incidentes para la recusación de los jueces. El planteo de una causal de recusación tiene carácter suspensivo sobre el procedimiento arbitral, este se detendrá y solo podrá ser reanudado en el estado en que se hallaba cuando se hubiere designado al reemplazante. En el derecho comparado el trámite es totalmente diferente puesto que se busca evitar de cualquier modo la actuación de los jueces estatales en el arbitraje y generalmente se recurre a ellos como un último recurso.

En cuanto al número de árbitros, el Código no conoce la posibilidad de tribunales arbitrales de número par. El número de árbitro deberá ser siempre impar, dicha característica es preceptiva. La ley menciona uno, tres o cinco. Si las partes nada han pactado acerca del número este será necesariamente plural: tres o cinco; solo las partes pueden pactar un tribunal arbitral de composición singular. Cuando existe un colegio de árbitros se deberá nombrar un presidente; en algunos países lo será el de mayor edad, pero la ley uruguaya nada prescribe al respecto por lo que la libertad será total. El nombramiento de un secretario o secretaria se justifica solo en el supuesto en que los árbitros actúen colegiadamente. La designación es facultativa. La norma legal limita el acceso a la secretaría de un tribunal arbitral únicamente a los abogados o a los notarios.

Con la aceptación del arbitraje por escrito, por el o los árbitros, comienza la responsabilidad de estos y supone la obligación de cumplir fielmente el encargo de laudar la controversia. En el derecho uruguayo la exigencia de responsabilidad de los árbitros ha de seguir las pautas marcadas por la responsabilidad de jueces y magistrados, pudiendo aplicarse, entre otras disposiciones, el artículo 114 sobre la anulación de los actos procesales fraudulentos. Los árbitros pueden fijar colectivamente sus honorarios; la determinación judicial será para el caso de que las partes se lo hubiesen expresamente prohibido al tribunal arbitral. El baremo existente

para la fijación de los honorarios es el Arancel del Colegio de Abogados del Uruguay.

En un mundo donde se han perdido las lealtades y las solidaridades gremiales o comerciales, el ejercicio de la función arbitral se verá expuesto a dos objeciones importantes, por lo general con finalidades de chicana o bloqueo. La primera de ellas intenta alegar que el árbitro no es competente para resolver el litigio planteado; y la segunda, que la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral no es válida y, por tanto, resulta inhábil para conducir a la instancia arbitral. Respecto a la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia el Código General del Proceso nada expresa sobre el punto. Pero atendiendo a que en caso de que no se hubiere pactado un procedimiento arbitral este será el establecido para el juicio ordinario; dentro de sus disposiciones podemos encontrar que el juez en la primera audiencia resolverá sobre las objeciones a su competencia. Por lo que perfectamente se puede pensar que el árbitro gozará de iguales facultades. En cuanto al punto de determinar quién resolverá sobre los cuestionamientos a la validez de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral, esto podrá ser resuelto únicamente por los jueces estatales “si se rearguyere de falso, criminalmente, un documento o se plantearan cuestiones no susceptibles de ser sometidas a arbitraje”. En los demás casos, podrá resolver el propio Tribunal Arbitral; en forma muy residual, por cierto.

3.6. El procedimiento arbitral

El procedimiento es uno de los aspectos más importantes a la hora de valorar la institución pues en él se tensan los dos principios contradictorios que pugnan por imperar en el arbitraje: la autonomía de la voluntad y el control del Estado. El Código no señala principios específicos al arbitraje sino que sigue los principios generales. En consecuencia, deben respetarse los principios de audiencia, el de contradicción, el principio de igualdad y el de intermediación. La ley uruguaya señala que las partes tienen libertad en materia procesal y que, en el caso de su ausencia, las normas a atender serán las referidas al juicio ordinario. Este juicio se resume esencialmente en dos audiencias: la audiencia preliminar donde se fija el objeto del proceso y se reciben todas las objeciones, y la audiencia complementaria donde se recaba la prueba. El artículo 490 obliga al tribunal arbitral “en todos los casos, antes de iniciar el proceso y sin perjuicio de reiterarla en él cuantas veces lo entienda oportuno, a intentar la conciliación en audiencia que no podrá delegar en el árbitro sustanciador bajo pena de nulidad absoluta que se transmitirá a las actuaciones posteriores”. Si bien los árbitros deben actuar dentro de los límites establecidos por el pacto de las partes litigantes, el Código ha incluido un artículo (el artículo 491) donde se establece en forma muy conveniente que serán sometidas al tribunal

arbitral “todas las cuestiones conexas con lo principal que surjan en el curso del mismo”. Este artículo puede ser una base preciosa para aceptar que los árbitros puedan dictar medidas cautelares durante el procedimiento, pues su competencia no está reconocida en forma expresa.

3.7. El laudo arbitral y los recursos contra el mismo

De todas las resoluciones que puede dictar el tribunal durante el desenvolvimiento del proceso la ley procesal solo hace referencia en el artículo 496 al laudo arbitral final. Este deberá ser expedido dentro del plazo señalado en el compromiso o en su defecto, dentro de los 90 días hábiles a contar desde la primera actuación del tribunal, salvo acuerdo en contrario de las partes. La decisión final será tomada por mayoría, si esta no se obtiene, se permite el nombramiento de otro árbitro para que quiebre el desempate. Es muy curiosa la solución del Código pues el desempate será resuelto a través del nombramiento de un nuevo miembro, con lo que el tribunal resultará integrado por un número par. Con el testimonio del laudo se podrá iniciar el procedimiento de ejecución.

En cuanto a los recursos contra el laudo, el artículo 499 establece que “contra el laudo arbitral no habrá más recurso que el de nulidad”. Las causales son taxativas, fundamentalmente basadas en errores *in procedendo*. Por tanto, no habrá recurso de apelación de *plena cognitio* que permita revisar en segunda instancia lo ya decidido por los árbitros. El plazo para interponerlo será de 5 días siguientes a la notificación del laudo y se presentará ante el tribunal a quien hubiere correspondido entender en segunda instancia en el asunto si no hubiere mediado el compromiso. Se tramitará en la forma prevista para los incidentes, la ejecución del laudo quedará en suspenso y la sentencia que se pronuncie sobre la nulidad solo será susceptible de los recursos de aclaración y ampliación.

Es de lamentar que las causales estipuladas no se hayan plegado a las previstas por la Convención de Nueva York para rechazar el exequatur, como forma de tener uniformidad sobre el plano interno (en el caso del recurso de nulidad) y sobre el plano internacional (en lo atinente al exequatur). Y es tanto más lamentable por cuanto Uruguay, al momento de aprobar el Código General del Proceso, ya había ratificado la citada Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. La nulidad afectará a todo el laudo cuando se hubiere expedido fuera de término o por haberse negado los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante. Pero se reconoce la posibilidad de una nulidad parcial: cuando se ha expedido sobre puntos no comprometidos o por no haberse expedido sobre puntos comprometidos. No se hace mención a un ataque al orden público, a la falta de capacidad de las partes, y a otras causales usualmente consignadas en los textos relativos al arbitraje.

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Las normas del Código General del Proceso solo serán aplicadas para el caso de reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales extranjeros, en ausencia de un Tratado Internacional. Por tanto tienen aplicación prioritaria las Convenciones que hemos enumerado al comienzo. Algunas de ellas desplazan totalmente a las anteriores, en cambio otras contienen diversas cláusulas de compatibilidad lo cual hace a veces difícil saber con certeza cuál es la aplicable. Cabe reiterar nuevamente que ninguna de dichas Convenciones ha sido ratificada con reservas. Con referencia a la Convención de Nueva York tiene, en consecuencia, una vigencia universal y las normas del Código solo serán aplicadas si fueren más favorables.

La ley procesal prevé el trámite de *exequatur* para los laudos arbitrales de condena el cual se iniciará ante la Suprema Corte de Justicia. Una vez presentada la solicitud se dispondrá el emplazamiento y traslado por 20 días a la parte contra la que se pide el trámite, se oirá al Fiscal de Corte y se adoptará resolución –aceptando o rechazando el pedido– contra la que no cabrá recurso alguno. En caso de aceptación de la solicitud de *exequatur* el trámite de ejecución efectiva de la sentencia se realizará por el tribunal competente sin realizar discriminación alguna por tratarse de un laudo arbitral dictado en el extranjero.

5. LA JURISPRUDENCIA ESTATAL EN MATERIA ARBITRAL

La jurisprudencia estatal en materia arbitral ha sido durante décadas hostil a la institución, influida por la doctrina de Derecho Internacional Privado que no reconocía el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional. Si bien algunos textos de derecho positivo perduran manteniendo esa tesis, la ratificación por Uruguay de las Convenciones de Nueva York y de Panamá resquebrajaron una posición bastante monolítica de rechazo hacia el arbitraje y paulatinamente fueron apareciendo autores que destacaban la necesidad de una renovación para atender las necesidades del comercio internacional. La doctrina muestra aún hoy ciertos titubeos y una cierta ambigüedad a la hora de definirse a favor o en contra de la autonomía de la voluntad, por lo que la evolución más sólida ha provenido de la jurisprudencia y, especialmente, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º. Turno, que cada vez con mayor asiduidad va planteando principios no especificados en el cuerpo legal, favoreciendo el desarrollo del arbitraje internacional.

El caso más reciente de intervención de la justicia estatal en materia arbitral ha sido especialmente resonante. En líneas generales es el siguiente: durante el intenso período de privatizaciones ocurrido en Argentina y a raíz de la privatización de las actividades de la empresa pública SEGBA, el Esta-

do argentino constituyó a EDESUR para otorgarle la concesión de energía eléctrica sobre el sur de la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, pero como no quería quedarse con la citada sociedad, llamó a licitación para vender el paquete accionario de la que era dueña. Un grupo chileno (integrado por ENERSIS S.A. y sociedades constituidas en las Islas Caymán) y un grupo argentino (Grupo Pérez Companc) constituyeron una sociedad DISTRILEC S.A. para participar en la licitación, la cual ganaron. Como miembros de un consorcio y como accionistas de DISTRILEC S.A. ambos grupos celebraron varios contratos parasocietarios. En uno de ellos se acordó que ambos grupos compartieran en un mismo pie de igualdad el manejo de la sociedad inversora (DISTRILEC S.A.) y de la sociedad concesionaria (EDESUR).

La controversia entre los dos grupos de accionistas surge en el año 1999 y se centró en saber cuántos miembros del Directorio de DISTRILEC tenía derecho a nombrar cada uno de los grupos de accionistas, pues de ello se derivaría la mayoría del Directorio y el control de la empresa. Para el caso de discordia ya se había pactado un arbitraje conforme al Reglamento de la C.C.I. de París, donde en un principio se había pactado un arbitraje singular. Sin embargo, la cláusula compromisoria fue modificada con posterioridad y el Tribunal Arbitral pasó a estar compuesto por 3 miembros, designados uno por cada parte y el tercero por la C.C.I., lo que así se hizo. El tribunal quedó constituido por árbitros de nacionalidad colombiana, uruguaya y mexicana. Se convino que la decisión de los árbitros debía ser inapelable. Como las partes no habían establecido la sede del arbitraje, la C.C.I. la fijó en la ciudad de Montevideo y a desarrollarse en idioma español.

En el año 2000 el Grupo Pérez Companc inicia el arbitraje presentando demanda ante la Secretaría de la C.C.I. de París, y el grupo chileno contestó la demanda y presentó reconvenición. La parte actora presentó réplica y amplió la demanda. En abril de 2001 se otorga un Acta de Misión donde se ratificó el derecho argentino como derecho aplicable al fondo de la controversia, que el procedimiento arbitral debía generar un trato justo e imparcial para las partes, y que el laudo debía ser motivado. En noviembre de 2001 cada parte ofreció prueba, audiencia en la que se presentaron testigos y el experto en derecho. La audiencia fue transcrita y grabada en video y audio, entregándose a cada parte y a cada uno de los árbitros una copia de la transcripción.

¿Cuáles eran las pretensiones del grupo chileno? El grupo chileno consideró que ellos se habían transformado en socios mayoritarios por lo que solicitaron en la reconvenición que se declararan rescindidos los acuerdos parasocietarios, incluso el vinculado con la operación y el gerenciamiento de EDESUR, por los siguientes fundamentos:

- Que el contrato parasocietario no tenía plazo de duración y que por tal motivo era posible ponerle término en forma unilateral siempre que

la rescisión no fuere abusiva. La doctrina y jurisprudencia argentina avalan la acción rescisoria por falta de plazo, lo cual fue confirmado por el propio tribunal arbitral.

- Invocó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al considerar que se habían alterado las bases del negocio, lo que volvía desequilibrados los acuerdos celebrados y en su perjuicio.
- Que existía un abuso de derecho por cuanto el grupo minoritario no debería conservar un derecho de veto sobre todas y cada una de las decisiones de DISTRILEC S.A., por cuanto, de esta manera se estaba faltando el respeto al principio de las mayorías.

El grupo Pérez Companc sostuvo por el contrario, que cada uno de los grupos económicos debía conservar igual cantidad de Directores en DISTRILEC S.A. por las siguientes razones:

1. Que el plazo estaba determinado en forma tácita: se basó también en el CC. argentino, el cual considera que basta que haya un plazo implícito en un contrato para que se considere que este tiene plazo.
2. Que el plazo de vigencia del contrato parasocietario era el de duración de DISTRILEC S.A., pactado en 99 años, por la íntima relación existente entre el contrato parasocial y la persona jurídica sobre la que recaía dicho contrato. Este argumento luego fue avalado por el tribunal arbitral basándose en la doctrina argentina, en la española y en los *Principios aplicables a los contratos internacionales de UNIDROIT*.
3. Que aun cuando cada grupo varió a lo largo del tiempo su titularidad en el capital directo e indirecto en DISTRILEC –que por momentos llegó a ser el 72% de un lado y el 28% del otro– siempre se consideró que el Directorio debía tener una composición paritaria de los dos grupos. Este argumento también fue recogido por el tribunal arbitral pues consideró que uno de los fundamentos que condujo al grupo Pérez Companc a realizar la inversión y a encontrarla interesante por sustraerla de todo riesgo, fue la de tener la administración compartida en DISTRILEC S.A.

En septiembre de 2003 se dictó en Montevideo el fallo final. Un laudo arbitral excelente, de una calidad técnica y científica relevante y muy claro en sus conclusiones a pesar de lo complejo de la controversia, no dejando nada por examinar a lo largo de 173 páginas. En forma muy resumida, el tribunal arbitral examinó en primer lugar su propia competencia, luego consideró que el principio de trato justo e imparcial de las partes fue respetado a lo largo del proceso a cabalidad por el propio tribunal, sentó el criterio de que los *affidavits* de los autores y expertos en derecho argentino solo comportaban una interpretación de ese derecho, pero que, en última instancia la valoración última debía quedar a cargo del propio Tribunal

Arbitral; rechazó el pedido de rescisión del contrato al considerar que lo que existía era un plazo tácito de duración y no uno indeterminado; en cuanto a la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* sostuvo que el principio general a respetar en primer lugar era el principio *pacta sunt servanda* puesto que la cláusula *rebus sic stantibus* formaba parte de la patología de los contratos, por lo que no era aceptable admitir pretextos fáciles para escapar al cumplimiento fiel de las obligaciones contraídas, pues de lo contrario la vida de los negocios se vería afectada por la falta de seguridad. El fallo llegó a la conclusión de que no hubo un abuso de derecho por parte del grupo argentino y que, por tanto, no había derecho a rescindir los acuerdos parasocietarios que establecían que ambos grupos debían estar representados en DISTRILEC S.A. en forma paritaria. El laudo fue decidido por mayoría con el voto disorde del árbitro uruguayo.

El grupo chileno no quedó conforme con la decisión arbitral por lo que decidió interponer recurso de nulidad contra el laudo dictado. Al fijarse como sede del arbitraje a Montevideo, y al haberse dictado aquí el laudo final, entendió que le correspondía a la judicatura uruguaya resolver el recurso, considerando aplicable la legislación procesal de Uruguay, o sea, el Código General del Proceso. El mencionado grupo entabló recurso de nulidad ante el Tribunal de Apelaciones de lo Civil de 2º Turno por cuanto el mencionado Código establece que hay que interponerlo ante el tribunal que hubiere correspondido entender en el asunto en segunda instancia de no mediar un compromiso arbitral. Se consideró afectado en su derecho a la defensa pues no tuvo oportunidad de rebatir la afirmación de que el plazo de duración del contrato parasocial era el de duración de DISTRILEC S.A. de 99 años, causándole indefensión. Adujo además que el tribunal arbitral al continuar con el *íter* procesal se había extralimitado en sus atribuciones configurándose, por tal motivo, una grosera violación del debido proceso. Y, por último, que el compromiso arbitral no había sido otorgado de conformidad con el artículo 477 del Código que obliga, bajo pena de nulidad, a celebrarlo bajo forma notarial o judicial, algo que nunca ocurrió.

Lo primero que hizo el Tribunal de Apelaciones fue destacar su propia trayectoria “de vanguardia” en este tema, al acoger benévolamente tanto el principio de la autonomía de la voluntad como el propio instituto del arbitraje y aludió a una corriente de pensamiento que partía de dos fallos anteriores del mismo Tribunal, dictados en los años 1988 y 1992. Lo más interesante del fallo que resolvió el recurso estuvo en considerar al laudo arbitral dictado en Montevideo al amparo de la C.C.I. como una sentencia arbitral extranjera –no interna– puesto que aun cuando fuera dictada en nuestro país nuestro ordenamiento jurídico no la podía considerar totalmente nacional. Estaba dotada de elementos de extranjería; las partes tenían sus domicilios y negocios fuera de Uruguay; el contrato había sido celebrado y debía ejecutarse en el extranjero (Argentina); el centro perma-

nente de arbitraje que actuó en la controversia tenía indudablemente calidad internacional en cuanto es una organización compuesta por más de 70 miembros de diferentes nacionalidades que ha administrado más de 12.000 arbitrajes internacionales; al elegirse el Reglamento de la C.C.I. el procedimiento estaba desprendido de toda ley procesal nacional; la única vinculación con Uruguay fue algo coyuntural: la de haber sido elegido el país como una sede neutral para el desenvolvimiento del arbitraje, por lo que cabía calificar al laudo como laudo arbitral extranjero; este laudo además, no iba a tener ningún efecto dentro del ordenamiento jurídico uruguayo y si bien el Tribunal de Apelaciones se pronunció contrario a la renuncia anticipada de los recursos legales pues ello implicaría abdicar de la tutela efectiva judicial –de un derecho fundamental– consideró que igualmente no era de recibo el recurso de nulidad pues la causal de falta de formalización del compromiso arbitral de acuerdo a los requisitos que marca el Código es de aplicación únicamente al arbitraje interno pues, de lo contrario, se estaría desconociendo lo dispuesto por las Convenciones de Nueva York y de Panamá. Por último, y por las razones expuestas, el único interés a proteger era el de su orden público internacional de Uruguay, el cual no se encontraba lesionado porque los árbitros habían respetado el principio del debido proceso. Los demás controles sobre el laudo arbitral no eran atribución del juez uruguayo sino que debían cumplimentarse por el juez del país donde se fuere a interponer la demanda de *exequatur*, que en el caso era Argentina.

6. CONCLUSIONES

Tenemos así una interpretación progresiva de la Convención de Nueva York, que tiene en cuenta la asiduidad con que interviene el mencionado Tribunal de Apelaciones, constituirá la punta de lanza para la conformación de una nueva mentalidad –sobre todo cultural– en materia de arbitraje, que catapulte al país como un centro arbitral de relevancia, teniendo en cuenta que es el país donde se encuentra radicada la sede administrativa del MERCOSUR. La posibilidad bastante cierta que se apruebe el proyecto de Ley sobre el Arbitraje Comercial Internacional, que tuvo como modelo casi literal a la Ley Modelo de la CNUDMI, es otro aspecto beneficioso a señalar. Pero falta aún una mayor promoción de este medio alternativo desde el gobierno, que lo presente como una política de Estado a favor de la institución, tanto mediante gestos abstractos como concretos que incidan en la ciudadanía.

Uruguay es Estado Parte de todas las Convenciones multilaterales de importancia sobre el arbitraje. Todas las ratificaciones han sido realizadas sin reservas. La profusión de textos supranacionales vuelve difícil una aplicación al margen de críticas por lo que sería saludable contar con normas nacionales sobre conflictos de leyes en materia de Derecho Internacional

Privado, al margen de las establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En cuanto a las normas nacionales sobre la materia, en la actualidad únicamente cuenta con las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso de 1989, referidas únicamente al arbitraje interno y al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. En la actualidad tiene media sanción legislativa un proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional que reproduce textualmente la Ley Modelo de la CNUDMI, actitud que debe ser bienvenida. Las normas relativas al arbitraje interno no están acompasadas al desarrollo que muestra el tema en la actualidad. Reconoce la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral con diferentes efectos, con disposiciones muy rígidas desde el punto de vista formal, y si bien reconoce como único recurso contra el laudo arbitral el de nulidad, las causales no están en consonancia con las establecidas por la Convención de Nueva York para rechazar el *exequatur* del laudo extranjero.

Uruguay es sede administrativa del MERCOSUR y, por tanto, puede ser la sede ideal para la resolución arbitral de los grandes litigios que se puedan suscitar en el comercio internacional y regional. Los jueces estatales han apoyado claramente la institución arbitral y han recogido numerosos criterios que pueden llegar a impulsar, en un futuro próximo, una evolución muy favorable hacia el arbitraje interno e internacional.

LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y LA PRÁCTICA EN VENEZUELA: UNA PERSPECTIVA DE SU SITUACIÓN ACTUAL Y UNA PROPUESTA PARA SU DESARROLLO

MARCOS R. CARRILLO PERERA⁶³¹

Sumario: 1. Introducción, 2. Precisión conceptual, 3. Fundamento Constitucional, 4. La mediación en la legislación y la práctica de derecho privado y social venezolano, 5. Conclusiones y recomendaciones.

1. INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene como finalidad primordial trazar un mapa que refleje el estado actual de la legislación venezolana relativa a la mediación/conciliación y algunas consecuencias que esta normativa ha tenido en la práctica para abogados y usuarios en general. A partir de este análisis se harán algunas recomendaciones para el desarrollo de la mediación.

Tal análisis es de fundamental importancia ya que en Venezuela, a diferencia de otros países latinoamericanos, no existe una regulación general ni homogénea sobre la materia y, en consecuencia, se consiguen una cantidad de normas dispersas en los diferentes cuerpos normativos vigentes. Además, se nota en nuestra legislación gran ambigüedad en la forma como se plantean los procesos de mediación. Es por ello que consideramos importante comentar la normativa más relevante, a fin de identificar los rasgos comunes, diferencias y necesidades de la mediación en Venezuela.

Las dimensiones del trabajo han determinado que el ensayo se centre en las formas de conciliación/mediación establecidas en la legislación principal en materia de derecho privado y derecho social venezolano. En

⁶³¹ Jefe de la Cátedra de Filosofía del Derecho y profesor de Resolución Alternativa de Conflictos en pre y postgrado UCAB. Profesor invitado del IESA. Abogado egresado de la UCAB, Caracas, Venezuela. Maestría en Filosofía e Historia del Derecho, London School of Economics, Londres, Inglaterra. Miembro de la Junta Directiva y de la lista de árbitros y mediadores del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-americana de Comercio (VENAMCHAM). E-mail: mcarrillop@cantv.net

consecuencia, se ha excluido el estudio de una rica e interesante regulación en materia de derecho público, en donde los MARC se han venido desarrollando cada vez con más intensidad, particularmente en las áreas de derecho administrativo, financiero y penal.

Para desarrollar el tema que nos ocupa dividiremos el trabajo en tres secciones:

En la primera se hará una precisión conceptual en torno al uso de los términos conciliación y mediación en la legislación venezolana.

En segundo lugar, se hará una breve referencia al marco constitucional de los MARC en Venezuela.

La tercera sección versará sobre un análisis de la normativa más relevante que existe en la legislación venezolana en materia de conciliación en las áreas antes mencionadas, así como de sus realidades, necesidades y consecuencias prácticas. Para desarrollar esta parte del estudio, se considerará la normativa relativa a la materia en estudio según la relación que tenga con el sistema de justicia ordinario. Así, se hará una clasificación de la conciliación según se realice de forma prejudicial, parajudicial, intrajudicial o postjudicialmente.

Finalmente se hará una reflexión a modo de conclusión y una serie de recomendaciones.

Con este esquema de trabajo se pretende orientar al lector no familiarizado con la práctica y la legislación venezolana en materia de MARC, a través de un mapa de relaciones que le puedan ser útiles para comprender la mediación, y para identificar los problemas, ventajas y perspectivas de la institución en el país.

2. PRECISIÓN CONCEPTUAL

En la legislación y doctrina comparada se consiguen normas y autores que proponen una distinción precisa entre las figuras de la conciliación y mediación. En este sentido, se esgrimen argumentos de la más variada índole que incluyen diferencias en razón de la materia, así como en razón del grado y forma de intervención del mediador, entre otros argumentos.

No es este el espacio adecuado para una discusión detallada sobre este punto. Sin embargo, es preciso resaltar que la distinción ha sido comúnmente aceptada en Latinoamérica, tal y como se ha dicho antes⁶³².

⁶³² Para una discusión detallada de este problema véase Carrillo, Marcos. "Dos palabras y una forma de resolver conflictos: la mediación y la conciliación en el contexto de los PARC". En XXVI Jornadas Domínguez Escovar: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2001

A favor de la identidad entre mediación y conciliación puede verse Rau, Alan. "Mediation in Art Related Disputes" en 11 Studies in Art Law 153 (Centre du Droit de l'Art 1999) y Carrillo Marcos. *Op. cit.* "Dos palabras..."

En el caso de la legislación venezolana en específico, conseguimos que, históricamente, se ha utilizado el término conciliación para identificar casi cualquier intervención de un tercero con fines de facilitación de la comunicación de las partes y la consecución de acuerdos. No obstante, también se consiguen otras nomenclaturas, tales como “Junta de Avenimiento”, utilizada en la ya derogada ley de carrera administrativa.

Es solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) cuando el término mediación se empezó a utilizar en la legislación venezolana. No obstante, las actuaciones de los conciliadores y de los mediadores no se han distinguido por intervenir más o menos, o por hacer propuestas ya que, en la práctica, todos utilizan herramientas similares que implican mayor o menor grado de intervención, dependiendo de las situaciones que se presenten y del estilo de cada mediador.

Por lo tanto, puede afirmarse que, en la legislación y la práctica venezolana, la distinción entre mediación y conciliación es absolutamente inocua y, en consecuencia, ambos términos pueden utilizarse como sinónimos, lo cual haremos en el presente estudio.

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Uno de los elementos de mayor importancia desde el punto de vista del desarrollo jurídico de los MARC en Venezuela ha sido su constitucionalización, ya que nunca antes de la Constitución de 1999 se habían incluido estos mecanismos en la Carta Fundamental⁶³³. En este proceso fue de gran

A favor de la distinción se pueden citar a título de ejemplo, en Colombia Roberto Valdez Sánchez *La Transacción*. p. 30 y 31. En Venezuela la distinción es utilizada por Carmen Luisa Roche en su trabajo “Un diagnóstico sobre la Mediación como Vía Alternativa de Resolución de Conflictos Jurídico-Parentales en Venezuela”. En Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. UCV. Caracas.1995. Igualmente, Alan Rau cita la siguiente bibliografía: M. Scott Donahey, “International Mediation and Conciliation,” in Bette Roth *et al.*, *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide* § 33:1 (1993) En el mismo sentido, see Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 26 (2d ed. 1991). Asimismo, Texas International Arbitration and Conciliation Act § 172.205.

⁶³³ Para un análisis detallado de la regulación de los MARC en la Constitución venezolana vigente véase Carrillo, Marcos. “GRAVEDAD Y TIEMPO EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999: Un argumento en favor de la utilización de los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos” en *Estudios de Derecho Procesal y Administrativo, homenaje a los 50 años de la UCAB*. Tomo III. UCAB. Caracas, Venezuela. 2005.

Debe resaltarse que el modo en que se llevó a cabo la discusión y redacción de la Constitución fue apresurado, improvisado, falto de técnica legislativa, lo que conllevó imprecisiones y ambigüedades conceptuales. Sobre este punto en particular véase el artículo antes citado en esta nota. Igualmente, ver Canova González, Antonio. “El Preámbulo de la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3. Caracas, Venezuela.

influencia, no solo la fuerza que ya los MARC habían desarrollado en Venezuela sino, particularmente, la experiencia colombiana, país que incluyó en su Constitución a la justicia de paz antes que Venezuela⁶³⁴.

En la actual Carta Magna, se cambia el esquema de separación de poderes y, en lugar de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se agregan el poder ciudadano y el electoral. Ahora bien, en lo que atañe al tradicionalmente conocido como Poder Judicial, la Constitución introdujo un cambio sustancial que consiste en distinguir el Poder Judicial del Sistema de Justicia⁶³⁵. En este sentido, no debe quedar lugar a duda que para el constituyente venezolano el Sistema de Justicia abarca mucho más que el Poder Judicial. El Sistema de Justicia contiene al Poder Judicial, pero no se agota en él. Ello se constata de una lectura de la norma contenida en el artículo 253 de la constitución, el cual dispone:

“Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos de Poder Judicial conocer las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El Sistema de Justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.

Puede observarse que, en el contexto constitucional venezolano, los “medios alternativos de justicia” (sic) son parte integrante del concepto de Sistema de Justicia. Ello es de particular relevancia, pues así se pretendió abrir nuevas puertas para solucionar el problema de acceso a la justicia, a través de una visión innovadora y amplia del problema.

Esta norma es complementada por el artículo 258 *eiusdem*, el cual dispone:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

⁶³⁴ Ver Constitución de la República de Colombia, artículo 247. Consultada en *Compilación de Constituciones Políticas*. Tomo I. FUNEDA. Caracas, Venezuela. 1999.

⁶³⁵ El capítulo III del Título V de la Constitución se titula “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”. Sobre este punto véase Longo, Paolo. *Arbitraje y sistema constitucional de justicia*. Ed. Frónesis. Caracas, Venezuela. 2004.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Nótese que la norma ordena la promoción de los MARC por vía legislativa, lo cual, como veremos, se ha realizado y es fácilmente comprobable mediante una revisión de la normativa sobre conciliación recientemente promulgada en Venezuela, la cual puede dar cuenta de la preferencia que se le da en la moderna legislación a estos mecanismos.

Asimismo, consideramos que, por un argumento *a fortiori*, la jurisprudencia también debe, con mayor razón, promover estos medios. En este sentido, como se verá más adelante, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia ha sido una constante promotora de los MARC, y en particular, de la mediación⁶³⁶.

Otro aspecto relevante de la norma es la mención a cualquier otro MARC, pues ello permite que no se limite el concepto a las instituciones nombradas (mediación, conciliación –sic–, arbitraje y justicia de paz) y se abra la puerta a formas innovadoras tales como, med-arb, comediación, evaluación anticipada, entre otras.

4. LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y LA PRÁCTICA DE DERECHO PRIVADO Y SOCIAL VENEZOLANO

Planteábamos al inicio del trabajo que en Venezuela no existe una visión homogénea de los MARC. Se han utilizado en diversas épocas y bajo diferentes perspectivas. Así, en una primera etapa se incluyeron fórmulas de conciliación en los códigos redactados durante el siglo XX. Sin embargo, tales procedimientos fueron rara vez utilizados. Fue solo luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz cuando comenzó una verdadera promoción de los MARC, no solo a nivel legislativo, sino en la práctica, en el ámbito académico y en lo referente a su promoción en los diferentes niveles de la sociedad. Esta tendencia se solidificó con la cosntitucionalización de los MARC y con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que hizo obligatoria la mediación en los asuntos de índole laboral.

No obstante, hay diferentes perspectivas en la legislación y en la práctica que deben revisarse a fin de promover soluciones homogéneas a los problemas que se plantean en la experiencia diaria. Esta sección pretende

⁶³⁶ La Sala Social del TSJ ha sido la promotora de dos reformas legislativas cruciales en materia de MARC: La Ley Orgánica de Procedimientos del Trabajo y el Proyecto de Reforma de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, actualmente en discusión. Lamentablemente, la posición de la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional, ha sido bastante adversa a la figura del arbitraje en particular. Sobre este punto, véase Anzola, Eloy.

agrupar en cuatro categorías los principales procedimientos de mediación/conciliación existentes para evaluar su estado y necesidades.

4.1. Relaciones de carácter prejudicial

Las relaciones de carácter prejudicial, como su nombre lo indica, son aquellas que se dan de forma previa a la puesta en marcha de la vía judicial. Así, se pretende resolver la controversia sin que llegue a operar el órgano judicial, de modo que las partes resuelvan autónomamente sus controversias.

Bajo este patrón de relaciones se pueden identificar varios procedimientos de mediación en Venezuela, como veremos a continuación.

4.1.1. La mediación en los contratos

Según el análisis propuesto en la introducción de este artículo, la primera característica común que puede observarse en las conciliaciones en el área de derecho privado es que esta es producto, como todo el derecho común, del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, el principio que funciona en Venezuela es que, en esta área, es perfectamente plausible la conciliación en cualquier aspecto, previo acuerdo de las partes involucradas en la controversia. Así, las partes de un contrato pueden incluir cláusulas generales de resolución de conflictos o particulares de mediación, si así lo prefieren.

No existe en esta área obligatoriedad legal para comparecer a una mediación ni mucho menos para resolver la controversia por conciliación, lo cual sería contrario a la esencia misma de la institución⁶³⁷. De lo expuesto se concluye que las partes tienen, en esta materia, absoluta autonomía para determinar si desean utilizar la conciliación para resolver su controversia y para elegir el mediador que deseen de mutuo acuerdo.

La práctica en esta área refleja que no hay todavía en el país mucho conocimiento de las ventajas de la mediación, razón por la cual la inclusión de estas cláusulas no es práctica homogénea. No obstante, una parte importante de los contratos de empresas vinculadas a la Cámara de Comercio de Caracas y a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio (VENAMCHAM) contienen cláusulas de resolución de conflictos que establecen el arbitraje y/o mediación institucional, ateniéndose a los reglamentos de la institución ante la cual han decidido resolver su controversia.

⁶³⁷ Lo más parecido a una conciliación obligatoria en nuestro derecho privado es la norma contenida en el artículo 7 del reglamento de conciliación y arbitraje del CEDCA identificado *ut supra*. Este caso se analizará más adelante en la sección relativa a las relaciones parajudiciales.

Esta situación parece reflejar que en Venezuela este procedimiento está circunscrito, en el ámbito civil y comercial, a grupos de alto poder adquisitivo. No obstante, para el área de pequeños y medianos comerciantes existe una interesante experiencia en el Municipio Chacao que, a través de su Dirección de Justicia Municipal, ha abierto un importante espacio que resultó en la resolución de más de 1.000 conflictos de esta índole y vecinales por año. En estos casos no existía cláusula previa, sino que los acuerdos para asistir a la mediación son realizados *ex post facto*, luego de que es solicitado por una de las partes y de que la otra, después de ser notificada, acepta utilizar la mediación para resolver su controversia.

Otra experiencia positiva, en este sentido, lo constituye el Centro Integral de Justicia (CIJ)⁶³⁸, organización no gubernamental, cuyo objeto es la promoción de la mediación y el arbitraje en el ámbito de los pequeños y medianos comerciantes. Aunque es una institución incipiente, el CIJ se perfila como un espacio de importancia para llenar el vacío existente hoy en día en esta ámbito social.

4.1.2. La transacción extrajudicial

En nuestra legislación podemos identificar, al menos, una institución de derecho civil que abre las puertas a procesos conciliatorios prejudiciales. Este es el contrato de transacción regulado en el Código Civil (artículos 1713 al 1723).

Dispone la norma contenida en el artículo 1713 que:

“La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

La redacción de la norma nos revela varios elementos:

Este procedimiento, según dispone la norma, se puede dar una vez comenzado un litigio, en cuyo caso sería un proceso intrajudicial, tal y como lo dispone el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente, la norma del 1713 CC permite el logro de una transacción para precaver un eventual litigio, de modo que pueda evitarse la puesta en marcha del sistema de justicia formal. En este caso, nos conseguimos con un modo de transacción prejudicial, según la nomenclatura aquí utilizada.

⁶³⁸ Ver www.cijusticia.org

Por otro lado, al definirse como un contrato, la esencia de la transacción se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes y, más concretamente, en la capacidad para llegar a acuerdos, lo que excluye, por definición, la intervención de tercero alguno en funciones de adjudicación, tal y como lo haría un juez.

Para lograr los acuerdos necesarios para que opere la transacción será necesario poner en práctica algún método de resolución de controversias que permita el logro de los acuerdos, por lo que es una precondition de la transacción que se lleve a cabo un procedimiento de negociación que permita la consecución de los acuerdos. Siendo la conciliación un proceso de negociación asistida, debemos concluir que es perfectamente factible utilizar la intervención de terceros ajenos a la controversia en funciones de mediación, y que el acuerdo sea vaciado en un contrato de Transacción.

La consecuencia fundamental de utilizar esta figura como instrumento para concluir una conciliación es que, según dispone el artículo 1718 de Código Civil venezolano, “la transacción tiene entre las partes los mismos efectos que la cosa juzgada”. Esta característica es de particular relevancia si se desea reducir la capacidad para impugnar judicialmente el acuerdo logrado.

4.1.3. Procedimientos de conciliación institucional

En el ámbito prejudicial debe resaltarse la posibilidad que ofrecen los diversos centros de conciliación y arbitraje existentes en el país.

En este sentido tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, como el CEDCA contienen procedimientos de mediación autónomos de los procedimientos arbitrales. Tales procedimientos pueden iniciarse a solicitud de una de las partes y el centro notificará a la otra. En ambos casos se establece el carácter confidencial de la mediación razón por la que lo discutido o propuesto por las partes o el mediador, no podrá ser utilizado en subsiguientes procesos⁶³⁹.

Una diferencia crucial entre estos procedimientos viene dada por la forma de nombrar el mediador. Según las normas de conciliación del CEDCA las partes deben escoger el mediador en primera instancia y en caso de no ser posible, lo hará el director general del centro. Por su parte, El Reglamento General del CACCC, en principio, lo hará el Comité Ejecutivo mediante sorteo atendiendo a la especialidad del conflicto, y solo si hay convención en contrario de las partes, estas podrán nombrarlo.

⁶³⁹ Sobre confidencialidad véase el artículo 78 del Reglamento General del CACCC y los artículos 1.5 y 1.6 de las normas de Conciliación del CEDCA.

En caso de que no prospere el procedimiento de conciliación, las partes podrían acudir a arbitraje, si así lo han acordado, o les queda abierta la vía judicial.

La experiencia en el CEDCA ha sido particularmente exitosa en materia de mediación, pues el 85% de los casos han sido resueltos por esta vía. Además, según las evaluaciones hechas a las partes, el nivel de satisfacción de ellas con respecto a la calidad del procedimiento, los mediadores y los resultados ha sido óptimo⁶⁴⁰.

El problema en esta área es el mismo anotado anteriormente: los centros de arbitraje y conciliación existentes en Venezuela en materia comercial atienden a un número reducidísimo de personas con un muy alto poder adquisitivo, quedando fuera los pequeños y medianos comerciantes, a pesar de las aisladas experiencias del Centro Integral de Justicia y del Municipio Chacao de Caracas.

4.1.4. Familia, niños y adolescentes

En cuanto a las conciliaciones de carácter prejudiciales en esta área, el ejemplo más patente lo tenemos en la normativa contenida en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (en lo adelante LOPNA).

La LOPNA dispone en sus artículos 308 y siguientes la posibilidad de asistir a un proceso de conciliación ante una institución de carácter administrativo, no judicial, denominadas Defensorías de Niños y Adolescentes. Dicho procedimiento tiene carácter prejudicial y, en consecuencia, permite que las partes solucionen sus controversias antes de acudir a un tribunal. Para ello, los interesados deben asistir ante la mencionada institución, donde el defensor actuará como un mediador para solucionar la controversia. En caso de que se logre un acuerdo el mismo podrá, eventualmente, homologarse judicialmente (artículo 315 *eiusdem*) y, en caso contrario, se puede acudir a la vía jurisdiccional sin necesidad de formalidad previa alguna⁶⁴¹.

Una ventaja que presentan estas defensorías es que, debido a su estructura simple, pueden llegar a lugares donde a la justicia ordinaria le es imposible adentrarse, de modo que es un mecanismo eficiente para resolver problemas relacionados con la niñez y la adolescencia en zonas de escasos recursos. Es por ello que pensamos que opciones como esta deberían desarrollarse con más fuerza, para lograr mayor penetración social en materia de solución de conflictos familiares.

⁶⁴⁰ Información suministrada por el Director Ejecutivo del CEDCA.

⁶⁴¹ Para un estudio detallado de este procedimiento véase Carrillo, Marcos. "El procedimiento Conciliatorio ante las defensorías del niño y del adolescente" en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Coordinadora, María G. Morais de Guerrero. UCAB. Caracas, 2000.

No obstante, el procedimiento es de carácter estrictamente voluntario, lo que en la práctica ha traído como consecuencia que muchas veces la parte reticente se niegue a acudir a las conciliaciones.

A pesar de ello, la mediación de las defensorías de niños y adolescentes, así como la acción de la justicia de paz, son las instituciones que tienen mayor capacidad de influencia social en Venezuela. Lamentablemente, la falta de políticas decididas y coherentes ha impedido una mayor acción de estos órganos.

4.1.5. Área laboral

En el ámbito laboral deben distinguirse dos casos: Los relativos a Derecho Colectivo del Trabajo y los de Derecho Individual del Trabajo.

En el ámbito prejudicial ha de hacerse notar que la Ley Orgánica del Trabajo establece el derecho de los patronos y sindicatos a solucionar pacíficamente sus conflictos. De allí, que el mencionado cuerpo normativo regula tres formas de MARC para casos de conflictos colectivos del trabajo, a saber: la negociación colectiva, la conciliación y el arbitraje.

En lo que respecta a la conciliación en particular, este cuerpo normativo dispone que la misma comenzará con la introducción de un pliego de peticiones por parte del sindicato. Dicho pliego se le presentará a una instancia de carácter administrativo, denominada Inspectoría del Trabajo la que deberá enviarlo al patrono dentro de las 24 horas siguientes a ser recibido⁶⁴².

La particularidad relevante que tiene este procedimiento de conciliación es que establece una Junta de Conciliación conformada por dos representantes y un suplente de cada una de las partes (patronos y sindicatos) y el Inspector del Trabajo.

Debe aclararse que, a pesar de que la denominación "Junta de Conciliación", podría dar pie a pensar que esta junta es un equipo de comediación frente a las partes, en realidad los representantes de las partes actúan como verdaderos mandatarios de sus representados y no como terceros neutrales facilitadores del proceso de comunicación. Este rol, propiamente mediatorio, le es asignado por el texto analizado al Inspector del Trabajo o su representante quien intervendrá en las deliberaciones "con el propósito de armonizar el criterio de las partes"⁶⁴³.

Como consecuencia de que los representantes deben ser quienes expongan y defiendan los intereses de las partes, para que las audiencias de conciliación se puedan constituir válidamente, debe acudir, al menos, un representante de cada parte.

⁶⁴² Artículo 478 de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁶⁴³ Artículo 480 *eiusdem*.

Según la ley comentada, el procedimiento puede terminar con acuerdo que la ley establece que debe ser una “recomendación unánime”. Asimismo, como toda conciliación, puede declararse que fue imposible la consecución de acuerdo. Debe resaltarse que con el fin de promover el diálogo y evitar presiones que puedan distorsionar la consecución de acuerdos razonables la ley prevé que el derecho a huelga queda suspendido hasta tanto no hayan transcurrido 120 horas contadas a partir de la presentación el pliego de peticiones⁶⁴⁴.

4.2. Relaciones parajudiciales

Las relaciones parajudiciales son aquellas en las que se utiliza un mecanismo alternativo de solución de controversias que excluye la utilización del aparato judicial una vez escogido el procedimiento alterno, salvo que existan circunstancias excepcionales.

4.2.1. El arbitraje

El mejor ejemplo de este tipo de relaciones lo conseguimos en el arbitraje comercial. En este sentido la LAC expresa en su artículo 5 que el arbitraje comercial es exclusivo y excluyente de a jurisdicción ordinaria.

Exclusivo en el sentido de que “descarta la jurisdicción ordinaria, la cual no puede intervenir en el proceso arbitral para tutelar o controlarlo en su desarrollo”⁶⁴⁵. Solo hay intervención de los tribunales en circunstancias excepcionales.

Es excluyente en el sentido de que el tribunal arbitral se basta a sí mismo para determinar su legitimidad y para definir, con certeza judicial... el derecho real o personal que se pretende sea reconocido y satisfecho”⁶⁴⁶.

De allí, que cuando se utiliza el arbitraje comercial, las partes no pueden someter a la revisión de un juez el fondo del laudo arbitral, es decir, no procede el recurso de apelación frente a un laudo. No obstante, ello no quiere decir que el laudo arbitral esté absolutamente excluido de todo control jurisdiccional. La ley prevé la posibilidad de recurrir por vía de nulidad aquellos laudos que violenten principios esenciales tales como el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso, vicios en el objeto, vicios de consentimiento, *ultra* o *extra petita*. Lo determinante aquí es que, a pesar de este recurso, una vez que se ha utilizado el mecanismo arbitral, las partes no pueden replantear el caso ante la jurisdicción ordinaria.

⁶⁴⁴ Artículo 487 *eiusdem*.

⁶⁴⁵ Henríquez La Roche, Ricardo. El arbitraje Comercial en Venezuela. CCC. Caracas, Venezuela. 1999 p. 54.

⁶⁴⁶ *Idem*.

4.2.2. La conciliación en el CEDCA

Los comentarios precedentes son relevantes para la conciliación pues en Venezuela existe un caso de mediación parajudicial que está íntimamente ligado a la figura del arbitraje. Se trata de la audiencia de conciliación establecida como parte del procedimiento arbitral del CEDCA. Esta institución dispone una audiencia de conciliación obligatoria en los arbitrajes. La misma tiene lugar “luego de vencido el lapso para la contestación de la demanda y vencido el lapso de réplica a la reconvencción si fuere el caso”⁶⁴⁷. Se puede alegar que este procedimiento es de carácter parajudicial por formar parte del procedimiento arbitral. Así, cuando no sea posible la conciliación en estos casos, no se abre la posibilidad de utilizar los órganos del poder judicial sino que las partes están obligadas a continuar con el procedimiento arbitral.

Por otra parte, cuando se logre la conciliación, el mencionado reglamento prevé la posibilidad de convertir el acuerdo en un laudo arbitral conforme a los términos estipulados en el acta de conciliación, siempre que las partes así lo soliciten⁶⁴⁸. De este modo, se le da efectos de laudo arbitral al acta de conciliación, lo que trae como consecuencia la exclusión del control jurisdiccional, salvo en los casos establecidos para el recurso de nulidad.

Esta posibilidad ha sido utilizada con mucha frecuencia por las partes ya que así se garantiza el cumplimiento de lo acordado, pues los laudos pueden ser ejecutados forzosamente. Esto solventa una de las constantes angustias del venezolano, que es la posibilidad de que los acuerdos a que se lleguen por vía de conciliación sean incumplidos por alguna de las partes.

4.2.3. La Justicia de Paz

Una situación similar a las descritas anteriormente se plantea con la Justicia de Paz, según la regula la Ley Orgánica de la Justicia de Paz (en lo adelante LOJP)⁶⁴⁹. Este cuerpo normativo establece un sistema de resolu-

⁶⁴⁷ Artículo 7 del reglamento de conciliación y arbitraje del CEDCA.

⁶⁴⁸ Véanse los artículos 28 *eiusdem* y 7.3 de las normas de conciliación del CEDCA.

⁶⁴⁹ Este cuerpo normativo ha sido de fundamental importancia para el desarrollo de los MARC en Venezuela. De hecho puede afirmarse que fue la primera ley que planteó la utilización de los MARC dentro de una concepción adaptada a la filosofía moderna de los MARC. A pesar de las objeciones que hubo a la ley, la misma ha logrado un éxito moderado y logró abrir los espacios de discusión y promoción de estos medios, los cuales se vieron reflejados posteriormente en la constitucionalización de los MARC y de la Justicia de Paz, en concreto, en el texto constitucional de 1999. Sobre el tema véase Joskos, Eva (Coordinadora). Manual de Referencia de la Justicia de Paz. UCAB. Caracas, Venezuela. 2000. Carrillo Perera Marcos R. “El procedimiento de conciliación” en Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Varios autores. EJV. Caracas, Venezuela. 1996. Santana, José Vicente. La Justicia de Paz. Fundaconferry. Margarita, Venezuela.

ción de conflictos en el que un juez lego en materia jurídica resuelve casos de naturaleza vecinal y familiar fundamentalmente, a través de los mecanismos de conciliación y equidad. El juez de paz actúa, así, como mediador o como árbitro de equidad según sea el caso.

En la justicia de paz, la herramienta fundamental de los jueces ha sido la conciliación. Ello es de particular relevancia en el área vecinal porque el diálogo es la herramienta fundamental para promover la paz social que es uno de los fines de la justicia de paz. En este sentido, la justicia de paz podría ser uno de los medios más adecuados para coadyuvar en el logro de comunidades cada vez más sanas.

Desdichadamente, la forma en que fue finalmente aprobada la ley, hizo que la implementación de la justicia de paz dependiera en gran medida de las actuaciones de los Consejos Municipales⁶⁵⁰. Esto ha operado en contra de su propagación, pues las rivalidades políticas se han impuesto a las necesidades de la sociedad. Así, en la actualidad, que sepamos, solo los municipios Chacao y Baruta de Caracas han propulsado esta importante figura, a pesar del auge que tuvo cuando se promulgó la ley.

4.3. Relaciones Intrajudiciales

Las relaciones intrajudiciales son aquellas que se dan una vez que se ha puesto en marcha el aparato judicial. En este caso nos conseguimos con procesos alternativos de resolución de controversias que se dan dentro de la esfera del Poder Judicial.

En Venezuela existen varios ejemplos de este tipo de relación, cuya característica fundamental es que el procedimiento alternativo es propuesto y/o manejado directamente por el juez.

4.3.1. La conciliación judicial

Un ejemplo clarísimo de este género de relación lo conseguimos en la posibilidad establecida en el Código de Procedimiento Civil (en lo adelante CPC), de llevar a cabo procedimientos de conciliación una vez comenzado un juicio y antes de la sentencia, cuando el juez lo estime conveniente⁶⁵¹. Tal como lo precisa el artículo 257 del CPC cuando dispone que:

⁶⁵⁰ Sobre el rol de los municipios en la justicia de paz véase Sandía, María Elena. "Aspectos Municipales del Régimen de la Justicia de Paz". En Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Varios autores. EJV. Caracas, Venezuela. 1996.

⁶⁵¹ A este respecto los dos tratadistas más importantes en esta materia son Henríquez Laroche, Ricardo. Código de Procedimiento Civil. Tomo II. Caracas, Venezuela. Rengel-Roemberg, Aristides. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Caracas Venezuela. 1987. Debe advertirse que los análisis de estos autores en torno a la conciliación son desde una perspectiva estrictamente jurídica.

“En cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, el juez podrá excitar a las partes a la conciliación, tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque esta sea de procedimiento, exponiéndole las razones de conveniencia”.

Este procedimiento no suspende el curso de la causa. Asimismo deberá levantarse un acta que contenga la convención la cual deberá ser firmada por el juez, el secretario y las partes. Finalmente, debe resaltarse que, de lograrse el acuerdo, se pondrá fin al proceso y la conciliación tendrá los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme⁶⁵².

4.3.2. Procedimiento de divorcio

Igual disposición existe en el procedimiento de divorcio y separación establecido en el CPC donde se dispone que el primer acto que se lleva a cabo en el procedimiento, una vez admitida la demanda y realizada la citación del demandado, es el emplazamiento realizado por el juez a ambas partes para un acto conciliatorio el cual deberá repetirse luego de transcurridos 45 días, en caso de que no haya habido reconciliación⁶⁵³.

4.3.3. Procedimiento especial de alimentos y guarda de la LOPNA

Otro ejemplo similar se encuentra en el procedimiento especial de alimentos y guarda establecido en la LOPNA cuyo artículo 516 dispone que “el día de la comparecencia, el juez intentará la conciliación entre las partes y, de no lograrse la misma, procederá a oír todas las excepciones y defensas cualquiera sea su naturaleza, las cuales resolverá en la sentencia definitiva”⁶⁵⁴.

4.3.4. ¿Por qué no han funcionado estas formas de mediación?

Consideramos que uno de los problemas fundamentales que presentan el tipo de relaciones intrajudiciales entre los MARC y el Poder Judicial es el hecho de confundir los roles de juez y de mediador en una misma persona, lo que va en detrimento de la conciliación, debido a la diferente naturaleza

⁶⁵² Todo de conformidad con los artículos 260, 261 y 262 del CPC

⁶⁵³ Artículos 756 y 757 del Código de Procedimiento Civil

⁶⁵⁴ Sobre el tema véase Carrillo Perera, Marcos. “Consideraciones hermenéuticas sobre la normativa de conciliación en la LOPNA: los casos de patria potestad, guarda, obligación alimentaria y régimen de visitas” En Segundo año de vigencia de la LOPNA. Coordinador: Cristóbal Cornieles. UCAB. Caracas, Venezuela. 2002. Asimismo, Morales Georgina y San Juan, Miriam. FAMILIA: Intervenciones protectoras y mediación familiar. Vadell Hermanos. Caracas. 2005. Morales, Georgina. Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Capítulo IX. Vadell Hermanos. Caracas. 2004.

de las funciones, el distinto entrenamiento requerido, pero sobre todo por las presiones que puede causar a las partes el hecho de que quien concilia sea el eventual juzgador de la causa, en caso de fracasar la conciliación⁶⁵⁵. En este sentido, uno de los más reconocidos autores venezolanos llegó a afirmar lo siguiente:

*“Aún persisten actos reconciliatorios cuando es conocida la ineficacia de los mismos en un tribunal. Nos atreveríamos a señalar que jamás ha habido una reconciliación en sede jurisdiccional derivada de los actos reconciliatorios. Se han debido estudiar nuevas fórmulas que puedan producirlas. Los profesionales del derecho desconocen las técnicas adecuadas tratadas en otras disciplinas para el logro de la conciliación”*⁶⁵⁶.

De lo expuesto se observa que, ya en 1977, había autores que exhortaban la multidisciplinariedad y la innovación en cuanto a técnicas de resolución de conflictos para que las soluciones a los conflictos sociales, y en particular los familiares, fueran más adecuadas a los requerimientos de las partes. Esta tendencia se ha empezado a recorrer recientemente y la LOPNA y la LOJP han establecido juntas interdisciplinarias que asisten la labor de los jueces, mediadores y jueces de paz. Si bien el desempeño de estas juntas no ha sido óptimo, en general, ha contribuido a un proceso de toma de decisiones más ajustado a los requerimientos de las partes.

4.3.5. La mediación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)

Como contraposición conceptual a los procedimientos descritos se encuentra la mediación establecida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶⁵⁷. Puede afirmarse que uno de los momentos más importantes en la historia legislativa venezolana en materia de MARC fue la promulgación de la mencionada ley⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Sobre la necesidad de separar ambos roles véase Carrillo Perera, Marcos R. “El Procedimiento Conciliatorio Ante las Defensorías del Niño y del Adolescente” en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. María Gracia Morais de Guerrero, coordinadora. UCAB. Caracas, Venezuela 2000. Asimismo, véase Morales, Georgina. *Op. cit.*

Igualmente, para evitar la nociva confusión descrita entre mediador y adjudicador, los reglamentos del CEDCA y del CACCC establecen normas que prohíben expresamente la actuación del mediador en futuros procedimientos arbitrales de la misma causa, bien sea como árbitro o representante de parte.

⁶⁵⁶ Abouhamad Obaica, Chibly. Nuevo enfoque del derecho de familia. Editorial Sucre. Caracas. 1977, p. 93.

⁶⁵⁷ Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.

⁶⁵⁸ Para estudios detallados de la mediación en la ley véanse los siguientes autores. Carballo Mena, César Augusto. “La audiencia preliminar en la Ley orgánica Procesal del Trabajo”.

Este cuerpo normativo ha significado un cambio fundamental en la forma de abordar los procedimientos judiciales, pues en ella se estableció, por vez primera en la legislación venezolana, la obligación de comparecer a una audiencia de mediación antes de poder utilizar los mecanismos adjudicativos del Poder Judicial. De este modo, se le dio a la mediación una preeminencia dentro del Poder Judicial que nunca antes había tenido.

El procedimiento en cuestión está estructurado de modo que la primera instancia consta de dos fases: La primera es la denominada Audiencia Preliminar y la segunda la Audiencia de Juicio.

La audiencia preliminar es dirigida por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, mientras que la fase de juicio es dirigida por un juez distinto denominado Juez de Juicio. Esta ha sido una de las innovaciones más importantes que introdujo este cuerpo normativo, pues separó las funciones de juez y mediador que se habían confundido en toda la legislación que precedió a esta ley. De este modo, se acogió la tendencia más moderna en materia de mediación intrajudicial y se procuró evitar las desviaciones que anotábamos en la sección anterior referentes a la confusión de ambos roles.

En esta ley el juez de mediación asume, además, las funciones de sustanciador y ejecutor. Con respecto a esta última pareciera que es contradictorio que un mediador ejecute, por ejemplo, una medida cautelar sobre una de las partes que eventualmente estará sentada frente a él en una sesión de mediación. Consideramos que esta potestad podría llegar a interferir en la función primordial de este Juez que es la mediación.

La mediación, en este procedimiento, se lleva a cabo en la Audiencia Preliminar, la cual se celebra al décimo día hábil siguiente a aquel en que conste en el expediente la notificación de la parte demandada.

La comparecencia a esta audiencia es de carácter obligatorio, razón por la que ambas partes o sus apoderados deberán estar presentes para que pueda darse inicio a la misma⁶⁵⁹.

Como toda mediación, la audiencia preliminar se lleva a cabo en forma oral frente al juez de mediación. Si bien la ley establece como principio que los actos del proceso serán públicos, en lo que respecta a la audiencia preliminar, se rompe este principio y se disponen la confidencialidad de la audiencia, siguiendo así principio universalmente aceptado en materia de mediación, que está “sobradamente justificado porque al res-

En Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Editor: Fernando Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4. Caracas, Venezuela. 2004. Zuleta de Merchán, Carmen. “Los Medios Alternativos en el Nuevo Proceso Laboral Venezolano”. En Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Ensayos. Editor: Fernando Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Normativa N° 4. Caracas, Venezuela. 2004. García Vara, Juan. Procedimiento laboral en Venezuela. Editorial Melvin. Caracas, Venezuela. 2004. Henríquez LaRoche, Ricardo. Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Caracas, Venezuela. 2004.

⁶⁵⁹ Artículo 129 LOPT.

guardo de la conversación reservada es cuando las partes pueden en forma franca y abierta manifestar sus limitaciones y aspiraciones, sin que la difusión de su posición trascienda a la colectividad y se convierta en un medio de presión o coacción que cercene toda posibilidad de arreglo⁶⁶⁰.

Debido a la obligatoriedad de la comparecencia, la ley dispone que cuando el demandante no asista a la audiencia preliminar se entenderá desistida la instancia y, en caso de incomparecencia del demandado opera la confesión ficta.

En caso de haber acuerdo, el juez homologará lo decidido por las partes. Dicho acuerdo tendrá carácter de cosa juzgada.

La evaluación de esta institución ha sido muy positiva en varios aspectos. El número de causas resueltas por mediación está, según datos del Tribunal Supremo de Justicia, alrededor del 90% de éxito. Esto trae como consecuencia que la celeridad de los juicios se haya incrementado notablemente, pues el lapso establecido para realizar las mediaciones es de un máximo de cuatro meses, aun cuando la mayoría de los acuerdos se logran con mucha anterioridad. Esto también se refleja en la cantidad de dinero recibido por los trabajadores. En este sentido, se calcula que, en el corto tiempo de vigencia de la ley, se han logrado acuerdos por vía de mediación que montan, en total, más de 70 millones de dólares, lo cual tiene importantes consecuencias sociales y económicas.

No obstante, existe una sensación extendida en los usuarios del sistema en el sentido de explicar que los jueces mediadores en esta materia, más que facilitar el diálogo, en general, tienden a presionar a las partes para que lleguen a acuerdos. Aun cuando no existen estudios empíricos al respecto⁶⁶¹, de ser cierta esta situación, se estaría frente a una grave distorsión de la institución y, en consecuencia, tendrían que analizarse los resultados cuantitativos expuestos anteriormente con mucha más cautela.

A pesar de esta situación, creemos que esta tendencia a darle preferencia a la mediación dentro de los procedimientos judiciales seguirá incrementándose en el futuro, lo cual, de hacerse correctamente, podría operar a favor de la promoción de los MARC y, más importante aún, al logro de una justicia mucho más efectiva y adaptada a las necesidades del usuario⁶⁶².

⁶⁶⁰ Exposición de motivos de la LOPT.

⁶⁶¹ La profesora Jacqueline Richter ha investigado sistemáticamente el ámbito laboral. Sin embargo, hasta donde sabemos, no hay estudios en el país sobre las consecuencias prácticas de la nueva ley procesal del trabajo. La referencia que hacemos es producto de exposiciones oídas en conferencias y de percepciones generalizadas (mas no comprobadas) en el foro de abogados litigantes en el área.

⁶⁶² De hecho existe un proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el que se adopta la misma fórmula utilizada en el área laboral. Sobre esta reforma véase Carrillo Perera, Marcos R. "La Fase de mediación en la audiencia preliminar según el proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente" por publicarse. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela. Octubre 2005.

4.4. Relaciones Postjudiciales

En nuestra legislación también conseguimos un ámbito donde los MARC pueden ser utilizados aun luego de dictada una sentencia. En este sentido, vale la pena resaltar la norma contenida en el artículo 525 del CPC que dispone:

“Las partes podrán de mutuo acuerdo que conste en autos, suspender la ejecución por un tiempo que determinarán con exactitud, así como realizar actos de composición voluntaria con respecto al cumplimiento de la sentencia”.

Podemos ver que el legislador, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige todo el ámbito privado, permite que las partes suspendan o lleguen a acuerdos con respecto al cumplimiento de la sentencia. Para que las posibilidades planteadas por esta norma operen será necesario realizar procedimientos de negociación o mediación que permitan el logro de los acuerdos respectivos, razón por la que, una vez más, el abogado que domine las técnicas de negociación tendrá una ventaja muy superior a aquel que no tenga conocimiento de ellas.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto debe concluirse que la mediación es una figura que ha venido utilizándose cada vez con mayor frecuencia en Venezuela. Sin embargo, este crecimiento no ha sido producto de una política de Estado o de iniciativas privadas coherentes, sino de propuestas aisladas que han construido un panorama bastante heterogéneo en cuanto a la percepción, utilización e influencia de la institución en la sociedad.

Los niveles reales de penetración social, desde un punto de vista cuantitativo, han sido relativos, como consecuencia de la falta de coherencia en la implementación de las diferentes formas de mediación que se ofrecen en Venezuela. Esta afirmación consigue su excepción más importante en el ámbito laboral pues la mediación ha pasado a ser la forma de resolver los conflictos laborales por excelencia.

Desde el punto de vista cualitativo, existen muy pocos estudios que analicen los efectos sociales de la mediación y el grado de satisfacción del usuario⁶⁶³. En este sentido, pareciera que la labor de los jueces de paz (en

⁶⁶³ Vale la pena resaltar los siguientes estudios. Roche, Carmen Luisa. “Diseño de un sistema de monitoreo de la Justicia de Paz”. Conicit-UCV. Caracas.1998. Roche, Carmen Luisa y Richter, Jacqueline. “Acceso a la Justicia y solución alterna de conflictos”. En XXVI Jornadas Domínguez Escovar. Los Medios alternativos de Resolución de Conflictos. Barquisimeto. 2001. Roche, Carmen Luisa. “Un diagnóstico de la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos jurídico-parentales en Venezuela”. En revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 96. UCV. Caracas, Venezuela.

los reducidos ámbitos donde se ha puesto en marcha la institución) ha sido bien recibida ya que es visto como un miembro activo de la comunidad interesado en el bienestar y la paz de los vecinos⁶⁶⁴. Por otro lado, los jueces de mediación laboral han sido percibidos, generalmente, como altamente intervencionistas y forzando a las partes al logro de arreglos, lo cual distorsiona gravemente su función. De forma curiosa y positiva, estos jueces de mediación no han sido percibidos como politizados, lo cual es particularmente importante en la Venezuela actual, donde los hechos indican que el Poder Judicial ha sido dramática e inaceptablemente sometido a los designios del Poder Ejecutivo⁶⁶⁵.

Si se toman en cuenta estos factores, así como el hecho de que la mediación debe ser una de las herramientas fundamentales para el acceso a la justicia pensamos que un desarrollo de la institución debería darse según los siguientes lineamientos:

Vincular la mediación con el ciudadano. En este sentido, deben promoverse las figuras de la justicia de paz, las defensorías de niños y adolescentes o centros de mediación comunitarios. Estos modelos, sencillos y flexibles, pueden penetrar más fácilmente los sectores más necesitados y aislados de la población y lograr mayor empatía geográfica, cultural y lingüística con los usuarios, lo cual sirve para romper algunas de las barreras más importantes de acceso a la justicia.

Homogeneizar la legislación. Como se observó en el presente trabajo, no hay una visión unívoca de la mediación en Venezuela. Lograr estructurar un sistema normativo coherente y homogéneo podría contribuir ampliamente a un mejoramiento de la institución. Una Ley de Mediación podría ser una de las opciones para el relanzamiento de la institución. La promoción de mediaciones prejudiciales en el ámbito comunitario y en el de la pequeña y mediana empresa es imprescindible para abordar sectores sociales que hasta ahora adolecen de serios problemas de acceso a la justicia.

Educación en materia de MARC. El cambio de legislación, en sí mismo, no tiene ningún significado si no va acompañado de cambios sociales que involucren y comprometan al ciudadano. En este sentido, la promo-

⁶⁶⁴ Estas percepciones se encuentran reflejadas en los resultados preliminares del estudio de Espinoza, Luis Manuel. "Los MARC y la Dirección de Justicia Municipal en el Municipio Chacao". Tesis de maestría en políticas públicas en la Universidad Metropolitana de Caracas. En proceso de elaboración

⁶⁶⁵ El nombramiento de parlamentarios afectos al régimen que gobierna como Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. La destitución de jueces que producen decisiones incómodas al gobierno. El nombramiento del, para entonces, vicepresidente de la República como Fiscal General de la República, dan cuenta de algunas de las viciosas y perversas conexiones existentes en la actualidad entre el régimen de turno y el Poder Judicial.

ción de los MARC en los diferentes niveles educativos es fundamental. En la actualidad esto ha ido mejorando pues, a diferencia de lo que sucedía hace 10 años, cuando la UCAB era la única universidad en impartir un seminario de MARC, hoy en día todas las universidades importantes del país enseñan la materia, en algunos casos de forma obligatoria. No obstante, la verdadera penetración se debe realizar en el ámbito de las escuelas primarias y secundarias, en donde se debe sensibilizar al niño o adolescente con los valores del diálogo y la paz⁶⁶⁶.

Promoción. Debe estimularse la promoción de las ventajas que ofrece la mediación para el ciudadano, como mecanismo impulsador del diálogo y la paz.

Organización comunitaria. En este sentido, deben implementarse programas de asistencia al ciudadano y de participación que estimulen a las comunidades a organizarse y a promover formas de resolución de conflictos que se adapten a sus necesidades e idiosincrasias propias.

Democratización. Los países latinoamericanos tienen una fuerte tendencia al estatismo, lo que limita y condiciona la acción privada. Los MARC solo se pueden implementar adecuadamente en un contexto de libertades, donde la iniciativa ciudadana sea el eje primordial del desarrollo.

⁶⁶⁶ En este sentido valdría la pena seguir experiencias como el proyecto “Educando para la Justicia”, llevado a cabo en los años 90, en el que se implementaban jueces de paz escolares. El proyecto lo realizó la A.C. Primero Justicia.

ARBITRAJE COMERCIAL EN VENEZUELA

IRENE CIRINO FASANARO⁶⁶⁷

Sumario: 1. Introducción, 2. Materias susceptibles de arbitraje, 3. Acuerdo de Arbitraje, 4. Excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, 5. Medidas cautelares, 6. Amparo contra laudo, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En este plausible esfuerzo que han emprendido el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, nos han encomendado la tarea de plasmar la realidad del arbitraje comercial, como medio de solución de controversias, en Venezuela

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial (en lo adelante LAC) se promulgó en abril del año 1998⁶⁶⁸, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, en la cual no se hacía ninguna mención a los medios alternativos de solución de conflictos. Pero ya con anterioridad, en el año 1985, Venezuela ratificó la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá)⁶⁶⁹ y, posteriormente, en 1994, se adhirió a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)⁶⁷⁰. Es decir, que ya desde la década de los 80, Venezuela se

⁶⁶⁷ Abogada, Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello; Subdirectora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas www.arbitrajeccc.org. Delegada Suplente ante el Consejo de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Miembro de la Lista de Mediadores del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) Comité Venezolano. ireneCirino@arbitrajeccc.org

⁶⁶⁸ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

⁶⁶⁹ Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.170 del 22 de febrero de 1985.

⁶⁷⁰ Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

insertó en el mundo del arbitraje comercial, por lo menos en lo que respecta al arbitraje internacional.

Fue la Cámara de Comercio de Caracas la que tomó en sus manos la tarea de darnos una ley moderna en materia de arbitraje. Así, se instaló una comisión para presentar un proyecto de ley, al, en aquel momento, Congreso de la República, teniendo como base la Ley Modelo UNCITRAL, y así se aprobó.

Tras la aprobación de la Ley de Arbitraje Comercial, la Cámara de Comercio de Caracas retomó la iniciativa de promover los medios alternativos en Venezuela al reactivar su Centro de Arbitraje para brindar servicios confiables y eficientes de solución de conflictos. Aunque el amparo de la ley comenzó por concentrarse en el arbitraje, el Centro contempló desde el momento de su reactivación ofrecer servicios de mediación.

En los primeros años de vigencia de nuestra LAC encontramos ya inconvenientes para su aplicación, pues se argumentaba que no tenía un fundamento constitucional. Poco duró tal debate, ya que en el año 1999 se dicta una nueva Constitución, que en su artículo 258 señala textualmente:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, secreta y directa, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Este nuevo panorama alentó tanto a las instituciones, como a parte del gremio de abogados, a utilizar y a promover el arbitraje como medio de solución de controversias.

Pero veamos cuál ha sido el camino recorrido a los siete años de vigencia de nuestra Ley de Arbitraje Comercial⁶⁷¹.

2. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

EL PROBLEMA: El orden público y la materia inquilinaria

En Venezuela el arbitraje comercial es admisible en todas las controversias susceptibles de transacción y que surjan entre personas con capacidad para transigir (Artículo 3 LAC⁶⁷²). La LAC excluye ciertas materias

⁶⁷¹ Quedan fuera de estas consideraciones lo relativo al desarrollo y tratamiento del arbitraje internacional en Venezuela.

⁶⁷² Artículo 3. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias:

- Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto esta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;

sobre las cuales no puede arbitrarse, entre ellas, nos interesa destacar las controversias consideradas de orden público.

El orden público como concepto jurídico indeterminado es una noción variable, según las circunstancias de lugar y tiempo, todos sabemos que lo que fue considerado como de orden público hace años hoy puede que no lo sea, y viceversa, por tanto debemos tener cuidado al señalar cuáles materias son de orden público.

Al analizar el literal “a” del artículo 3 de la LAC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, ha determinado la no arbitrabilidad de la materia arrendaticia por considerar que en ella está involucrado el orden público. En este sentido, ha establecido:

(...) la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, específicamente en su artículo 7, en el cual se dispone:

“Los derechos que la presente ley establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de estos derechos”.

Conforme se desprende del texto anterior resulta evidente el carácter de orden público que atribuye la referida norma a los derechos consagrados en la mencionada ley y en tal sentido, los mismos, no pueden ser relajados por la voluntad de las partes.

Así, al estarse demandando en la presente causa la resolución de un contrato de arrendamiento por el supuesto incumplimiento del pago de los cánones por parte del arrendatario, acción esta de derecho común prevista en el artículo 1.167 del Código Civil, cuyo conocimiento y decisión corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, en el cual se indica:

“Las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de sobre alquileres, reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles urbanos o suburbanos, se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones contenidas en el presente Decreto-Ley y al procedimiento breve previsto en el

b. Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;

c. Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;

d. Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

e. Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Libro IV, Título XII del Código de Procedimiento Civil, independientemente de su cuantía”.

Por tanto, no es posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje por medio de la cual las partes se obligan a someter sus controversias a un árbitro, ya sea de derecho o de equidad⁶⁷³.

A nuestro modo de ver la frase contenida en el literal a), del artículo 3: “contrarias al orden público” significa que se están excluyendo de la solución mediante arbitraje, aquellos aspectos de las controversias donde está involucrado el orden público. Si vemos la controversia como un TODO escindible debemos coincidir en que este se compone de varios aspectos, inherentes a distintas áreas del derecho, así podemos encontrar aspectos directamente vinculados con el derecho privado y aspectos vinculados directamente con el derecho público, pero también habrá aspectos vinculados al mismo tiempo con una y otra rama del derecho.

En el caso del artículo 7 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliarios, es claro el legislador cuando dice que los derechos que son irrenunciables son aquellos que se establecen para beneficiar o proteger a los arrendatarios, es decir, que el resto de todo ese universo sí puede ser renunciado, transado. Sin embargo, la jurisprudencia ha metido todos esos derechos en un mismo saco y los ha declarado de orden público, impidiendo la utilización del arbitraje para resolver cualquier conflicto relacionado con el resto de esos derechos.

La doctrina se ha pronunciado con respecto a este punto, señalando:

(...) la irrenunciabilidad de los derechos consagrados en esta Ley en favor del arrendatario no obsta la transigibilidad, y por ende la arbitrabilidad de las controversias que suscite el contrato de alquiler a los fines de hacer efectivo el cobro de los derechos disponibles de una u otra parte que hayan nacido del contrato o su ejecución.

El artículo 7° de la Ley no declara de orden público todas sus normas. Solo “los derechos que establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios”. El ejemplo típico de “beneficio” es la prórroga legal del contrato (Art. 38), ejemplos de “protección”, la fijación de alquileres (Art. 13,29 s.s.), prohibiciones de avisos o anuncios contrarios a la Ley (Art. 17), las causas taxativas de desalojo de arrendamientos a tiempo indeterminado (Art. 34). El acuerdo arbitral que tenga por objeto determinar, según la ley o según equidad (árbitros arbitradores), la regulación del alquiler, o que, en general, desconozca la jurisdicción ordinaria de los derechos irrenuncia-

⁶⁷³ Inversiones Tata 88, C.A. Vs. Inversiones Farma Shop 2000, C.A. TSJ/SPA 4/2/2003 y Ayoub Bou Assaf Vs. Media Manzana de Punto Fijo TSJ/SPA 6/12/2001.

bles del arrendatario consagrados en normas imperativas, no supletorias, son ajenas al arbitraje.

Por el contrario, los créditos insolutos por sobre alquileres o cánones de mora, las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento; las que tengan por objeto el reintegro de alquileres, el reintegro de depósito en garantía; las cuestiones de conocimiento previo a la ejecución de garantías reales o fideyusorias; la dilucidación de una preferencia ofertiva o del retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles urbanos o suburbanos, podrán ser dirimidas en arbitraje; en arbitraje comercial si existe acto objetivo (Ord. 1° y 23° del Art. 2° del Código de Comercio) o un acto subjetivo de comercio (Art. 3° ejusdem) (3). A nuestro juicio, la cláusula arbitral puede ser introducida en el contrato de arrendamiento, u otorgada durante su vigencia, con efectos inmediatos (*ex nunc*), (...) En el caso del arrendamiento, podría decirse que el arrendatario goza de una situación jurídica firme, basada en la tenencia y ocupación real del inmueble arrendado. Ello posibilita que la jurisdicción privada, escogida por las partes, circunscrita por Ley al ámbito cognoscitivo y no compulsivo de la ejecución, dirima las controversias relativas a derechos disponibles (...) ⁶⁷⁴.

Pese a las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia (en lo adelante TSJ), en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, hasta la fecha (febrero 2005), de los sesenta y seis (66) arbitrajes que hemos recibido, en diez (10) de ellos se discuten o se han discutido materias relativas a un contrato de arrendamiento suscrito entre comerciantes.

LA SOLUCIÓN: Por los momentos, lo recomendable es no incluir cláusulas de arbitraje en los contratos de arrendamiento, y si ya la tiene pues renunciar a ella conforme a lo que más adelante veremos ha previsto la jurisprudencia.

3. ACUERDO DE ARBITRAJE

EL PROBLEMA: ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que un acuerdo de arbitraje sea reconocido como válido?

La LAC, en sus artículos 5 y 6⁶⁷⁵ regula la definición, requisitos, característica y consecuencias del acuerdo de arbitraje. Nuestra Ley unifica los

⁶⁷⁴ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo y KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge. Nuevo Régimen Jurídico sobre Arrendamientos Inmobiliarios. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Ed. Torino. 2ª Edición. Caracas, Venezuela, 2004.

⁶⁷⁵ Artículo 5. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controver-

conceptos de pacto, compromiso, cláusula compromisoria en uno solo: “acuerdo de arbitraje”, terminología que usaremos en lo adelante. Como bien lo señala la LAC, el acuerdo de arbitraje puede ser: una cláusula incluida en un contrato o un acuerdo independiente. Para cualquiera de las dos formas que asuma el acuerdo se aplican estos requisitos que veremos a continuación.

Este punto resulta de suma importancia pues es el acuerdo de arbitraje el que pone en funcionamiento el mecanismo arbitral como medio de solución de conflictos. Si el acuerdo no está bien, no habrá arbitraje y veremos frustradas las expectativas de obtener una decisión rápida y eficaz.

En cuanto a la definición y forma, observamos que la LAC, con su característica libertad de forma, acoge lo establecido en la Ley Modelo UNICITRAL y en las Convenciones, esto es, el acuerdo de arbitraje debe contener la manifestación de voluntad expresa de las partes de someterse a arbitraje, señalar las controversias que se someterán a arbitraje (objeto del acuerdo), debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos.

En cuanto a los Contratos de Adhesión; es decir, aquellos que constan en documentos redactados en masa por una de las partes –generalmente la parte económicamente más fuerte– y en los cuales la otra parte se limita a aceptar o no la totalidad de las estipulaciones contractuales fijadas por la parte que redactó el documento, sin poder discutir ni modificar los términos y condiciones de contratación propuestos o con un margen tan pequeño de maniobrabilidad en tal sentido, que por sus efectos puede calificarse como una negación de la libre negociabilidad. (...) la ley exige que la manifestación de voluntad de las partes en el sentido de someter el contrato a Arbitraje, deba hacerse en forma expresa e independiente. En otras palabras, no tendría valor el pacto contenido en una cláusula arbitral impresa en el mismo texto o documento en el cual se establecen las condiciones generales del contrato de que se trate⁶⁷⁶.

En definitiva, son pocos los formalismos que exige la LAC para la validez del acuerdo. Pero vamos a ver que la jurisprudencia venezolana ha exigido requisitos adicionales a los previstos en la LAC y en las Convencio-

sias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

⁶⁷⁶ HUNG VAILLANT, Francisco. Reflexiones sobre el Arbitraje en El Sistema Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos 74. Caracas, Venezuela, 2001.

nes, para la validez del acuerdo de arbitraje, sancionando el incumplimiento de estos con la nulidad absoluta del acuerdo.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre lo relativo a la forma del acuerdo de la siguiente manera:

“(...) la persona que celebre un contrato con cláusula compromisoria o, aquel que pacte un acuerdo independiente de arbitraje, deberá contar con facultad expresa por medio del cual se le autorice para tal fin, pues de lo contrario, al carecer de capacidad suficiente para celebrar válidamente el compromiso arbitral, se degenerará en la nulidad absoluta del acuerdo, pacto o cláusula según se trate, comportando la incompetencia del tribunal arbitraje que se llegue a constituir, y manteniéndose intacta la jurisdicción de los tribunales ordinarios(...)”.

“(...) una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato, y en su lugar, someterlo al conocimiento privado de árbitros mediante la emanación de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable (...)⁶⁷⁷.

Entre las situaciones que han dado origen a estas decisiones, podemos mencionar el hecho de que en ciertos contratos, cuando las partes pactan la cláusula arbitral, seguidamente colocan una cláusula en la cual se someten a la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso, al considerar el TSJ al arbitraje como una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios, prevalece la cláusula de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, dejando sin efecto la cláusula arbitral.

Fundamentada en el arbitraje como excepción a la competencia de los tribunales ordinarios, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa (en lo adelante SPA) se pronunció, frente a una cláusula que previa el arbitraje como opción, de la siguiente manera:

(...) observa la Sala que la Cláusula Séptima de la transacción suscrita por las partes, y que cursa en el folio 15, establece que:

“El incumplimiento parcial o total de cualquiera de las cláusulas de la presente Transacción Extrajudicial dará lugar a su ejecución haciéndose exigible la totalidad del mismo en forma inmediata. En caso que “EL BANCO” proceda judicialmente en contra de “LOS DEUDORES”, ya sea por el incumplimiento parcial o total de cualquiera de las cláusulas de la presente Transacción Extrajudicial, y en caso de cual-

⁶⁷⁷ Hoteles Doral C.A. Vs. Corporación L’Hotels C.A. TSJ/SPA. 20/6/2001.

quier oposición por parte de “LOS DEUDORES”, “EL BANCO” podrá optar entre continuar con el procedimiento judicial elegido ó solicitar que la controversia en el estado en que se encuentre, sea resuelta mediante el mecanismo de Arbitraje Institucional administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC), por parte de un Tribunal Arbitral constituido y regido de conformidad con el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (RGCACCC), que esté vigente para la fecha, así como por la Ley de Arbitraje Comercial.

Así pues, de la simple lectura de la Cláusula Séptima, se observa que no existe una manifiesta e inequívoca actitud de un sometimiento al conocimiento exclusivo en árbitros privados, esto es, no existe una indubitada disposición de renunciar al libre acceso a los órganos de administración de justicia.

En efecto, se observa una disposición de arbitramento de forma optativa, pues se dejó a criterio del “BANCO”, entre recurrir ante la jurisdicción ordinaria o ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, e inclusive, optar por el arbitraje aun cuando se haya iniciado una querrela judicial.

Lo que denota, incuestionablemente, como se dijo, un sometimiento en arbitraje de forma optativa y parcial, esto es, siempre dejando abierta la posibilidad de que alguna de las partes optase por recurrir en vía judicial.

Situación esta última que valora la Sala, conforme a todos y cada uno de los asertos supraexpuestos, pues, como se dijo, el arbitraje siendo que se constituye en una excepción (permisible en cuanto a derecho) de renuncia al derecho constitucional del libre acceso a los órganos de administración de justicia y, a la vez, una situación que disminuye el conocimiento que los Tribunales de la República detentan por rango constitucional, resulta pues, perentorio, que dicha renuncia y sometimiento al mecanismo arbitral sea a través de un compromiso absoluto sin espacios abiertos a diversas opciones y, entre estas, precisamente la judicial.

Dicho en otras palabras, tal y como fue redactada y expresada la voluntad de las partes en la aludida cláusula séptima de la Transacción celebrada, el “BANCO” puede proceder judicialmente o recurrir al arbitramento.

Así pues, de conformidad con la facultad que le otorga a esta Sala el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil por la remisión que de este efectúa el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se interpreta a la aludida cláusula séptima de la transacción en referencia, en el sentido de que el sometimiento en arbitraje –allí contenido– es optativo, para que las partes puedan seleccionarlo como mecanismo alternativo para la resolución de sus controversias; no habiéndose pactado de forma absoluta, la renuncia a toda posibilidad o alternativa de acceso a los órganos de administración de justicia, lo que no enerva su conocimiento en la presen-

te litis, cuando, precisamente, una de ellas ha optado por incoar una acción judicial(...)⁶⁷⁸.

En otro caso, en el cual las partes señalaron específicamente, de manera clara, a nuestro modo de ver, cuál era el objeto del arbitraje, la misma Sala señaló:

(...) Ahora bien, el referido contrato de préstamo, determinó que las controversias que surgieren entre las partes con motivo del mismo, se resolverá por vía de arbitraje, salvo que se trate de la ejecución de las garantías, cuya cláusula de arbitraje se aplicará solo en caso de oposición por parte de los demandados, ciudadanos Armando Díaz Egui y Marisela Riera de Díaz. En efecto, su Cláusula Vigésima Novena, estableció lo siguiente:

“CLAUSULA DE ARBITRAJE: Todas las controversias que se susciten en relación con el presente contrato, deberán ser resueltas definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, que se encuentre vigente para la fecha de la controversia, por uno o más árbitros nombrados de acuerdo con dicho Reglamento. En caso que SOFICREDITO proceda ejecutar las garantías, solo se aplicará esta cláusula en caso de oposición por parte de LOS PRESTATARIOS”.

Así pues, de la lectura de la Cláusula Vigésimo Novena, se observa que en los casos de ejecución de las garantías establecidas en el referido contrato, no existe una manifiesta e inequívoca actitud de un sometimiento en árbitro, ya que esta es aplicable solo en caso que exista oposición por parte de los demandados.

Por tanto, al tratarse el presente caso de una demanda por ejecución de hipoteca, y visto que los demandados en la primera oportunidad en que intervinieron en el juicio, no opusieron como cuestión previa, la eficacia de la referida cláusula compromisoria de arbitraje frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, esta Sala declara que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer del presente caso. Así se declara (...)⁶⁷⁹.

Lo anterior demuestra, entre otras cosas, que la SPA no acoge el principio *favor arbitri*, reconocido internacionalmente como principio del arbitraje moderno, todo lo contrario, al establecer el arbitraje como excepción, nos priva de este principio y en caso de duda presume que el acuerdo de arbitraje no es válido.

⁶⁷⁸ BANCO VENEZOLANO DE CREDITO, S.A.C.A., contra VENEZOLANA DE RELOJERIA, S.A. (VENRELOSA), y otras. TSJ/SPA 24/1/2002.

⁶⁷⁹ VENEZOLANO DE CRÉDITO S.A., BANCO UNIVERSAL, contra los ciudadanos ARMANDO DÍAZ EGUI y MARISELA RIERA DE DÍAZ. TSJ/SPA 27/1/2004.

LA SOLUCIÓN: Conforme a todo lo dicho anteriormente, podemos afirmar que los requisitos para que el acuerdo de arbitraje sea válido en Venezuela, son:

1. Que contenga la manifestación de voluntad expresa de las partes de someterse a arbitraje;
2. Esa voluntad de someterse a arbitraje debe ser manifiesta, expresa e incuestionable, capaz de enervar cualquier conocimiento judicial;
3. Indicar las controversias que se someterán a arbitraje;
4. Debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos.
5. Quien lo suscribe deberá contar con facultad expresa para comprometer en árbitros;
6. En los contratos de adhesión, esa manifestación de voluntad, debe constar de manera expresa e independiente.

4. EXCEPCIÓN DEL ACUERDO O PACTO ARBITRAL FRENTE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

EL PROBLEMA: Cómo hacer valer un acuerdo de arbitraje ante la jurisdicción ordinaria cuando la otra parte intenta desconocer el acuerdo

El último apartado del artículo 5 LAC, señala que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, esto tiene como consecuencias que, al suscribir un acuerdo de arbitraje las partes: primero, se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros; y, segundo, renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

Para nosotros es muy claro que la consecuencia de suscribir un acuerdo de arbitraje, es que bajo ninguna circunstancia, podría quien lo suscribió, acudir a la jurisdicción ordinaria para hacer valer sus pretensiones. Tampoco, podría un juez ordinario entrar a conocer un asunto en el cual exista una cláusula arbitral, ello por dos razones, la primera el arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, y además el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia (principio *Kompetenz-Kompetenz*, artículo 7 LAC⁶⁸⁰).

Sin embargo, la realidad nos dice otras cosas, cuando existe un acuerdo de arbitraje y alguna de las partes acude a los jueces ordinarios a hacer valer sus pretensiones, los tribunales ordinarios han sido incapaces de aplicar el último apartado del artículo 5 en concordancia con lo previsto en el artículo 7, lo que ha complicado enormemente la situación. La parte interesada en hacer valer el acuerdo ha tenido que hacer uso de las previsiones

⁶⁸⁰ El Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje (...)

del Código de Procedimiento Civil⁶⁸¹, y a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia le ha correspondido determinar a quién corresponde la jurisdicción para dirimir las controversias en las cuales exista un acuerdo de arbitraje, en virtud de la exigencia contenida en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil.

La validez y eficacia de un acuerdo de arbitraje queda sujeta a la revisión de los tribunales ordinarios, los que aplicando los artículos 59 (modificado parcialmente por el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado) y 62⁶⁸² del Código de Procedimiento Civil, se han impuesto como obligación consultar sus decisiones con la Sala Político Administrativa, la que tiene en sus manos el destino de ese acuerdo de arbitraje. La Sala Constitucional ya ha establecido que no es necesario hacer la consulta a que se refieren los artículo, ya que no se cumplen ninguno de los dos (2) supuestos taxativos que prevé el artículo 59 *eiusdem* para someter a consulta el fallo por el cual el juez advierte su falta de jurisdicción, a saber: 1) la falta de jurisdicción del juez respecto a la Administración Pública, y 2) la falta de jurisdicción del juez venezolano frente al juez extranjero⁶⁸³.

⁶⁸¹ Artículo 346 CPC.- Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes gestiones previas:

1º La falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de este, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriadad, de conexión o de continencia.

⁶⁸² Artículo 59CPC.- La falta de jurisdicción del Juez respecto de la administración pública, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. La falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero, se declarará de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero. En cualquier otro caso, mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, la falta de jurisdicción solo podrá declararse a solicitud de parte. En todo caso, el pronunciamiento del Juez sobre la jurisdicción se consultará en la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 62. Artículo 57 Ley de DIP. La falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero se declarará de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso. La solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que haya sido dictada la decisión correspondiente. En caso de afirmarse la jurisdicción de los Tribunales venezolanos la causa continuará su curso en el estado en que se encuentra al dictarse la decisión, pero la decisión que la niegue deberá ser consultada en la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, a cuyo efecto se le remitirán inmediatamente los autos y si es confirmada se ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa. Artículo 62 CPC.- A los fines de la consulta ordenada en el artículo 59, el Tribunal remitirá inmediatamente los autos a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, suspendiéndose el proceso desde la fecha de la decisión. La Corte procederá luego de recibidas las actuaciones, a decidir la cuestión, lo cual hará dentro de diez días, con preferencia a cualquier otro asunto.

⁶⁸³ SOFICRÉDITO BANCO DE INVERSIÓN C.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y Sede en Caracas el 4 de diciembre de 2000, que declaró con lugar la acción de amparo constitucional ejercida de GRUPO INMENSA C.A., y CORPORACIÓN DE METALES Y ESMALTES VALENCIA C.A. (CORESMALT), contra las decisiones de 1 de febrero y 22 de septiembre

Tal actividad de los jueces de instancia no solo contradice lo ya establecido por la Sala Constitucional, sino que además, dilata el proceso y viola el principio *Kompetenz-Kompetenz*, quitándole la facultad dada por las partes al tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia.

No conformes con que hay que someterse a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria para saber si es válido o no el acuerdo de arbitraje, cuando se demanda ante sus jueces en presencia de un acuerdo de arbitraje, la jurisprudencia ha regulado esta situación con una serie de exigencias en cabeza de los jueces ordinarios, en la ya mencionada sentencia *Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L'Hotels C.A.*, señala que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

- a) (...) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.
- b) La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas estas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos estos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

- (b1) La denominada “Renuncia Tácita al Arbitraje”, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de

de 2000, dictadas por el Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y Sede en Caracas y el laudo arbitral del 11/8/2000. TSJ/ SALA CONSTITUCIONAL. 23/5/2001.

Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (...)

(b2) (...) Como segundo aspecto a ser valorado, se observa la tentativa de “Fraude Procesal en el Arbitraje”.

En efecto, una vez que las partes han celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, resulta probable que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetiva, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral.

En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte cocontratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no solo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano.

Tales situaciones pueden ser, entre otras, (i) que una de las partes proceda a demandar por ante la jurisdicción ordinaria, aun a sabiendas de la existencia previa de un compromiso arbitral, contenido tanto en una cláusula compromisoria como en un pacto independiente, en cuyo supuesto, no podría reputarse a tal conducta procesal como fraudulenta *per se*, pues las partes siempre quedarán en la libertad de disolver el pacto compromisorio (mutuamente). En ese sentido, dicha interposición unilateral de una demanda judicial, se constituiría en una renuncia –aún no eficaz– condicionada a la voluntad de la contraparte, pues, si esta última aviene en proseguir la querrela judicial (tanto expresamente como tácitamente –supra–), solo así, resultará desechado el compromiso arbitral antes celebrado, en caso contrario, esto es, en el supuesto que la parte demandada oponga en forma la excepción de arbitraje, no prosperaría la intención unilateral de renunciar al compromiso arbitral por parte del demandante judicial.

Otra conducta (ii) destinada a revertir o disolver al pacto o acuerdo compromisorio y, por ende, orientado a dejar expedita la vía judicial, sería un acuerdo autónomo y posterior, en el cual las partes, manifiesten –expresamente– su voluntad de apartarse del compromiso previamente celebrado. Supuesto este último que en modo alguno, podría estimarse como fraudulento, cuando deviene de la voluntad bilateral de lo contratantes y, máxime aún, cuando no existe proceso instaurado alguno (tanto judicial como arbitral).

Mientras que, por lo contrario, (iii) conducta procesal que indiscutiblemente sí sería reputable como fraudulenta, aquella en la cual, una vez iniciada una contienda judicial y en la cual las partes voluntariamente se han sometido a la decisión de mérito de la jurisdicción ordinaria, posteriormente, cualquiera de aquellas pretenda hacer valer la cláusula o compromiso arbitral en aras de constituir un Tribunal Arbitral, pues como ha sido expuesto, el haber convenido en someterse al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se constituye en una renuncia tácita al acuerdo arbitral.

En similar sentido al supuesto anterior –en cuanto reputar como una conducta orientada a generar fraude procesal–, (iv) aquella en la cual, las partes se orienten a la consecución de un procedimiento arbitral, esto es, hayan ya iniciado un procedimiento arbitral destinado a la constitución de un Tribunal Arbitral (por la existencia previa de cláusula o pacto compromisorio) y, posteriormente, cualquiera de ellas interponga una demanda judicial, aduciendo la ineficacia o invalidez de la cláusula compromisoria. En ese supuesto, resultará evidente la tentativa de fraude procesal, dado que, en primer término, la parte accionante judicialmente, estaría pretendiendo inobservar o sustraerse de un procedimiento arbitral no solo al que se sometió expresamente al momento de su inicio, sino también, al que se comprometió al momento de contratar⁶⁸⁴.

Cuando exista una cláusula arbitral en un contrato y se demande ante los tribunales ordinarios, la parte interesada en hacer valer la cláusula deberá interponer la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 CPC.

El juez, por su parte, a la luz de la jurisprudencia del TSJ, debe analizar si el acuerdo de arbitraje es válido, a los fines de sustraer la litis del conocimiento de los tribunales ordinarios.

LA SOLUCIÓN: Según la jurisprudencia, interponer ante la jurisdicción ordinaria la excepción del acuerdo o pacto arbitral cuando se demande ante los tribunales ordinarios y exista un acuerdo de arbitraje.

A nuestro modo de ver, esta no es la forma más adecuada para hacer valer un acuerdo de arbitraje ante la jurisdicción ordinaria. Sería suficiente

⁶⁸⁴ Véanse también: Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. vs. Venezolana de Relojería S.A. y otros, TSJ/SPA 29/01/2002; INVERSIONES SAN CIPRIAN, C.A., e INVERSIONES MILL'S, C.A., contra CIUDAD COMERCIAL PORLAMAR, C.A. (C.C.P.). TSJ/SPA 11/6/2002; VENEZOLANO DE CRÉDITO S.A., BANCO UNIVERSAL, contra los ciudadanos ARMANDO DÍAZ EGUI y MARISELA RIERA DE DÍAZ TSJ/SPA 27/1/2004.

con que se alegara el último apartado del artículo 5 (el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria), en concordancia con el artículo 7 LAC (el tribunal arbitral esta facultado para decidir acerca de su propia competencia). Recordemos que la LAC es posterior a nuestro CPC, por lo que no podemos pretender que este prevea toda circunstancia que este mundo globalizado nos impone.

5. MEDIDAS CAUTELARES

EL PROBLEMA: Pueden los tribunales ordinarios dictar medidas cautelares.

En Venezuela, los tribunales arbitrales, tienen facultad para decretar medidas cautelares pero no para ejecutarlas, esta ejecución corresponde siempre a los Tribunales de Primera Instancia. Veamos cómo regula nuestro legislador esta materia:

Artículo 26 LAC. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

Artículo 28 LAC. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrán pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

La jurisprudencia ha establecido que los Tribunales ordinarios en Venezuela no tiene jurisdicción para dictar medidas cautelares en la etapa previa al arbitraje:

(...) del artículo transcrito (26 LAC) se desprenden dos circunstancias, de un lado, la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar; de otro lado, precisamente que la materia o ámbito de la medida está constituida por el objeto en litigio, entendido, claro está y como ha sostenido la doctrina patria, no solo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal. (Ver sentencia de esta Sala N° 2.161 de fecha 10 de octubre de 2001).

Aunado a lo anterior, resalta la sala que a los fines de dictar dicha medida el tribunal tendría que analizar, en primer lugar el *fumus boni iuris*, el cual es comprendido como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiendo entonces revisar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama; implicando entonces el necesario examen sobre cuestiones relacionadas con el fondo del asunto debatido, cuyo conocimiento le está vedado, al menos en esta etapa previa al arbitraje propiamente dicho.

Asimismo tendría que revisar el *periculum in mora*, cuya verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si este existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En consecuencia, tal como señaló el *a quo* en su decisión de fecha 11 de agosto de 2003, considera la sala que en esta etapa del proceso los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada, en virtud de que tal posibilidad no está prevista en su ordenamiento legal interno. Así se decide (...)⁶⁸⁵.

Declarar que los tribunales ordinarios venezolanos no pueden dictar medidas cautelares, refleja la aplicación del último apartado del artículo 5 de la LAC, de acuerdo con el cual, el arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, y del artículo 26 LAC, que atribuye la facultad de dictar medidas cautelares al tribunal arbitral, en consecuencia, solo el tribunal arbitral puede dictar medidas cautelares.

6. AMPARO CONTRA LAUDO

Otro PROBLEMA que merece ser analizado es el relativo a la posibilidad de intentar una acción de amparo contra un laudo arbitral.

Según la jurisprudencia, un laudo arbitral puede ser objeto de amparo, si él infringe derechos o garantías constitucionales en perjuicio de uno de los afectados por dicha infracción⁶⁸⁶.

La doctrina, se ha pronunciado en contra de dicho argumento, alegando que si el laudo viola garantías constitucionales del proceso, los supuestos del artículo 44 LAC son lo suficientemente amplios para que la vía de la nulidad del laudo sea suficiente para remediar la violación⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ TIM INTERNATIONAL N.V./TSJ/SPA 10/12/2003.

⁶⁸⁶ Servicios y Transporte Marinos Maca, C.A., TSJ/ SALA CONSTITUCIONAL 20/12/2002

⁶⁸⁷ HUNG VAILLANT, Francisco. Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos 74. Caracas, Venezuela, 2001.

Al respecto, consideramos que el encabezamiento del artículo 43 es bastante claro cuando establece que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Al decir únicamente se entiende que no es posible interponer ningún otro recurso contra un laudo dictado en Venezuela. Esto despeja las dudas con respecto a la posibilidad de utilizar los recursos que nuestro sistema jurídico pone a disposición de las partes para atacar una sentencia emanada del Poder Judicial. El laudo solo es asemejado a la sentencia por la LAC, en lo que respecta a su ejecución forzosa, pero no en lo que respecta al régimen de los recursos.

El artículo 44 LAC, señala de manera taxativa, cuáles son los motivos por los que un tribunal ordinario puede declarar la nulidad de un laudo arbitral, este artículo, reproduce, con ciertas variantes, lo previsto en el artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL. Dichos motivos NO le permiten al juez revisar el fondo de la controversia, es decir, el contenido del laudo.

Estas causales son taxativas y ello se infiere de lo previsto en el artículo 45 de la LAC cuando señala que no se admitirá el recurso de nulidad cuando las causales alegadas no se correspondan con las señaladas en esta Ley. Esto nos confirma que solo es posible atacar un laudo por las razones consagradas en el artículo 44 LAC, de alegarse algún otro motivo el recurso no podrá ser admitido.

En nuestra opinión son suficientes las razones arriba indicadas para concluir que contra el laudo no procede el amparo. Sin embargo, la solución a este problema la tienen los abogados y es muy sencilla, consiste en entender que el arbitraje no tiene una segunda instancia y que por ser un pacto de caballeros, frente a lo decidido por los árbitros (laudo) lo primero que hay que pensar es cómo cumplirlo y no como impugnarlo.

7. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con los criterios que actualmente sostiene el TSJ, no es posible someter a arbitraje ninguna relación arrendaticia, ya que la materia regulada por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, es considerada de orden público.
2. La SPA establece altas exigencias a la hora de declarar la validez de un acuerdo de arbitraje y remitirlo al conocimiento de los árbitros, y esto lo justifica considerando que el arbitraje es una excepción.
3. No acoge el principio *favor arbitri*, todo lo contrario, en caso de duda presume que el acuerdo de arbitraje no es válido.
4. Si los tribunales ordinarios acataran la previsión del último apartado del artículo 5, en concordancia con el artículo 7 y remitieran el asunto al conocimiento de árbitros cuando existe un acuerdo de arbitraje, se respetaría el principio Kompetenz-Kompetenz, no se presentaría el problema de tener que oponer la falta de jurisdicción ante los tribuna-

les ordinarios, ni se retrasarían los procedimientos y se descongestionarían tanto los tribunales ordinarios como el TSJ.

5. En manos de los que actuamos como operadores del arbitraje está no abusar del uso del recurso de nulidad para atacar los laudos, respetar lo decidido en ellos y, sobre todo, no utilizar el amparo en ningún caso y mucho menos, porque la decisión arbitral nos es desfavorable.

8. BIBLIOGRAFÍA

- GABALDÓN, Frank. Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial. Ed. Livrosca, C.A. Caracas 1999.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. El Arbitraje Comercial en Venezuela. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas, Venezuela, 2000.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo y KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge. Nuevo Régimen Jurídico sobre Arrendamientos Inmobiliarios. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Ed. Torino. 2ª Edición. Caracas, Venezuela, 2004.
- HUNG VAILLANT, Francisco. Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos 74. Caracas, Venezuela, 2001.
- Para información sobre la jurisprudencia puede visitar: www.tsj.gov.ve