

Autoridades de la Universidad

Dr. Marcelo José Villar
Rector

Dra. Claudia Vanney
Vice Rectora de Asuntos Académicos

Prof. Cristina Fernández Cronenbold
Vice Rectora de Estudios

Cdor. Fernando Macario
Vice Rector de Asuntos Económicos

Mag. Jorge Albertsen
Secretario General

Autoridades de la Facultad de Derecho

Dr. Juan Cianciardo
Decano

Abog. Carlos González Guerra
Secretario Académico

Rodolfo L. Vigo
Alejandro Altamirano
Consejeros

Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial

Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial

Dr. Julio Barberis
Dr. José O. Casás
Dr. Enrique V. Del Carril
Dr. Juan Pablo González González
Dr. Julio César Otaegui
Dra. Silvana Stangaç

Coordinadores: Mag. Enrique H. Del Carril, Mag. Jorge Echeverría y
Mag. Santiago Finn

Barousse, Maria Paz

La resignificación de la función del juez a la luz de los métodos alternativos
/ Maria Paz Barousse ; dirigido por Susana Cures. - 1a ed. - Buenos Aires :
Universidad Austral, 2009.

112 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-950-893-689-9

1. Sistema Judicial. 2. Jueces. 3. Enseñanza Superior. I. Cures, Susana, dir. II.
Título

CDD 347.014

Fecha de catalogación: 26/06/2009

Copyright © 2009 by La ley S.A.E. e l.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

I.S.B.N. 978-950-893-689-9

MAESTRIA EN DERECHO Y MAGISTRATURA JUDICIAL

María Paz Barousse

Directora: Susana Cures

LA RESIGNIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ A LA LUZ DE LOS
"MÉTODOS ALTERNATIVOS"

Agosto de 2008

PRESENTACIÓN

“...cuando la mariposa rompe la crisálida, se la ve aparecer casi inmóvil, con las alas pegadas... y cuando uno empieza a inquietarse por ella... de pronto la mariposa levanta vuelo...”

EDGAR MORIN

Es un honor para mí presentar este trabajo y a su autora en la publicación de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. La Ley, en virtud de haber sido elegido entre las mejores tesinas de la Maestría de Derecho y Magistratura Judicial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Conozco a María Paz Barousse desde su adolescencia, cuando soñaba con llegar a ser estudiante de Derecho. Soñó después con ser abogada y, antes de recibirse, compartió conmigo sus sueños de ejercer el derecho “de otra manera”. En consonancia con esos sueños un día me planteó su inquietud por formarse en “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. La acompañé en toda su preparación; me acompaña desde entonces en mi trabajo en la Facultad de Derecho de la U.B.A.

Finalizando la Maestría en la Universidad Austral, eligió el tema de su tesina. Era un enorme desafío pero me resultó muy fácil abordarlo con ella. No siento haber dirigido su tarea; sólo colaboré un poco en la organización de sus ideas, volcadas en el plan de trabajo y desarrolladas luego en los distintos aspectos que contempla su labor. Recuerdo las ricas conversaciones de intercambio en el plano doctrinario y en el vivencial: son precisamente esos planos los que, con alcance de transversalidad, permitieron construir su trabajo.

En efecto, ambos aspectos se advierten desde la Introducción, con su referencia a los nuevos paradigmas para el manejo de conflictos interpersonales, y a su intento por “demostrar una nueva perspectiva acerca de la misión primordial de la justicia”.

Se profundizan en la Primera Parte, que reflejan el espíritu de investigación de la autora, traducido en la información actualizada y en las afirmaciones apoyadas en fuentes que minuciosamente se especifican, tanto nacionales, como extranjeras, con referencias, asimismo, al derecho de la integración regional.

Se abren como un abanico creativo y multifacético en la Segunda Parte, con sus consideraciones revalorizadoras de la labor del juez a través de su

función conciliadora, que le posibilitará “sanear conflictos”, tanto frente a los justiciables como en el liderazgo que ejerce en la actividad interna de la oficina judicial. Esta es la función que desemboca en la posibilidad de aplicar en ella las técnicas que conllevan los métodos alternativos, a través de la utilización de las herramientas y habilidades que manejan los operadores en ellos: aparece así la idea motora y central, que la autora desgrena en distintas factibilidades e implicancias.

Finalmente, la tesina aporta una detallada enumeración de Conclusiones -paradojalmente útiles también para fundamentarla-. Se apoyan en principios filosóficos y valores éticos como el acceso a la justicia, los espacios para el diálogo, el consenso en el disenso, la búsqueda de la paz, la importancia de conocer la dinámica del conflicto para trabajar en su abordaje, gestión, resolución y, en muchos casos, prevención del mismo.

A todas ellas pudo arribar la autora a través de la posibilidad en el “día a día” de llevar a cabo la articulación de sus conocimientos, con la conflictiva a la que puede acceder, por su desempeño en el Juzgado Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, acompaña como Anexo que complementa su trabajo, los resultados de una Encuesta realizada a Funcionarios y Magistrados de doce Juzgados del fuero Civil y Comercial de dicho Departamento Judicial.,

Participando desde hace años de las ideas que impulsan la concepción de “una nueva abogacía” -que de respuestas adecuadas a la conflictiva del hombre de hoy-, y de la necesidad de formar “abogados para la paz”, presento la tesina con esperanza y satisfacción. Esperanza de ver aplicaciones ampliadas de los métodos alternativos, con perspectivas inimaginables hasta hace muy poco tiempo; satisfacción vivificante al descubrir a jóvenes abogados que, con apasionamiento creativo, se proponen desarrollarlas.

Agradezco a María Paz Barousse por invitarme a acompañarla, al Jurado que coronó sus esfuerzos con la máxima calificación académica, a la Universidad Austral que la reconoció posibilitando la llegada a los lectores y, tal vez, la apertura de nuevos espacios para el diálogo y la discusión fecunda.

SUSANA CURES

PRÓLOGO

Como integrante del jurado de esta tesina, he tenido el placer intelectual de analizar y juzgar la seriedad académica con que María Paz Barousse ha investigado el impacto de los métodos alternativos en la función del juez como así también, la tendencia creciente a declarar como política pública de estado el uso de estos mecanismos como vías de acceso a justicia. Su trabajo mereció que el tribunal le otorgara el título máximo académico; la felicitación a la graduada y a su directora Dra. Susana Cures cuya trayectoria en el movimiento de Resolución Alternativa de Disputas y su pasión por impulsarlo y transmitirlo a las nuevas generaciones es ampliamente conocida.

Por lo dicho, es una satisfacción introducirla a los lectores quienes seguramente disfrutarán con este excelente trabajo.

En una primera parte la autora presenta un amplio y detallado panorama de los métodos alternativos. Su inserción en un nuevo paradigma de resolución de conflictos, los principios que lo sustentan y desarrollos más relevantes. Nada escapa a su mirada y reflexión, los modelos y los maestros fundantes: Mary Parker Follet, pionera de principios del siglo XX, Albie Davis, Roger Fisher, William Ury, entre otros.

La segunda parte de esta investigación está dedicada a mostrar cómo los métodos alternativos están impactando en el rol del juez.

Más de cuatro décadas de experiencia, como abogada litigante primero, luego como jueza civil de primera y segunda instancia y frente a la crisis de la justicia, me llevaron a preguntar en la década de los ochenta 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, en cambio, si se trata de "un modelo saturado" que requiere ser sustituido por otro. En la lectura de esta publicación se podrá encontrar la fundamentación de una respuesta afirmativa. Desde el sector judicial Barousse nos trae el pensamiento de grandes innovadores, tal es el caso del Magistrate Judge Wayne Brazil y el de Lord Woolf, Lord Chief Justice of England and Wales y autor de la Reforma de la Justicia Civil de 1990, quien sostuvo que el juez tiene un rol primordial cual 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 sólo los que no puedan resolverse sigan el camino de la justicia formal. Una de las oportunidades que tiene el juez para cumplir con este deber que le impone el

nuevo rol es la audiencia de conciliación tema que es abordado por la autora en la última parte de su trabajo.

Espero que la publicación de esta obra, merecedora de elogios, tenga amplia difusión y comprensión entre todos los operadores del derecho.

GLADYS STELLA ALVAREZ

AGRADECIMIENTOS

A Susana Cures, directora de esta tesina, quien es mi verdadera Maestra. La palabra MEDIACION la escuché por primera vez de su parte a principios de la década del noventa. Por lo tanto, es hacia ella mi primer reconocimiento. Mi pasión por los métodos alternativos, mi consustanciación con la nueva cultura que proponen, mi convencimiento de que forman parte de la nueva abogacía, mi formación y entrenamiento en A.I.R.A.D., mi experiencia docente durante ocho años ininterrumpidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos; todo esto, también se lo debo a ella. La considero Maestra porque sus enseñanzas no se limitan a lo teórico o al acercamiento a grandes pensadores, sino a su modo de vivir, de enseñar y de trabajar desde su profesión de mediadora. La profesora Cures transmite experiencias, vivencias, modos de hacer y de relacionarse con el otro y ésa es, a mi modo de ver, la manera en que se aprenden los métodos alternativos.

También agradezco enormemente al juez Campolongo Alvarez por acercarme la invaluable posibilidad de intervenir, a diario, en las audiencias de conciliación. Sin esas prácticas, no hubiera podido siquiera pensar este trabajo. Las audiencias de conciliación me sirvieron para pasar de la teoría a la práctica, para ratificar mi convencimiento de que existe un campo extraordinario de posibilidades de acercamiento que se pierden, si un tercero neutral no interviene proactivamente en el conflicto, y para asumir plena conciencia de lo difícil que resulta operar como tercero en un conflicto.

Por último, agradezco, por sus diversos aportes, a Fernando Soustiel, a María y Juan Lahitou, a Alexia Barousse y a mis compañeras de equipo de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial.

“...el juez se convierte en un ingeniero que ayuda a construir el tejido social a través de la armonía, el equilibrio, la prudencia, buscando la pacificación social y no creando más conflictos...la función del juez y del Poder Judicial es pacificar la sociedad, a través de la promoción del diálogo. Eso es lo que la gente espera del Poder Judicial”.

Dr. Ricardo Lorenzetti, Ministro
de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación (1)

INTRODUCCION

El objeto de la presente tesina consiste en analizar el posible impacto de los métodos alternativos de resolución de conflictos en la función del juez. Dicho en otras palabras, cómo modificó la tarea del juez el aporte de los conocimientos propios de los “métodos”; cuáles son los motivos por los cuales resultaría valioso para los jueces el conocimiento y la aplicación de principios y técnicas propias de los métodos alternativos.

La temática que se abordará a lo largo del presente trabajo reviste un particular interés en la actualidad. En primer lugar, debido a una tendencia universal al fomento de políticas públicas orientadas al uso y desarrollo de los “métodos” por parte de los tres poderes del Estado pero, muy especialmente, por parte del Poder Judicial. En segundo lugar, debido a que se advierte –en nuestro país– una incipiente tendencia a considerar a las audiencias de conciliación como una posible solución para ofrecer algún tipo de respuesta rápida y concreta ante la sobrecarga de causas en los diferentes juzgados.

La primera parte de la investigación, estará dedicada propiamente a los métodos alternativos. Se abordará su concepto, los principios sobre los cuales se sustentan, la nueva cultura que propician, así como también la evolución y utilización que han tenido en los Estados Unidos, la Unión Europea y la Ar-

(1) Cita extraída de la conferencia dictada por el Ministro Ricardo Lorenzetti en el marco de las “Primeras Jornadas de Derecho Judicial. La eficacia en el Servicio de Justicia”, organizadas por el Departamento de Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, del 3 al 5 de julio de 2008.

gentina. Además, se hará mención a los distintos sistemas de implementación de los métodos alternativos y su interrelación con el Poder Judicial.

La segunda parte del trabajo, estará focalizada en la función del juez. En primer lugar, se analizará la revalorización de la función conciliadora ponderando los argumentos a favor y en contra que jueces y doctrinarios presentan respecto a esta tarea. En segundo lugar, se presentará el desafío que importa introducir en la audiencia de conciliación la visión, las técnicas y las herramientas de los nuevos métodos de abordaje de conflictos. Para ello, se hará referencia a cinco aspectos fundamentales: el cambio de mentalidad, la preparación de la audiencia, el protagonismo de las partes, la confidencialidad y la promoción por parte del juez de los métodos alternativos. En tercer lugar, se analizará cómo el compromiso del juez con los nuevos paradigmas sobre resolución de conflictos puede contribuir a lograr un manejo adecuado de los conflictos dentro de la oficina judicial. Por último, se reflexionará sobre la formación y capacitación que resultaría útil que adquieran quienes tengan la posibilidad de aplicar técnicas propias de los métodos alternativos. Se incluye dicha temática, tanto debido a que para operar desde la nueva visión descrita resulta ineludible contar con una formación especializada, como a que la formación y el compromiso con estos métodos se convierte en el "requisito fundamental" a los efectos de producir un cambio radical en el sistema de administración de justicia.

Mi hipótesis de trabajo arriesga que si los operadores en conflictos interpersonales aplican técnicas de los métodos alternativos, y se consustancian con su filosofía, entonces los procesos judiciales dejarán de ser vistos como un espacio de lucha y confrontación (en los que se persigue consagrar a un vencedor y a un vencido, a un ganador y a un perdedor, a un culpable y a un inocente) para pasar a ser considerados procedimientos que si bien tienen, como objeto inmediato, poner fin a una controversia jurídica, su norte apunta, inexorablemente, a sanear el conflicto planteado. Se intentará demostrar una nueva perspectiva acerca de la misión primordial de la justicia que permitirá diseñar las más variadas estrategias metodológicas para alcanzar el objetivo.

Al inicio de la investigación, tuve acceso a abundante material publicado en nuestro país sobre métodos alternativos, conflictos en general, negociación y mediación en particular, pero a escasa bibliografía respecto a la "conciliación judicial" desde la perspectiva de la nueva cultura que propician los métodos alternativos. Muchos planteos e interrogantes que se me presentaban a partir de mi práctica e intervención en las audiencias de conciliación, los descubrí abordados por jueces y doctrinarios extranjeros. Si bien los contextos de otros países suelen ser bien distintos a los nuestros, me encontré con un sorprendente denominador común respecto a las problemáticas analizadas. Por ello, en la presente tesina, se recurrirá en gran parte al aporte de esos autores extranjeros, cuyo pensamiento fue recogido en multiplicidad de publicaciones.

PRIMERA PARTE: LOS METODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

1. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos

1.1 Los cambios en los albores del nuevo milenio

El comienzo del nuevo milenio nos encuentra ante un mundo signado por la inmediatez, la complejidad y una revolución paradigmática en el campo del conocimiento.

Alvin y Heidi Toffler sostienen que nos encontramos inmersos en tiempos de cambios vertiginosos, en tiempos de plena creación de una nueva civilización a la que denominan: "la tercera ola". Mientras para los mencionados autores la "primera ola" estuvo marcada por la revolución agrícola y la segunda por la revolución industrial, esta nueva transformación surge a partir de la revolución operada en el campo de la información. La "tercera ola" se encuentra signada por nuevas premisas sobre el conocimiento. En este nuevo orden, ningún recurso resulta más valioso que el saber. Un saber que se presenta como inagotable e incide sobre otros recursos esenciales como el tiempo, el espacio y el capital. (2)

La complejidad del mundo actual nos obliga a nuevos interrogantes y nuevos diálogos entre todos los actores de cada proceso social. Diferentes perspectivas en el análisis de un problema ya no son resignificados como desorden y las crisis son consideradas como información compleja y no como ausencia de orden. (3)

Edgar Morin plantea un nuevo método para el saber, un "paradigma de complejidad para el conocimiento". No se buscará ya una teoría unitaria o un conocimiento general sino encontrar un método que detecte las articulaciones entre los distintos saberes. El método consistirá en "aprender a aprender". (4)

(2) Cfr. TOFFLER, Alvin y Heidi, "La creación de una nueva civilización. La política de la tercera ola", Barcelona, Plaza & Plaza, 1996, p. 36

(3) Cfr. SCHNITMAN, Dora Fried, "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", Barcelona, Paidós, 1994, p. 20.

(4) Cfr. SCHNITMAN, Dora Fried, op. cit., p. 24

Dora Schnitman -doctora en psicología, docente de postgrado en la Facultad de Psicología de la UBA y en diversas Universidades Latinoamericanas- expresa que "la pérdida de la certeza que atraviesa la cultura contemporánea lleva a una nueva conciencia de la ignorancia, de la incertidumbre. El poder preguntarse, el dudar sobre la duda introduce así una reflexión sobre la reflexividad, un proceso de segundo orden" (5). De esta manera, según la autora, se evitará la reducción de una situación compleja a un discurso lineal con un punto de partida y un punto final.

W. Barnet Pearce, experto en el área de comunicación, afirma que a partir del surgimiento de los medios electrónicos asistimos a una nueva era en lo que concierne a esta disciplina. Según el autor el nuevo paradigma ha puesto en primer plano a la comunicación y al mismo tiempo cuestiona cómo pensar acerca de ella. Así, por ejemplo, refiere el autor que las ciencias sociales, desde la visión del nuevo paradigma, son consideradas como comunicación entre un grupo de individuos autodenominados investigadores y otros llamados sujetos. Este tipo de encuentros serían considerados no mera transmisión de información sino eventos comunicativos que capturan de una manera más directa las interacciones participativas. (6)

El nuevo paradigma se ve reflejado en los profundos y veloces cambios que se están operando en distintos campos.

Según describen Alvy y Heidi Toffler, en el ámbito económico, las economías basadas en la producción en serie -propias de la segunda ola- dan lugar a producciones desmasificadas, heterogéneas, adaptadas a las necesidades específicas de cada sector. El intercambio de información entre todas las unidades requiere del uso de nuevas tecnologías, computadores, redes y sistemas de comunicación. "Las naciones de la tercera ola venden al mundo información e innovación, gestión, cultura y cultura popular, tecnología de punta, programas informáticos, educación, formación profesional, asistencia sanitaria y servicios financieros y de otros tiempo" (7). A su vez, "la globalización empresarial y financiera, exigida por las economías en vanguardia de la tercera ola, perfora la soberanía nacional". (8) Se consolidan así los bloques de integración regional.

Desde el punto de vista de las organizaciones, los complejos sistemas de producción de la tercera ola requieren -en lugar de las estructuras burocráticas y jerárquicas- organizaciones dinámicas, flexibles, integradas y bien gestionadas para reaccionar ante los abruptos cambios de los tiempos actuales

(5) SCHNITMAN, Dora Fried, op. cit., p. 24

(6) Cfr. PEARCE, W. Barnett, "Nuevos modelos y metáforas comunicacionales: El pasaje de la teoría a la praxis, del objetivismo al construccionismo social y de la representación a la reflexividad" en SCHNITMAN, Dora Fried, op. cit., p. 268 y sgtes.

(7) TOFFLER, Alvin y Heidi, op. cit.,pág. 36

(8) TOFFLER, Alvin y Heidi, op. cit., p. 39

El filósofo francés Michel Maffesoli, propone pensar a la sociedad contemporánea como “un espacio donde deambulan tribus culturales, diferentes e inestables agrupaciones de interés...” No hay pueblo, dice Maffesoli, sino grupos que toman configuraciones distintas y duran lo que dura el acto que los convoca (9). En la misma línea de pensamiento, Jean François Six sostiene que la tendencia actual de exacerbar las identidades individuales conduce a que los individuos se encierren en sus propias esferas o creen “grupitos de apoyo en los que se encuentra con sus semejantes”. Explica que la sociedad se encuentra escindida, atomizada y esquizofrénica. (10)

Estos cambios traen aparejados el surgimiento de una nueva conflictiva signada por la urgencia y la complejidad, que ya no encuentra respuestas apropiadas dentro del marco provisto por el paradigma anterior. Se hace necesario entonces pensar en nuevos caminos, diseñar nuevas instituciones que resulten adecuadas para atender a los requerimientos de los tiempos actuales. En otras palabras, “la respuesta radica en medidas imaginativas y nuevas para acomodar y legitimar la diversidad, en instituciones sensibles a las necesidades” (11)

Advierten los Toffler que no es la diversidad la que trae más conflictos sino la falta de instituciones apropiadas para canalizar las situaciones de divergencia. En la misma línea, entienden que no son los cambios los que aumentan el riesgo de violencia sino el intento de abordarlos desde estructuras obsoletas.

En este contexto, surgen los “Métodos Alternativos”. Aparecen como nuevas respuestas creativas, participativas, flexibles, rápidas y, por sobre todo, pacíficas para atender las nuevas problemáticas del hombre y de las sociedades actuales.

El filósofo y escritor Jean François Six –presidente del Centro Nacional de la Mediación con sede en París– afirma que si se invoca sin cesar a la mediación no es por casualidad sino porque se ha convertido en una real necesidad del hoy y del mañana. Según el autor, esto obedece a que “nuestra sociedad ha entrado en una era de inmediatez y en una era de incertidumbre”. Inmediatez en tanto la urgencia domina el escenario. Incertidumbre debido a que el individuo ya no puede ampararse en el orden impuesto desde la autoridad. Afirma el autor:

“Hasta ahora las instituciones –y el Estado especialmente– se hacían cargo de los destinos individuales; el colectivo preparaba el futuro del individuo de una manera poderosa y generosa. Pero hoy cada uno sabe en el interior

(9) MAFFESOLI, Michel, “Les Temps des Tribus, le declin de l’individualisme dans les sociétés de masse, Paris, Meridiens Klincksieck-fluo, 1988, 112 y ssqtes, citado por SARLO, Beatriz en “Tiempo presente”, Buenos Aires, 2001, Siglo XXI Editores Argentina SA, p. 57

(10) SIX, Jean François, “Dinámica de la mediación”, Barcelona, Paidós, 1997

(11) TOFFLER, Alvin y Heidi, op. cit., p. 39

de su corazón, que esos apoyos vacilan y que tendrá, pues, que contar consigo mismo para construir, con otros individuos que sufren los mismos males, una red nueva de solidaridad. El futuro está en los otros. Esto es tan cierto para los individuos como para las naciones... La mediación implica siempre el reconocimiento mutuo: entre los pueblos de Europa, entre palestinos e israelíes. No se trata de la protección que viene de arriba, institucional, binaria, que establece un criterio de coexistencia en el que cada uno se mantiene en sus posiciones; se trata de la paridad igualitaria, al admitirse cercanos y diferentes, semejantes y distintos. Y esto por la mediación: es decir, dos pueden reconocerse el uno al otro porque son uno y otro reconocidos por un tercero o terceros".(12)

La profesora Dora Fried Schnitman lo sintetiza de la siguiente manera:

"...frente a los profundos cambios en las condiciones de la vida contemporánea, se están desarrollando, creando y probando en distintos ámbitos nuevos métodos que permitan operar efectivamente en un mundo de creciente interconexión y cambio. Ello implica: el desarrollo de una nueva cultura, de nuevos modelos que permitan actuar frente a la complejidad, la ambigüedad y el caos. En suma: nuevos paradigmas, no sólo para la teoría sino para la vida." (13)

1.2 El cambio de paradigma en la resolución de conflictos

Entre otras cosas, "el derecho es un sistema de gestión de conflictos, tanto privados como públicos" (14), un sistema que cumple el rol de "brindar apoyo a sus miembros para resolver conflictos".(15)

Durante el siglo pasado, el proceso judicial a cargo del Estado fue prácticamente el único método utilizado por los operadores del derecho, para zanjar las diferencias de índole jurídica entre las personas.

Sin embargo, desde hace algunas décadas, se viene gestando un movimiento que propone nuevos métodos para el abordaje de los conflictos interpersonales y que rechaza la concepción tradicional de concebir al juicio como la única respuesta frente a una controversia.

A estos nuevos métodos, se los denomina: "métodos alternativos". Y si bien, lo alternativo se define en función de lo "principal" -el clásico proceso judicial- también se los designa métodos apropiados, adecuados o creativos de resolución de conflictos, pudiendo denominarlos asimismo "métodos alterna-

(12) SIX, Jean François, op. cit.

(13) SCHNITMAN, Dora Fried, op. cit.

(14) GUIBOURG, Ricardo A., "El punto de vista en el derecho", La Ley del 26/10/2006.

(15) ENTELMAN, Remo, "Teoría de Conflictos: Hacia un Nuevo Paradigma", Barcelona, Gedisa, 2002.

tivos a la violencia” (entendida ésta en sus más diversas manifestaciones) (16). La denominación métodos apropiados, adecuados o creativos, alude a los diseños flexibles (17) que proponen estos métodos según el estado de evolución del proceso conflictivo, la materia de discusión y las características de los actores.

Ellos participan de una cultura diferente a la que conlleva el proceso judicial tradicional. Se insertan en el marco de un nuevo paradigma que, como se describió en el punto anterior, surge frente a la necesidad de dar respuestas creativas y adecuadas frente a los cambios de la realidad en la que vivimos.

El proceso judicial forma parte de un modelo adversarial, competitivo, que consagra un ganador y un perdedor. Dora Fried Schnitman explica que “Nuestra cultura ha privilegiado el paradigma ganar/perder, que funciona con una lógica determinista binaria en la que la disyunción y la simplificación limitan las opciones posibles. Esta forma de plantear las diferencias empobrece el espectro de soluciones posibles, dificulta la relación entre las personas involucradas y genera costos tanto a nivel económico y social, como afectivo y relacional” (18). En este mismo sentido, el juez norteamericano Marvin Frankel, sostiene que en el sistema adversarial puede haber distintos bienes en juego *“pero el mayor es ganar. Hay otros males, pero casi ninguno peor que perder”* (19). Por su parte, el Profesor Jerold S. Auerbach, (20) describe al sistema adversarial como *“una escalofriante visión hobbesiana de la naturaleza humana. Se acentúa la hostilidad, no la confianza. El egoísmo suplanta la generosidad. La verdad es sombreada por el disimulo...se sostiene la competencia agresiva y se excluye la reciprocidad y la empatía.”* (21)

En un sentido similar, distintos autores han catalogado al proceso judicial como el ámbito en el que se lleva a cabo una “guerra”. El profesor Santiago Piatigorsky, citando a Goldschmidt en “Guerra, duelo y proceso”, refiere que si bien es cierto que existe una diferencia sustancial entre ambas “creaciones de la inteligencia humana” -guerra y proceso judicial-, no lo es menos que

(16) CURES, Susana, clase del 5 de septiembre de 2007 correspondiente a la materia “Desafíos de la Nueva Abogacía”, Facultad de Derecho, UBA.

(17) La flexibilidad que caracteriza a los métodos alternativos no implica que los procesos resulten desestructurados. Estos no sólo se encuentran organizados en etapas, cada una de las cuales responde a diferentes objetivos, sino que contienen reglas que deben respetar todos los participantes (Cfr. CURES, Susana, clase del 5 de septiembre de 2007 correspondiente a la materia “Desafíos de la Nueva Abogacía”, Facultad de Derecho, UBA).

(18) SCHNITMAN, Dora Fried, “Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos”, Buenos Aires, Granica, 2000, p. 18

(19) 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, Volumen 17 2001 Número 1

(20) Profesor en el Wellesley College, Estados Unidos.

(21) WRIGHT NELSON, Dorothy, op. cit.

ambos conceptos poseen elementos en común. “El proceso contradictorio implica necesariamente un actor y un demandado con proposiciones opuestas que, a través de un arduo debate, tratarán de imponerse y eclosionarán con un vencedor y un vencido. En ambos casos, la finalidad es obtener una victoria sobre el adversario. (22)

Los nuevos modelos sobre resolución de conflictos parten de una concepción diametralmente opuesta.

Uno de los pilares fundamentales en los que se basa el nuevo cambio paradigmático radica en el reconocimiento del otro, la legitimación como persona de aquél con el que mantenemos una divergencia. En lugar de poner el acento en ganar, superar, vencer o más aún destruir, eliminar o aniquilar al otro, al contrincante, desde el nuevo modelo se brega por revalorizar la dimensión relacional del ser humano. Al decir de Martín Buber, se trata de que “el individuo reconozca al otro en toda su alteridad como se reconoce a si mismo, como hombre, y marche desde este reconocimiento a penetrar en el otro...en un encuentro riguroso y transformador”. (23) La relación con el otro pasa a ocupar un aspecto central. Sostiene William L. Ury que “la alternativa a la violencia es la tolerancia. Tolerar no significa estar de acuerdo con el otro, ni ser indiferente frente a la injusticia, sino demostrar respeto por la humanidad esencial de toda persona”. (24)

Estas teorías sobre resolución de conflictos consideran que los hombres además de seres esencialmente relacionales, son entidades racionales capaces de resolver sus diferencias (25). Desde allí, auspician una coparticipación responsable de los protagonistas, considerando y reconociendo la singularidad de cada uno. (26) Se los denomina también métodos de autocomposición, en contraposición a los métodos de heterocomposición, porque son los involucrados en el conflicto quienes mantienen en todo momento el poder de decidir para ellos mismos. En otras palabras, en lugar de delegar la toma de decisión en un tercero –casi siempre el juez– se incentiva a las partes a recuperar el poder y encontrar por sí mismas la solución a su problema (sea por sus propios medios o a través de un tercero neutral que los asista en ese proceso) Para Loic Cadiet, (27) el interés de los métodos alternativos radica en que permiten a las

(22) PIATIGORSK, Santiago, “Estrategias Procesales”, Buenos Aires, Ad Hoc, p. 28

(23) BUBER, Martin, ¿Qué es el hombre?, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 145

(24) URY, William, “Alcanzar la paz: diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo”, Buenos Aires, Paidós, 2000.

(25) Cfr. HIGHTON, Elena I. y ALVAREZ, Gladys; “La Mediación en la Escena Judicial: sus límites. La tentación de ejercer el poder y el poder del mediador según su profesión de origen” en SCHNITMAN, Dora Fried y SCHNITMAN, Jorge, “Resolución de Conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos”, Buenos Aires, Granica, 2000, pp. 121 y sgtes.

(26) SCHNITMAN, Dora Fried, “Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos”, op. cit.

(27) Profesor de la Universidad de París 1 Panthéon Sorbonne

partes reapropiarse de la solución de su conflicto, introduciendo entre ellas el diálogo en un marco de reconocimiento mutuo. (28)

Así como el nuevo paradigma pone en primer plano a la comunicación, también en los “métodos alternativos” la comunicación ocupa un lugar central. Marinés Suarez considera que “la mediación surge para resolver problemas de comunicación y esta conducción se resuelve “en” la comunicación”. (29) Existe consenso en que, en situaciones de conflicto, siempre hace falta el diálogo. Sobre el particular Humberto Maturana dice que “el diálogo siempre está asociado a la escucha, pero no siempre queremos dialogar escuchando. En situaciones de conflicto el diálogo se plantea en términos de lucha, o sea existirá un ganador que impondrá su idea y un perdedor que relegará su postura y aceptará la contraria, esta forma de entender el diálogo es la que lo estanca, porque cambiar de idea está asociado a derrota y esto produce enojo, resentimiento. La tarea parece entonces dirigida a si somos capaces de crear espacios donde nos juntemos a escuchar nuestras discrepancias, pero sin negar al otro”. (30) Martín Buber entiende que en una conversación de verdad lo esencial no ocurre en cada uno de ellos sino “entre” los dos, en el real encuentro de “uno” con el “otro”. (31)

Estas nuevas corrientes poseen otro rasgo característico: entienden al conflicto como un proceso que brinda la oportunidad de crecimiento y desarrollo y no como un suceso indeseable, (32) que como tal debe ser eliminado.

A principios del siglo pasado, Mary Parket Follet (1868-1933) -pionera en brindar un enfoque positivo del conflicto- afirmaba: “ya que el conflicto -o diferencia- existe aquí en este mundo, ya que no podemos evitarlo, deberíamos utilizarlo. En lugar de condenarlo, nosotros lo deberíamos poner a trabajar para nosotros... Es posible concebir al conflicto no como un brote pródigo de incompatibilidad, sino como un proceso normal por el cual las diferencias socialmente valiosas se registran para el enriquecimiento de todos los interesados.” (33)

En el mismo sentido, William L. Ury entiende que el conflicto resulta necesario para el hombre. Sostiene que el objetivo consiste en transformar el

(28) Cfr. CADIET, Loïc, “Avant-propos” en CADIET, Loïc y otros, “Mediation et Arbitrage. Alternative a la justice ou justice alternative?”, Lexis Nexis Litec, Paris, 2005.

(29) SUARES, Marinés, “Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas”; Buenos Aires, Paidós, 2004

(30) Diálogo entre Jordi Grané, Sara Cobb, Kenneth Gergen, Humberto Maturana, Foro Mundial Barcelona 2004 publicado en www.Barcelona2004.org/esp/banco_del_conocimiento/temas/ficha.cfm?cod_tema=2&listado_completo=

(31) BUBER, Martín, *op. cit.*

(32) Cfr. SCHNITMAN, Dora Fried, “Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos”, *op. cit.*

(33) DAVIS, Albie M., “Una Entrevista con Mary Parker Follett”, publicado en www.fundacionlibra.org.ar/publicaciones/entrevista_mary_parker_follett.doc

conflicto en lugar de suprimirlo. Refiere que el desafío "Consiste en cambiar el modo en que manejamos nuestras diferencias más graves, en reemplazar las peleas, la violencia y la guerra por procesos más constructivos...la tarea supone transformar la cultura del conflicto, llevándola de la coerción al consentimiento y de la fuerza al interés mutuo." (34)

R. A. Baruch Bush y J. P. Folger, desde su visión transformadora del conflicto y la mediación, parten de considerar al conflicto como una oportunidad de crecimiento y transformación social. Entienden que el conflicto abre la posibilidad de fortalecer la capacidad de tomar decisiones para uno mismo y a la vez estimula la aptitud para relacionarse con los otros. En relación a este último aspecto, sostienen que el surgimiento del conflicto sirve para que los individuos superen "los límites del yo" y consideren al otro como sujeto, a pesar de las diferentes perspectivas que puedan presentar. (35)

Los nuevos modelos además propician el esquema "ganar/ganar". Se focalizan en los intereses y las necesidades reales de los participantes y no en las posturas que asumen frente a una situación determinada, a la vez que promueven el trabajo cooperativo y la búsqueda de opciones que den satisfacción a los objetivos de unos y otros. Por lo tanto, en lugar de distribuir o adjudicar "el objeto" en disputa, incentivan el trabajo conjunto y creativo tendiente a la búsqueda de la creación de valor. Se persigue expandir la base sobre la cual se negocia, "agrandar la torta", según la terminología de la Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard, para así satisfacer más ampliamente las efectivas pretensiones de todos los involucrados.

Ray Fisher (36), magistrado del Noveno Circuito de la ciudad de Nueva York, al pronunciar su discurso en el "Center for Public Resources", expone que el crecimiento de los métodos alternativos no obedece al "altruismo o la benevolencia" sino al convencimiento de que existen métodos más efectivos que el proceso judicial para resolver los problemas. Dice Fisher:

"En muchas ocasiones, no es ni rentable ni sustantivamente ventajoso proceder de la manera en que lo hacen los abogados...Los clientes quieren permanecer controlando sus casos pero no pueden controlar el resultado de un asunto una vez que se presenta a un tribunal para su resolución. Por otra parte, cuando una corte o un jurado decide quién gana o quién pierde, la sentencia no podrá resolver los problemas subyacentes que motivaron la promoción de la demanda". (37)

(34) URY, William L., "Alcanzar la paz...", op. cit.

(35) Cfr. BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., "La promesa de mediación", Barcelona, Granica, 1996

(36) Al momento era el Viceprimer Fiscal General de los Estados Unidos.

(37) Citado por WRIGHT NELSON, Dorothy, op. cit.

2. Los distintos métodos

Dentro de los denominados procesos alternativos de resolución de conflictos, la negociación y la mediación son los métodos que más desarrollo han tenido en los últimos tiempos.

En cuanto al arbitraje, si bien es reconocido como un método alternativo al juicio, comparte con éste el carácter de adjudicativo -un tercero imparcial toma la decisión en lugar de las partes-. Esta característica, marca una diferencia radical con los "métodos alternativos" que poseen un carácter esencialmente consensual. Por este motivo, el arbitraje no será abordado en esta oportunidad.

2.1 La negociación

La negociación es un método desarrollado en el marco de un proceso de comunicación donde las partes directa o indirectamente buscan obtener objetivos. (38)

Los profesores, Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, autores del Best-seller "Sí... de acuerdo!", sostienen que: "la negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común pero también tienen algunos intereses opuestos". (39)

A su vez, el profesor Manuel Alvarez Tróngé concluye que "una de las características de la negociación es ser madre de los Métodos Alternativos de Resolución de conflictos. A partir de las técnicas de negociación se derivan diferentes métodos, alternativos de la Justicia tradicional..." (40)

La negociación opera autónoma y heterónomamente. O sea, puede ser utilizada como un método independiente de abordaje, en el que las partes interactúan por sí mismas o a través de sus representantes, o bien, puede formar parte o constituir una etapa de otro método sea tradicional o alternativo de gestión de conflictos. (41) Rubén Calcaterra sostiene que la negociación opera como soporte esencial de la mediación, destacando que desde una concepción simplista la mediación "es una negociación asistida o facilitada". (42)

(38) Cfr. CURES, Susana, clase del 26 de septiembre de 2007 correspondiente a la materia "Desafíos de la Nueva Abogacía", Facultad de Derecho, UBA.

(39) FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, "Sí de acuerdo", Bogotá, Ed. Norma, 1993

(40) ALVAREZ TRONGE, Manuel, "Técnicas de Negociación para Abogados", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

(41) CURES, Susana, clase del 26 de septiembre de 2007 correspondiente a la materia "Desafíos de la Nueva Abogacía", Facultad de Derecho, UBA.

(42) CALCATERRA, Rubén, "Mediación Estratégica", Barcelona, Gedisa, 2003, p. 76

A partir del desarrollo del “Método de Negociación según Principios” por parte del Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard, (43) puede afirmarse que existen dos tipos o estrategias de negociación: la negociación distributiva y la negociación integrativa.

La negociación distributiva es un estilo de negociación en el cual se trabaja desde las posiciones que asumen los participantes, es decir, desde las posturas que asumen. Es una estrategia de negociación que, si bien puede conducir a que las partes lleguen a un acuerdo, por lo general no resulta eficiente en relación al tiempo que insume y la satisfacción de intereses que alcanza. Esta negociación, también llamada negociación competitiva, al estar centrada en las posiciones de las partes, avanza o progresa en función de las concesiones que ambas se realizan mutuamente. Así, en muchas ocasiones termina convirtiéndose “en un enfrentamiento de voluntades” donde cada negociador expone lo que va a hacer o lo que no va a hacer. La tarea de diseñar juntos una solución aceptable tiende a convertirse en una batalla pues cada parte trata de forzar a la otra a cambiar su posición por medio de la fuerza de voluntad... de esta manera la negociación basada en posiciones tensiona a menudo la relación entre las partes y a veces la destruye”. (44) Se trata de una estrategia de negociación basada en la competencia en la que los involucrados reclaman valor, un valor fijo y previsible. Se dice que resulta una negociación de suma cero pues lo que gana uno lo pierde el otro.

La negociación integrativa, en cambio, o la negociación según “principios” de acuerdo a la terminología del Proyecto sobre Negociación de la Universidad de Harvard, se centra en cuatro postulados básicos:

Concentrarse en los intereses y no en las posiciones. Se define a los intereses como todo aquello que motiva a las partes a negociar: metas, preocupaciones, temores, necesidades. Los intereses consisten en aquello que realmente quieren las partes y, a diferencia de las posiciones, definen el problema. “Los intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás de todo el ruido de las posiciones” (45). Así, tras posiciones opuestas pueden encontrarse múltiples intereses subyacentes algunos de los cuales pueden ser opuestos pero muchos otros comunes y/o diferentes a los de la otra parte.

Separar a las personas del problema. Ello implica concentrarse en el problema y no culpar a la otra parte por el mismo. Actuar firmemente para resolver el problema pero con el otro y no contra el otro. “Ser suave con la persona y duro con el problema”, según la terminología de la Escuela de Negocios. Para ello primero hay que reconocer al otro como sujeto, legitimarlo como ser humano que sufre y que tiene un problema, aún cuando no se esté de acuerdo o no se comparta la

(43) A cargo de los profesores, Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton

(44) FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, op. cit.

(45) FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, op. cit.

posición que asume. Y luego, tratar los problemas de las personas directamente mediante un buen manejo de las percepciones, las emociones y una buena comunicación, y no intentar soluciones a través de concesiones sobre la sustancia.

- Generar opciones creativas. Ello posibilita ampliar el espectro de soluciones posibles que satisfagan los intereses de todos los involucrados y no solamente los de una de las partes. Dejar a un lado la tendencia de considerar que existe una única respuesta y que ésta consiste en que se parta la diferencia entre la posición de una y otra parte. En cambio, la propuesta consiste en crear un espacio en la negociación en el que se pueda trabajar conjuntamente para formular opciones creativas. Este estilo de negociación propicia la posibilidad de que ambas partes resulten satisfechas y no que uno gane lo que el otro pierde. En lugar de reclamar sobre un valor fijo, la negociación colaborativa incentiva la creación de valor. En suma, para inventar opciones creativas se necesita: 1) separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas; 2) ampliar las opciones en discusión en vez de buscar una única respuesta; 3) buscar beneficios mutuos; y 4) inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión". (46)
- Recurrir a criterios objetivos. Los mismos constituyen pautas independientes de la voluntad de las partes. La propuesta consiste en utilizar parámetros científicos, prácticas usuales de mercado, tasaciones, jurisprudencia, precedentes, tanto para sustentar una opción, como para cuestionar el criterio que ha tenido la otra parte al formular la suya.

Se entiende que si bien algunas negociaciones sólo utilizan estrategias distributivas y otras sólo integrativas, en la mayoría de las negociaciones confluyen elementos de ambas estrategias. (47)

Se pueden encontrar distintos estilos de negociadores. Tradicionalmente se distingue al negociador duro, también llamado competitivo, del negociador blando o complaciente. Al primero se lo caracteriza como quien posee como objetivo primario la victoria sobre el adversario. El negociador duro se focaliza en la sustancia, desinteresándose de la relación con el otro. Posee un estilo agresivo, que opera bajo amenaza y presión. El negociador blando, en cambio, procura como objetivo principal arribar a un acuerdo con la otra parte. Para ello, prioriza la relación con el otro por sobre la satisfacción del objeto de la controversia. Negocia haciendo concesiones unilaterales y cediendo ante la presión del otro.

(46) FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, op. cit.

(47) Manual de Práctica Avanzada de Mediación, Instituto para la Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pepperdine. Traducido por AIRAD (Asociación Iberoamericana para la Resolución Alternativa de Disputas).

Julio Decaro (48) sostiene que la intensidad de ambas posturas resulta variable, desde grados leves a extremos prototípicos. El autor afirma que se trata de estilos de negociadores que, si bien pueden concluir acuerdos, arriban por lo general a resultados ineficientes debido a que no obtienen en la negociación todo lo que podrían conseguir (49). Es decir, pese a los distintos estilos que poseen ambos negociadores, tienen un denominador común: pierden la posibilidad de lograr mayor satisfacción de alguna o de ambas partes sin que la otra sufra una pérdida.

En oposición a los estilos descriptos, el negociador colaborativo actúa de acuerdo a los presupuestos propios de la negociación integrativa anteriormente descriptos, es decir, procura dar satisfacción a los intereses de ambas partes, pone atención en construir y fortalecer la relación de trabajo, fomenta la creación de múltiples opciones y propone consensuar la utilización de criterios independientes de la voluntad de las partes.

Julio Decaro señala que resulta conveniente “negociar por principios” dado que ayuda a lograr mejores resultados, acarrea una mayor satisfacción personal, contribuye a generar cambios respecto a la propia valoración y la visión de los demás cuyas repercusiones “de manera progresiva excederán el ámbito de las negociaciones o diferencias en el terreno laboral para abarcar las áreas social, familiar, de crecimiento personal y de calidad de vida”.

2.2 La mediación

A diferencia de la negociación, la mediación es un método de abordaje de conflictos en el cual un tercero neutral facilita la comunicación y la negociación entre los participantes. Según la definición de Folbger y Taylor la mediación es “el proceso mediante el cual los participantes asistidos por una o mas personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas” (50) Para Elena Highton y Gladys Alvarez, “la mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable”. (51)

(48) Cfr. Decaro, Julio, “La cara humana de la negociación”, Bogotá, Mc. Graw Hill, 2000

(49) El autor señala que cuando se encuentran dos negociadores duros es posible que no lleguen a ningún acuerdo. Asimismo, indica que si negocia un estilo duro con uno blando es posible que lleguen a un acuerdo eficiente para el negociador duro pero injusto.

(50) FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, “Mediación. Resolución de conflictos sin litigio”, Méjico, 1992.

(51) ALVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, Ad Hoc, 1995

De ambas definiciones surge que el objetivo de alcanzar el acuerdo forma parte del concepto "mediación" y de hecho, así esta considerado para la mayoría de sus usuarios y operadores. Sin embargo, Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger desde una perspectiva más ambiciosa, sostienen que la mediación puede hacer mucho más que promover acuerdos: puede mejorar la vida de la gente y tener efectos transformadores muy valiosos para las partes y para la sociedad en general. Los autores conciben al conflicto como oportunidad de cambio y crecimiento (ver punto 1.2 de la 1ra. parte). Desde allí sostienen que los mediadores pueden asumir un abordaje que permita a los participantes trabajar sobre dos aspectos esenciales: la revalorización y el reconocimiento. La revalorización apunta a que las personas recuperen la confianza en sí mismas para afrontar sus propios problemas. El reconocimiento, en cambio, implica que los participantes consideren y acepten a los otros con sus diferentes perspectivas. Los profesores Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger entienden que si en el proceso de mediación se logra fortalecer la capacidad de autodeterminación y la aceptación de los otros, entonces se produce un "efecto transformador de las personas y un crecimiento moral de la sociedad porque permite que las partes aprendan a comprenderse y relacionarse de otra manera". Esta modalidad de trabajo, además de contribuir a la realización de un acuerdo, permite que las partes afronten de otra manera sus problemas futuros.

Los autores sostienen que estos objetivos de ninguna manera podrían alcanzarse a través de los modelos adjudicativos. Estos "inhabilitan en diferentes grados a los litigantes, porque arrebatan a las partes el control sobre el resultado e imponen la confianza ciega en los profesionales. Con respecto al reconocimiento del otro, en el mejor de los casos estos procesos lo ignoran, en el peor, destruyen incluso la posibilidad de llegar a él porque permiten o alientan diferentes grados de antagonismo".

En síntesis, la mediación transformativa se encuentra sustentada en valores que persiguen la plenitud del hombre y la sociedad. El desafío consiste en contribuir desde la mediación a que los individuos se sientan y actúen como sujetos seguros, confiados y sensibles a los otros, para así lograr una mejor sociedad.

El filósofo y escritor Jean François Six critica a quienes definen a la mediación únicamente como un método de resolución de conflictos. Six considera que los "pacifistas", en definitiva parten de la misma concepción que quienes actúan desde una perspectiva dicotómica o binaria: consideran al conflicto como una anomalía a la que se debe poner fin. El autor propone un enfoque diferente. Entiende que la mediación no persigue resolver sino gestionar y prevenir conflictos. Para ello trabaja en la creación de lazos "allá donde no existen, allá donde ya no existen". La función del mediador no consiste entonces en "curar la fiebre de un conflicto" sino en provocar el cambio tanto en el interior de las personas como en el aspecto relacional, ya sea entre dos personas atrapadas en una oposición o entre dos grupos que se ignoran o se

quieren imponer radicalmente uno al otro. (52) Al momento de definir al mediador Six lo propone como: “aquel que ve el “3”; que crea el “3”. Sostiene que el mediador se compromete en la lucha por establecer una forma trinitaria por sobre el dominio prevaleciente del orden binario: “Lo sepa exactamente o sea poco consciente de ello, esta situado en la crisis de la civilización actual, que es fundamentalmente una lucha entre lo binario y lo ternario. Esta lucha no es en absoluto una abstracción, un cuento o un chiste: dejar ganar pura y simplemente a lo binario es olvidar la infinita diversidad de culturas de nuestro planeta”. (53)

2.3 La conciliación

Alvarado Velloso enseña que el término conciliación proviene del latín y significa “componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz”. (54) Según Osvaldo A. Gozaini la conciliación supone “avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes”. (55)

Alvarado Velloso denomina conciliación al acto de autocomposición pura, al acto de intentar ante o por el juez un acuerdo amigable y al avenimiento mismo que resulta de ese encuentro. (56)

En algunos ordenamientos jurídicos los términos mediación y conciliación se utilizan en forma indistinta. En otros, si bien responden a conceptos diferentes, sus límites se encuentran difusos, especialmente en aquellos ordenamientos en los cuales la mediación es llevada a cabo en el ámbito judicial y dirigida por un juez o funcionario.

El profesor Peter Robinson, (57) destaca la dificultad que presenta la distinción entre la conciliación y la mediación judicial en el Distrito de California, Estados Unidos. Refiere que el “*California Evidence Code*” define a la mediación como un proceso en el cual un tercero neutral facilita la comunicación entre las partes para ayudarlos a alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable. Menciona también que la “*Uniform Mediation Act*” de manera similar define a la mediación como “*un proceso en el cual un mediador facilita la comunicación y la negociación entre las partes para ayudarlos a que logren un acuerdo voluntario respecto a su disputa*”. En función de ello, refiere que los jueces que conducen audiencias de conciliación cumplen la función de “mediar”. Sin embargo, en esa Jurisdicción, la diferencia entre un proceso y otro resulta

(52) SIX, Jean Francois, op. cit., p. 163

(53) SIX, Jean François; op. cit., p. 162.

(54) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La Conciliación”, La Ley 1985-D

(55) GOZAINI, Osvaldo Alfredo; “Deberes de los Jueces. La conciliación en el proceso”, La ley, 2002, 30.

(56) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, op. cit.

(57) Profesor Asociado y director Gerencial del “Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University, School of Law”

esencial pues los jueces cuentan con facultades y deberes diferentes según el tipo de proceso del que se trate. Por ejemplo, la confidencialidad rige para la mediación y no para la conciliación. (58)

De todas formas, la falta de confidencialidad tampoco puede resultar un rasgo distintivo de la conciliación pues, según el ordenamiento jurídico del que se trate, ésta puede estar garantizada por ley. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 360 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, teniendo en cuenta que el concepto de conciliación varía según las distintas legislaciones, resulta indispensable señalar que en este trabajo, cuando se utiliza el término conciliación se hace en referencia al proceso mediante el cual el juez, o un funcionario por él designado, incentiva a las partes a negociar o bien facilita la negociación entre ellas, dentro del clásico proceso judicial. Roberto Bianchi afirma que en la conciliación “las partes y el conciliador enfrentan los desafíos comunes a toda negociación con intervención de un tercero neutral: por una parte, la detección, clasificación y ordenamiento de posiciones, temas, intereses y necesidades; por la otra la búsqueda de satisfacción conjunta...” (59)

La conciliación constituye un mini-proceso, con características y reglas propias, que se lleva a cabo durante el proceso judicial. Resulta esencialmente voluntaria para las partes en el sentido que se les otorga la facultad de decidir sobre su continuación y la viabilidad y alcances del acuerdo.

Se analizará más adelante que la conciliación puede resultar confidencial o no, puede ser obligatoria u optativa para el juez, mientras que la comparencia a la audiencia puede resultar obligatoria o facultativa.

(58) Cfr. ROBINSON, Peter; “Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to them for Trial”; *Journal of Dispute Resolution* “Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law”, Volume 2006, number 2.

Peter Robinson relata, en el artículo citado, que en el caso “Doe I v. Superior Court”, una de las partes buscaba divulgar información, dada a conocer en una audiencia supervisada judicialmente, argumentando que el procedimiento era de conciliación y por lo tanto se encontraba exento de la confidencialidad propia del proceso de mediación. La Corte, en ese caso, reconoció la dificultad conceptual de distinguir entre una audiencia de conciliación y una de mediación cuando se encuentran presididas por un Funcionario Judicial. Luego, resolvió que se trataba de un proceso de mediación porque la grabación de la audiencia daba cuenta que en algunas ocasiones las partes y el Juez hicieron referencia al proceso de mediación que se estaba llevando a cabo. La Corte advirtió a los abogados que si su propósito consistía en evitar las normas de confidencialidad propias de la mediación deberían haber dejar en claro desde el inicio que se iba a llevar a cabo un proceso distinto a la mediación. De otra forma, no podría pretenderse que se catalogue a la audiencia de conciliación como un medio para frustrar las reglas de confidencialidad de la mediación.

(59) BIANCHI, Roberto A., “Mediación prejudicial y conciliación”, Buenos Aires, Zavalia, 1996. p. 237

2.4 La evaluación neutral temprana

La evaluación temprana neutral es poco utilizada en nuestro país como método alternativo. Sin embargo, debido a la difusión que tiene en los Estados Unidos será objeto de mención a lo largo del trabajo y ello amerita su definición.

En la evaluación temprana neutral un tercero –valga la redundancia “neutral”– luego de escuchar las posiciones de cada una de las partes y evaluar las pruebas que ofrecerían en un proceso judicial, brinda su opinión respecto a cual sería el resultado de ese juicio en caso de dictarse una sentencia. El dictamen del tercero no resulta obligatorio. Sin embargo, la experiencia y especialidad del tercero en el objeto de la controversia, se utiliza para proveer a los litigantes un análisis anticipado del posible resultado del juicio en sede judicial.

Según el “*Civil Litigation Management Manual*” (60) –publicación que recoge las prácticas de los jueces norteamericanos a fin de facilitarles la toma de decisión– en este método, un evaluador neutral –por lo general un abogado con experiencia en el objeto de la controversia– tiene una sesión confidencial con las partes y los abogados en una fase temprana del litigio. El evaluador entonces ayuda a la partes a aclarar los argumentos y las pruebas, identifica puntos fuertes y débiles de las posiciones de las partes y les da una evaluación no vinculante de los méritos del caso.

En síntesis, los métodos alternativos se encuentran en continuo desarrollo, experimentación y evolución. Existe una tendencia que aspira a aplicar o *diseñar* el mejor método para cada caso. Por ello, se pueden encontrar métodos que resultan combinaciones o adaptaciones de otros (61), tal como el MED-ARB; ARB-MED; el “*High Low Arbitration*” y el “*Final Offer Arbitration*”, entre otros. (62)

3. Evolución

3.1 En Estados Unidos

A los efectos de ilustrar el desarrollo moderno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, comenzaré por los Estados Unidos, país donde surgió este movimiento.

(60) Este manual, aprobado por la Judicial Conference de los Estados Unidos en marzo de 2001, tiene su origen en la Ley de Reforma de la Justicia Civil de 1990. Resulta una respuesta a la necesidad expresada por los jueces de aprender sobre las prácticas de otros magistrados. El manual refleja, en su texto y en las formas incluidas en el Apéndice A, una variedad de experiencias de jueces y tribunales. Publicado en [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/civilitig01.pdf/\\$file/civilitig01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/civilitig01.pdf/$file/civilitig01.pdf) del 2 de abril de 2008.

(61) Cfr. CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., “Negociación y Mediación”, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

(62) Cfr. CAIVANO, Roque J. y otros, *op. cit.*, p. 63 y sgtes.

Los profesores Baruch Bush y Folger enseñan que la mediación fue utilizada durante mucho tiempo en los Estados Unidos para resolver disputas laborales, y a partir de la década del sesenta el interés por este nuevo proceso de resolución de conflictos se extendió a otros contextos tales como la comunidad, la familia y el conflicto interpersonal. (63)

Los mencionados autores coinciden en que en la evolución del movimiento mediador de la década del setenta mucho tuvo que ver el esfuerzo desplegado por miembros del Poder Judicial para descomprimir el exceso de trabajo en las oficinas judiciales. (64)

En 1976, el Juez Warren Burger, por entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia, convocó a una conferencia a jueces, abogados, funcionarios judiciales y profesores de derecho. Dicha conferencia, denominada "*Pound Conference*", (65) tuvo un efecto trascendental en el futuro de los métodos alternativos de resolución de conflictos. En dicho encuentro diversos cate-dráticos expusieron sus teorías y puntos de vista. El profesor Frank Sander, de la Universidad de Harvard, expuso su visión de un tribunal como un "*Centro de Resolución de Disputas*." La propuesta consistía en la conformación de un Tribunal multipuertas que contara con una diversa gama de procesos de resolución de controversias. (66)

Tiempo más tarde, Warren Burger en un discurso a mediados de la década del ochenta en la American Bar Association, manifestaba:

"La confianza al proceso adversarial como el principal medio de resolver conflictos es un error que debe ser corregido. Para algunos casos, el juicio puede ser el único método, pero para muchos otros, el juicio debe en un tiempo seguir el camino de los antiguos pleitos de batalla y sangre. Nuestro sistema es demasiado costoso, demasiado doloroso, demasiado destructivo, demasiado ineficiente para un pueblo verdaderamente civilizado." (67)

(63) BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., "La promesa...", op. cit.

(64) Cfr. TAPIA, Graciela, "Un pionero que hizo historia" publicado en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm> y "En los zapatos del otro", publicado en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm>:

(65) La conferencia fue denominada "Pound Conference" porque coincidía con el setenta aniversario de un famoso discurso de reforma judicial dado por Roscoe Pound, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Cfr. CHASSE, Oscar G., "ADR and the Culture of litigation. The example of the United States of America" en CADIET, L, y otros, op. cit.

(66) Cfr. SENGER, Jeffrey M., "Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government", San Francisco, Jossey Bass, 2004.

(67) BURGER, Warren E., "Address at the Mid-year Meeting of the American Bar Association", 52 U.S.L.W. 2471, 2471 citado por WRIGHT NELSON; Dorothy, op. cit.

3.1.1 El aporte de Wayne Brazil y su fórmula de las columnas paralelas

El juez Wayne Brazil (68) aporta una interesante visión sobre el Poder Judicial y la evolución de los métodos alternativos en los Estados Unidos. Según el magistrado, la historia de los métodos alternativos y el Poder Judicial puede dividirse en dos columnas paralelas. (69)

La primera, apunta a las Cortes cuya atracción por los métodos alternativos comienza, sin moverse de ese lugar, con un objetivo prioritario: reducir la sobrecarga de expedientes. Según el autor, la historia de los métodos alternativos en estas Cortes *"tiende a resultar estrecha y no completamente feliz, una historia marcada por lo que algunos pueden percibir como un egoísmo institucional"*.(70)

El profesor Brazil considera que, bajo esta tesitura, las Cortes corren el riesgo de transmitir el siguiente mensaje: *"Litigantes y abogados, ustedes nos están molestando, nos están quitando tiempo y agotando nuestros recursos. Tenemos cosas más importantes que hacer, así que por favor váyanse. Vayan a otro lugar a resolver su problema."*

Según Wayne Brazil, las instituciones públicas deberían pensar dos veces antes de enviar este tipo de mensajes a los ciudadanos. Agrega, que otro aspecto negativo de esta política, radica en que puede imponer presiones sobre los neutrales y los programas de métodos alternativos, amenazando su calidad. Explica que una Corte que mide el valor de sus programas a través de la cantidad de casos que se expulsan del sistema judicial, imprime presión sobre los neutrales para que arreglen los casos. A su vez, se corre el riesgo de que los neutrales trasladen esa presión a los litigantes para que acepten términos que no consideran justos. Agrega que un neutral que advierte que su valor para la Corte esta dado por la cantidad de acuerdos que celebra, puede sentir que es su responsabilidad alcanzar un acuerdo. De esta manera, es probable que piense que cuando un caso se arregla, es él quien lo arregla y cuando no se arregla, es él quien ha fracasado. Brazil concluye que un tercero actuando bajo estos lineamientos, abandona uno de los principios fundamentales de la mediación: la autodeterminación de las partes.

La segunda columna a través de la cual se puede contar la historia de los programas de métodos alternativos patrocinados por la Corte propone, según Wayne Brazil, un cuadro muy diferente, con programas fundados por muy diferentes razones y con una orientación muy distinta.

(68) Juez del Distrito Norte de California, Estados Unidos

(69) BRAZIL, Wayne D, "The Center of the Center for Alternative Dispute Resolution", Journal of Dispute Resolution "Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law", Volume 2006, number 2. La traducción me pertenece.

(70) BRAZIL, Wayne D, op. cit. La traducción me pertenece.

La Corte, al diseñar estos programas, en lugar de mirar en primer término hacia ella misma, mira prioritariamente a la gente. La preocupación en estas Cortes no tiene que ver con la autoprotección sino con dar un servicio a los ciudadanos. Cita como ejemplo a los programas sponsorados por las Cortes de Hawaii y del Distrito Norte de California.

Explica Wayne Brazil que, luego de un estudio, se detectó que existían dos factores significativos por los cuales la gente quedaba fuera del sistema judicial: el costo y el retardo. De estos dos, el costo resultaba el principal responsable por la creciente desproporción entre el monto del juicio y los costos del litigio. Esta desproporción tenía distintas causas pero dos particularmente importantes: el alto costo de los honorarios de los abogados y de los procesos previos al juicio. A consecuencia de ello, mucha gente quedaba fuera del sistema judicial.

Relata que cuando los jueces de la Corte Federal de Juicio del Distrito Norte de California empezaron a advertir esta realidad emergente, a finales de la década del setenta, se preocuparon, en primer término, por el futuro de los casos de escaso valor económico. Reconociendo que las partes de este tipo de casos no podían afrontar los costos de un proceso judicial, la Corte estableció un programa de arbitraje no obligatorio para asistirlos. El objetivo del programa consistía en proveer a los litigantes algo similar a "un día en la Corte", un procedimiento conducido por un neutral en el que pudieran participar directamente, contar sus historias y escuchar el otro lado de la historia, pero más rápido y con menos costo que lo que proponía el proceso judicial tradicional. El programa fue un éxito. Aunque los casos eran asignados automáticamente, el mismo fue aceptado por el 80% o más de los litigantes y sus abogados.

Inspirado en parte por ese éxito, el Chief Judge del Distrito Norte de California en ese momento, Robert F. Peckham, quiso que la Corte desarrollara otro proceso para todo tipo de juicio civil. Así fue como se inventó e implementó la Evaluación Neutral Temprana, a principios de la década del ochenta. Inicialmente el propósito de este método fue dar a las partes una oportunidad para reducir costos y retardos. Sin embargo, la Corte pronto entendió que las partes también podían utilizar la Evaluación Neutral Temprana para optimizar la calidad de justicia que recibían, ampliando la información sobre la cual tomaban decisiones, redefiniendo sus planteos y haciendo análisis legales más realistas.

A principios de la década del noventa, la Corte formalmente incorporó la mediación como proceso destacado en el programa de métodos alternativos. Simultáneamente, reemplazó lo que había sido un sistema de asignación obligatoria por un programa de múltiples opciones, bajo el cual, las partes podían seleccionar el método alternativo más apropiado para su caso. La incorporación de la mediación fue especialmente significativa:

“La mediación enseña que son las partes y no los abogados o la Corte los que deben estar en el centro del proceso. Más aún, la mediación enseña que se les debe dar a las partes la posibilidad de elegir los valores que son más importantes para ellas y luego permitirles escoger el método de resolución de conflictos que les permita alcanzar esos valores. La mediación enseñó a la Corte que los valores que dominaron el tradicional sistema litigioso no son siempre los más importantes para los justiciables. Los valores principales del litigio son la racionalidad y la eficacia. Para algunos litigantes, en algunos contextos, sin embargo, los sentimientos son por lo menos tan importantes como los hechos, el proceso es por lo menos tan importante como el producto y las relaciones son por lo menos tan importantes como los derechos legales abstractos.”(71)

Según Wayne Brazil, al incorporar a la mediación como proceso alternativo e implementar un sistema de elección del método alternativo más apropiado, la Corte Federal en el Distrito Norte de California, ha logrado:

- Dar a las partes la oportunidad de otorgar prioridad y perseguir los valores que consideran más importantes a través de los servicios provistos por una institución pública.
- Reconocer que el proceso adjudicativo –que la definió por tanto tiempo– sufre de significativas limitaciones y no se encuentra bien adaptado para promover algunos valores tan legítimos, o aún más importantes, que aquellos perseguidos por el proceso judicial.
- Demostrar que comprende que su misión esencial es servir a la gente. Para ello, destina recursos significativos a la tarea de crear una gama mucho más amplia de procesos más económicos que el proceso judicial.

Así pues, en lugar de usar los programas de métodos alternativos para expulsar los casos del sistema judicial, las Cortes de esta segunda tradición histórica, han utilizado los métodos alternativos para abrir sus puertas e incentivar a que más individuos accedan a la justicia.

Por otra parte, al admitir sus limitaciones e intentar dar respuestas a las necesidades de la gente, se han vuelto más respetables y se han ganado su reconocimiento. Según el autor, este aspecto resulta vital para el fortalecimiento de la democracia

Resulta ilustrativo abordar la evolución de los “métodos” en los Estados Unidos con el relato del juez Wayne Brazil, pues, a través del mismo, se puede

(71) BRAZIL, Wayne D, op. cit.

advertir: el protagonismo del Poder Judicial en el desarrollo de los métodos alternativos, las distintas motivaciones que pueden subyacer su implementación, la continua evolución, experimentación y cambio que se advierte en su utilización y, finalmente, la consolidación de la mediación como método fundamental de abordaje de conflictos.

3.1.2 Panorama actual

La mediación en Estados Unidos ha experimentado un desarrollo extraordinario y es aceptada en una gama cada vez mas amplia de disputas laborales, del medio ambiente, de la familia, institucionales (cárceles, escuelas, hospitales), en reclamos de menor cuantía, acciones por daños y disputas comerciales, así como en las quejas relacionadas con los organismos oficiales. (72) En la actualidad "hay multiplicidad de programas públicos y privados, institucionales e independientes, referidos a la resolución de conflictos en todos los Estados". (73)

Richard Chernick afirma que los métodos alternativos están ahora floreciendo y preparándose para su período más productivo. Enumera el autor los siguientes resultados relevantes de la revolución de los métodos alternativos: (74)

- La creación de centros barriales de justicia para la mediación en disputas comunitarias.
- La mediación anexa a las Cortes para pequeñas causas civiles y su posterior expansión a programas de arbitraje y evaluación temprana neutral en muchas Cortes estatales y federales.
- Los numerosos estatutos y normas a nivel federal que disponen la utilización de los métodos alternativos en las Cortes y agencias federales.
- Los programas de mediación escolar.
- El uso cotidiano de la mediación y el arbitraje en el arreglo de las acciones de clase y en la distribución de fondos en caso de reclamos masivos.

3.1.3 La promoción por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo

La ley de Reforma de la Justicia Civil de 1990 (PL 101-650) exigió a los Tribunales Federales de cada distrito, desarrollar programas de solución

(72) BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., "La promesa..." op. cit..

(73) ALVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, ALVAREZ, "Mediación..." op. cit.

(74) CHERNICK, Richard, "ADR comes of age: what can we expect in the future?" Journal of Dispute Resolution "Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law", Volume 2004, number 2, 187-188

alternativa de controversias con la ayuda de un grupo de asesoramiento de abogados locales, académicos y otros ciudadanos. La implementación de los métodos alternativos fue uno de los seis principios de gestión recomendados por el estatuto de Reforma de la Justicia Civil. Resulta interesante destacar que los fondos destinados a cada una de las Cortes dependieron de su nivel de iniciativa y compromiso con los programas. (75)

Posteriormente, en 1998 se aprobó una nueva ley que exigió a los Tribunales Federales la aplicación de programas de métodos alternativos en el término de dos años. Esta ley dispuso que cada distrito judicial elabore y ponga en práctica su propio programa alternativo de solución de conflictos. Por otra parte, estableció que, en todos los casos civiles, se proporcione a los litigantes al menos un método alternativo de resolución de conflictos. La norma dispuso que los tribunales pueden exigir que las partes participen en mediación y evaluación neutral temprana, no así en arbitraje. Para llevar a cabo este cometido, la norma autoriza a que el Tribunal pueda derivar los casos a una institución externa que preste servicios de métodos alternativos. (76)

En lo que respecta al Poder Ejecutivo, la “Administrative Dispute Resolution Act”, sancionada en el año 1990, marcó un importante cambio para el desarrollo de programas de métodos alternativos en el Poder Ejecutivo Federal. Además de mencionar las ventajas que pueden aportar los métodos alternativos a los procesos administrativos –cada vez más formales, costosos y largos– se hace referencia a que las agencias federales pueden no sólo recibir el beneficio de estas técnicas sino, también, formar parte y contribuir a su futuro desarrollo y perfeccionamiento. Se indica también que la disponibilidad de este tipo de procedimientos, contribuirá a mejorar el funcionamiento del Gobierno y proveer un mejor servicio a los ciudadanos. (77)

3.2 *En la Unión Europea*

A partir del Plan de Acción de Viena de 1998 y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere del año siguiente, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de los países miembros de la Unión Europea invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a presentar un libro que dé cuenta del uso y la implementación de las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el área del derecho civil y comercial. Asimismo, la incitó a que inicie una consulta sobre diversos aspectos de los “métodos”, en los distintos Estados y en la Unión Europea, con el propósito de proyectar las directrices políticas y legislativas que correspondan adoptar a fin de promover el uso de los métodos referidos. (78)

(75) WRIGHT NELSON, Dorothy; op. cit.

(76) CIVIL LITIGATION MANAGEMENT MANUAL, publicado en: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/civlitig01.pdf/\\$file/civlitig01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/civlitig01.pdf/$file/civlitig01.pdf) del 2 de abril de 2008.

(77) Cfr. SENGGER, Jeffrey M, op. cit.

(78) Cfr. Publicación en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm del 15 de mayo de 2007.

El denominado “Libro Verde”, fue presentado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002. En el Libro se explica que las ventajas propias de los métodos alternativos y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales hicieron que desde hace algunos años se haya suscitado en los Estados miembros de la Unión Europea, un “interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos, más consensuales que el recurso a un juez o a un árbitro”.

La Comisión enumera tres motivos esenciales para fomentar el desarrollo y la utilización de los métodos alternativos:

- a. La toma de conciencia respecto a que la práctica de los métodos alternativos redundaba en beneficio de los ciudadanos quienes, gracias a la utilización de estos métodos, han visto ampliado su acceso a la justicia. Se explica que uno de los motivos que contribuyeron al desarrollo de los métodos alternativos “es de carácter práctico y coyuntural: los ADR (79) constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar. La cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia”. (80) Es más, se pone de resalto que el aumento de los intercambios comerciales y la movilidad de los ciudadanos, motivados por la realización del mercado común, incrementaron el número de litigios transfronterizos. De esta forma, a los problemas tradicionales de los tribunales, se suman cuestiones complejas propias de los conflictos que traspasan las fronteras de los Estados: conflictos de leyes y órganos jurisdiccionales así como dificultades prácticas de carácter lingüístico y financiero.
- b. Los Estados han comenzado a prestar especial atención al uso de los métodos alternativos, trasluciéndose en medidas de carácter legislativo.
- c. Los métodos alternativos constituyen una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea “a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por asegurar su calidad”. La Comisión, en la Comunicación emitida el 28 de junio de 2000 denominada “Agenda de Política Social” indicó que la “modernización del modelo social europeo tiene que pasar en particular, por la creación de instrumentos destinados a prevenir y arbitrar los conflictos. La Comisión anunció su intención de consultar a los interlocutorios

(79) Alternative Dispute Resolution cuya traducción es “métodos alternativos de resolución de conflictos” (MARC)

(80) Libro Verde, p. 7

sociales sobre la necesidad de establecer, a escala europea, mecanismos voluntarios de mediación, arbitraje y conciliación para la resolución de conflictos”. (81)

El Libro Verde destaca que los métodos alternativos se encuentran al servicio de la paz social. Se detalla que el enfoque consensual de los métodos alternativos, mediante los cuales se pretende que las partes no se enfrenten sino que busquen un acercamiento, incrementa la posibilidad de que las partes continúen manteniendo su relación una vez resuelto el conflicto.

Luego de la publicación del Libro Verde, el 22 de octubre de 2004, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó un Proyecto de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales. (82)

En el Proyecto, se pone de manifiesto que:

“Mejorar el acceso a la Justicia es uno de los objetivos clave de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. En este contexto, el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas y no solamente el acceso al sistema judicial”. (83)

De acuerdo a la exposición de motivos del Proyecto, a través de la sanción de normas específicas, se pretende por un lado, crear un marco jurídico estable y uniforme que aliente a las partes a recurrir a la mediación, cuando las características del conflicto así lo amerite, y no a descartarla, debido a la inseguridad que puede causar la actual legislación, en especial en lo que hace a conflictos con componentes transfronterizos y, por el otro, sancionar normas que tengan como fin directo la promoción de la mediación por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro. Especialmente se destacan las ventajas de la mediación como “método alternativo” (rápida, rentable, simple, tiene en cuenta los intereses de las partes, brinda mayores probabilidades de cumplimiento voluntario y preserva la relación entre las partes). La Comisión expresamente pone de manifiesto que “la mediación es una cantera sin explotar como medio de resolución de litigios y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas”. (84)

En el Proyecto, si bien se pone de relieve que la mayor utilización de la mediación podría disminuir la cantidad de causas que deben atender los

(81) COM (2004) 718

(82) COM (2004) 718

(83) COM (2004) 718

(84) COM (2004) 718

órganos jurisdiccionales de los Estados miembro, se afirma que ello no se persigue como objetivo independiente:

“La mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial. La Comisión no considera la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios pero ciertamente no para todos”. (85)

Por otra parte, se pone de relieve que la utilización de los “métodos” de ninguna manera implica “sustraer la obligación de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla con los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye uno de los pilares clave de una sociedad democrática”. (86)

En resumidas cuentas, la Comisión Europea considera que la utilización de los métodos alternativos contribuye a incrementar el acceso a la justicia y la paz social. En base a ello y teniendo en consideración los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (87), propone medidas concretas para promover su uso. Así, por un lado, proyecta normas que aseguren un marco jurídico estable y uniforme que aliente a las partes a recurrir, por su propia cuenta, a los métodos alternativos y, por el otro, encomienda su promoción a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro.

Finalmente, resulta interesante mostrar la opinión del profesor francés Loïc Cadiet. (88) Este autor sostiene que si bien la crisis de la Justicia ha favorecido en los últimos años el desarrollo de modos de solución de conflictos alternativos a los procedimientos judiciales de tipo estatal, el progreso de los métodos alternativos no se explica solamente por razones coyunturales referidas a la crisis de la institución judicial. Responde a una nueva necesidad de regulación social (o a una necesidad de nueva regulación social) que excede muy largamente el campo ordinario de la actividad jurisdiccional. Señala Cadiet que incluso los dominios fuertemente judicializados como el derecho penal y el derecho administrativo, finalmente se han visto también alcanzados

(85) COM (2004) 718

(86) COM (2004) 718

(87) Los principios de proporcionalidad y subsidiariedad justifican la adopción de la Directiva propuesta sobre la base que las medidas diseñadas resultarían más eficaces a las que podrían adoptar por sí solos los Estados miembros, limitándose a lo estrictamente necesario para alcanzar las metas propuestas. Los principios referidos fueron estudiados en la materia “Derecho de la Integración” dictada, en el marco de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, por la Doctora María Gattinoni.

(88) Miembro del Instituto Universitario de Francia, Profesor de la Universidad Pantheon Sorbonne, Director del Centro de investigación sobre la Justicia y el Proceso (Instituto André Tunc, UMR CNRS nº 8056).

por esta aspiración contemporánea de diversificar los modos de resolución de conflictos. (89)

3.3 En la Argentina

El movimiento de mediación nació en nuestro país en la década del noventa a consecuencia de diversos factores entre los cuales puede mencionarse: las experiencias realizadas en otros países, la capacitación de los profesionales -en especial de abogados y jueces- (90) y la grave situación de colapso del Poder Judicial.

Precisamente en el año 1991 la Comisión de Mediación designada por el Ministerio de Justicia, presentó un Proyecto de "Plan Nacional de Mediación". El ambicioso Proyecto propuso, entre varias medidas, "elaborar un anteproyecto normativo en el cual se estableciera la mediación para conflictos jurisdiccionales y no jurisdiccionales proponiendo llevar a cabo una experiencia piloto, con carácter voluntario en la generalidad de los casos y obligatorio en el fuero civil respecto de ciertos reclamos previamente seleccionados". (91)

El diseño de la experiencia piloto consistía en que los Jueces Nacionales Civiles designados por sorteo derivaran a mediación casos especialmente seleccionados. La mediación sería llevada a cabo por el Cuerpo de Mediadores del Ministerio de Justicia. Para la implementación del plan se capacitó previamente a Jueces, Funcionarios y empleados judiciales y se creó un Comité para que asesorara y evaluara los preparativos de la experiencia constituido por las doctoras Gladys Stella Alvarez y Elena I. Highton -en ese momento Juezas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- y la directora de Extensión Jurídica del Ministerio de Justicia. (92)

Si bien la experiencia fue evaluada negativamente en cuanto a que la Ley de Mediación fue sancionada sin aguardar la evaluación final del plan implementado y, por ende, sin reflejar las necesidades del sistema, según Gladys S. Alvarez la experiencia fue positiva en cuanto a que: i) se contó con un panel capacitado de mediadores; ii) los métodos alternativos y la mediación se insertaron en la conciencia social; iii) sirvió de formación para jueces, personal judicial, partes y abogados y iv) los jueces participantes divulgaron las potencialidades de la mediación como método complementario y no opuesto a la función judicial.

(89) CADIET, Loïc, op. cit.

(90) Timothy K. Kuhner explica que a principios de la década del noventa, abogados y jueces argentinos viajaron a Estados Unidos para recibir entrenamiento en mediación. Ver al respecto "Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and the United States", *Journal of International & Comparison Law* 520 (2005).

(91) ALVAREZ, Gladys Stella; "La Mediación y el acceso a la Justicia"; Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2003.

(92) ALVAREZ, Gladys Stella, op. cit.

La ley nacional 24.573, sancionada el 4 de octubre de 1995, instituyó por el término de cinco años, para el ámbito de la Justicia Nacional, la mediación obligatoria previa al inicio de acciones civiles y comerciales y aquellas de familia de contenido patrimonial, salvo casos expresamente excluidos o aquellos a los que se les dió carácter opcional. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º de la ley mencionada, la finalidad del procedimiento consiste en promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. La ley 25.287 prorrogó el plazo previsto en el artículo 30 por 5 años. Luego, este plazo se prorrogó por dos años más según la ley 26.094.

A partir de la sanción de la ley 24.573, distintas iniciativas de implementación de la mediación fueron puestas en práctica por parte de las Legislaturas y los Superiores Tribunales y Cortes de Justicia de las distintas Provincias.

En el año 2005, la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju. Fe.Jus.), en cumplimiento de su objetivo institucional de realizar todas las acciones tendientes al perfeccionamiento y modernización del sistema de justicia, presentó la primera recopilación de normas vigentes de mediación en las diversas jurisdicciones del país. (93)

La mencionada publicación pone en evidencia el compromiso que han asumido los Superiores Tribunales y Cortes de Justicia para impulsar la institucionalización de nuevos servicios de justicia que se enmarcan en los denominados métodos alternativos de solución de conflictos, fundamentalmente la mediación.

La Junta Federal expresamente refiere que:

“El objetivo es no sólo que los conflictos se resuelvan en menor tiempo y costo por el ejercicio del poder de las partes de decidir sobre la solución que más satisfaga sus deseos sino instaurar una nueva cultura: priorizar el camino no adversarial sobre el adversarial. Llegar a la decisión judicial cuando se hayan agotado los mecanismos alternativos”.

Del análisis de la legislación vigente sobre mediación en las distintas Provincias argentinas, se advierte que buena parte de ellas declaran de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos (art. 1º de la ley 8858 de la Provincia de Córdoba, art. 1º de la ley 4.498 de la Provincia del Chaco, art. 1º de la ley 7324 de la Provincia de Salta, art. 1º de la ley 7454 de la Provincia de San Juan y art. 1º de Acordada nº 179/2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán).

(93) Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Mediación en el ámbito judicial, normas implementadas para la mediación anexa, conectada o relacionada con los tribunales argentinos”, en <http://www.jufejus.org.ar/Asp/JuFeJus/Mediacion.htm>

Si bien debe remarcar que en los referidos textos legales reiteradamente se hace hincapié en la eficacia de la mediación para facilitar el acceso a la justicia, reducir costos y descongestionar la tarea de los Tribunales locales, tal como también se desprende del análisis de las primeras normas nacionales (Decretos n° 958/91, 820/92 y 1480/92), se puede afirmar que una y otra vez se pone énfasis en la naturaleza no adversarial de la mediación, en la “nueva cultura” que propicia y en la importancia de su utilización a efectos de mitigar la cultura de la litigiosidad. (94)

Por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos en los fundamentos del Acuerdo General N° 6/02 del 19/03/02 señala que:

“Las metodologías para la resolución alternativa de conflictos llevan a construir modos de relacionarse atendiendo a las diferencias, las voces múltiples y a promover una apertura al diálogo con “el otro”. La posibilidad de alentar diálogos significativos presupone y confirma la polifonía social. Es un intento de solución pacífica que se fundamenta en la voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, comunicación directa, cooperación, informalidad, economía (en tiempo y dinero), y en co-construcción... Con esta metodología se refuerza el esquema de que no hay ganadores ni perdedores, lo cual redundará en beneficios, en cuanto al mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes, genera menos resentimiento y mayor contribución. Contribuye a descomprimir la tensión social, coadyuvando desde el sistema judicial, a mejorar la salud integral y calidad de vida de la población. Educa en la Cultura de la Paz, fomentando la costumbre de mediar por imitación social, propiciando el diálogo hacia el fortalecimiento de la democracia y sus instituciones”.

En el encuentro de Directores y/o Responsables del Área de Mediación de los Poderes Judiciales de la República Argentina, que tuvo lugar el 28 de octubre de 2005, por convocatoria de la Junta Federal de Cortes, se concluyó elevar a la Junta Federal de Cortes las siguientes recomendaciones:

PRIMERO: Reafirmar la necesidad de una política de estado a favor de la implementación del sistema de mediación, con un fuerte protagonismo del Poder Judicial

SEGUNDO: Recomendar la promoción de actividades regionales para el desarrollo y difusión de los MARC y la creación en sede de la Junta Federal de Cortes de un “Banco de Buenas Prácticas en Resolución de Conflictos”, a los fines del intercambio de experiencias provinciales.

En resumidas cuentas, Gladys Stella Alvarez explica que “a diez años de las primeras actuaciones, hoy el tema trasciende a la comunidad jurídica y abarca los más diversos sectores de la población del país. Se están ejecutando pro-

(94) Acordada del 20-5-96 del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy.

gramas de mediación escolar, se ofrecen servicios de mediación en el ámbito de organizaciones no gubernamentales y privadas...” (95)

En cuanto a los resultados de la ley 24.573, que instituyó la mediación obligatoria previa al inicio de acciones legales en la jurisdicción nacional, en los fundamentos del proyecto de ley que dispuso su prórroga, se da cuenta que:

- Por la experiencia que se ha acumulado en diez años de funcionamiento de la mediación prejudicial obligatoria, la ley 24.573 ha resultado muy beneficiosa ya que existe un importante porcentaje de casos en los que las partes en mediación han resuelto cuestiones litigiosas que, de no ser así, hubieran ingresado a las justicias, congestionando aún más nuestro sistema judicial.
- A lo largo de casi 10 años de instalación de la mediación prejudicial, se han incorporado al cuerpo de mediadores –que gerencia el Ministerio de Justicia de la Nación– cerca de 4.800 mediadores abogados.
- La litigiosidad de la sociedad argentina y la manera como los argentinos resuelven sus problemas, es un hábito que llevará a modificar más tiempo que los diez años de vigencia de la ley 24.573. Por ello, se auspicia continuar el sistema de mediación previa obligatoria establecido por la ley 24.573, a fin que se continúe consolidando la institución como una verdadera alternativa de acceso a la justicia, robusteciéndose la labor de difusión y docencia, que haga de la mediación, una opción válida aún sin ser obligatoria.

En la actualidad, sólo dos provincias argentinas carecen de normativa que regule la mediación. (96)

4. Los distintos sistemas de implementación de los métodos alternativos

Hoy en día ya no se discute las ventajas que proporcionan los “métodos” a las personas individuales, las empresas, los Estados o mismo a los Organismos Supranacionales. Actualmente, el desafío consiste en lograr que los métodos alternativos tengan mayor difusión y sean así utilizados para gestionar la mayor cantidad de conflictos posibles. La mediación definitivamente se ha convertido en el centro de atención de numerosos sistemas de administración de justicia. (97)

(95) ALVAREZ, Gladys Stella, *op. cit.*

(96) Santa Cruz y La Pampa.

En la Provincia de Buenos Aires, el 10 de febrero de 2009 se publicó la ley 13.951, que establece con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio, con excepción de las exclusiones efectuadas en el artículo cuarto. El sistema previsto por la ley 13.951 comenzará a funcionar a los 360 días de su promulgación.

(97) De Roo, Annie y Jagtenberg Robert, “ADR in the European Union: Provisional Assessment of Comparative research in Progress”, en CADIET, Lóic, *ob.cit.*

Existe “consenso generalizado” respecto a que los métodos alternativos no reemplazan al Poder Judicial ni suplen a su vez la obligación de los Estados de proveer un sistema judicial eficiente y rápido el cual resulte accesible para todos. (98) Se hace referencia, en cambio, a que paralelamente a la opción de recurrir al Poder Judicial –a fin de que un tercero imparcial imponga una decisión– quienes se encuentran involucrados en una controversia puedan también contar con otros sistemas diseñados (para el abordaje de los conflictos) que satisfagan más acabadamente sus múltiples intereses. Es decir, ya no se trata de elegir, priorizar o imponer un método sobre otro sino de lograr la coexistencia de múltiples métodos, siendo los operadores en conflictos quienes asesoren a los involucrados respecto a cuál resulta el más conveniente para la gestión de ese conflicto en particular –que como tal es único y diferente a cualquier otro-. Larry Ray refiere que este cambio de concepción, esta siendo también adoptado por los profesionales del derecho, quienes han comenzado a darse cuenta que: “el caso de cada cliente es único y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de resolución de disputas se ha convertido en una necesidad para la práctica de la buena abogacía. Diagnosticar el caso y adecuarlo al proceso de resolución de disputas más apropiado se ha convertido en una habilidad valiosa para enfrentarse de la mejor manera posible a las necesidades de los clientes”. (99)

Por otra parte, se ha demostrado que la implementación de políticas públicas a favor de los “métodos alternativos” contribuye a su desarrollo. En este sentido, el Poder Judicial ha sido en muchos casos pionero en experimentar e implementar nuevos sistemas de resolución de los conflictos no adversariales. Posteriormente, esas primeras iniciativas han sido en algunos casos respaldadas por medidas de carácter legislativo. El desafío radica en diseñar la mejor manera de implementar tales políticas, para lo cual no existe consenso ni a nivel mundial ni a escala nacional.

Existen sistemas de administración de justicia en los que la mediación no es regulada, aunque las partes puedan recurrir a ella en forma privada, como método para resolver un conflicto (100). En otros sistemas, se implementaron

(98) Los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen para cada persona el derecho de acceso a recursos judiciales sencillos y rápidos, y a ser escuchada por una autoridad o tribunal competente cuando considere que sus derechos fueran violados.

(99) RAY, Larry, “El sistema legal descubre nuevas herramientas: Las técnicas de resolución de disputas”, Editorial Paidós, Barcelona, 1996, p. 230

(100) El derecho alemán no conoce ninguna obligación general que prescriba que las partes en litigio deben proceder a una tentativa extrajudicial de resolución de su conflicto antes de iniciar el juicio. Sin embargo, el artículo 15a de la ley de introducción al Código de Procedimiento Civil Alemán (EGZPO), dispone que los Estados Federados pueden legislar con el fin de establecer que no se pueda interponer una acción ante una jurisdicción civil de primera instancia (Amtsgericht) en tanto que un órgano de conciliación reconocido no haya intentado solucionar el problema de mutuo acuerdo, si el importe en cuestión es inferior o igual a 750 €, o también en algunos

programas de mediación conectada o anexa al Poder Judicial. (101) Dentro de esta categoría, podemos encontrar sistemas en los que resulta obligatorio asistir a una audiencia de mediación previo al inicio de las acciones judiciales. (102) En otros, una vez iniciado el proceso judicial, los propios jueces derivan los casos a mediación. De ser así, en algunos ordenamientos se exige la conformidad previa de las partes (103) y, en otros, resulta obligatoria la concurrencia a mediación (104). En ciertos sistemas también se encuentra determinada la etapa procesal en la que debe recurrirse a mediación y en otros queda librada al criterio del juez (105). Finalmente, existen programas que conjugan los distintos modelos descriptos y programas más flexibles en los que un panel de expertos analiza específicamente la conflictiva en particular y deriva el caso para que sea tratado de acuerdo al método más conveniente.

asuntos de derecho de vecindad, del honor. Toda acción interpuesta en ausencia de una tentativa de conciliación sería en tal caso inadmisibile y debería rechazarse. Ocho Estados Federados instauraron esta obligación de tentativa de acuerdo extrajudicial (Baden- Wurtemberg, Baviera, Brandenburgo, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein). Publicado en http://ec.europa.eu/civil-justice/adr/adr_ger_es.htm

(101) Se define a la mediación anexa al tribunal como aquel programa que es administrado por el Poder Judicial. Mediación conectada con los tribunales se entiende al sistema por el cual el Poder Judicial participa pero no administra y por ende tiene menor responsabilidad en la prestación del servicio.

(102) Ley Nacional n° 24.573, ley n° 7844 de la Provincia de Tucumán, ley n° 3847 de la Provincia de Río Negro y ley n° 7324 de la Provincia de Salta.

En Israel se ha logrado la implementación de un programa piloto de mediación, que comenzará a funcionar en marzo de 2008, en la Corte de Tel Aviv, bajo la jurisdicción de la Juez Edna Bekenstein. El programa consiste en implementar antes del juicio, en casos civiles que involucren reclamos mayores a NIS 50.000, una audiencia gratuita de mediación. En el programa piloto trabajarán con la Corte 100 mediadores durante dos años (Ver BEKENSTEIN, Edna; "Mandatory Mediation - the Israeli Pilot"; publicado en http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?māāāmār_id=267 del 16 de enero de 2008).

(103) El art. 1734 del Código Judicial de Bélgica, modificado el 21 de febrero de 2005, dispone que salvo en los casos llevados a cabo ante la Corte de Casación y el Tribunal D'arrondissement, en todo caso el Juez interviniente en un litigio frente a la demanda conjunta de las partes o bien a partir de su propia iniciativa, pero con el acuerdo de los litigantes, puede ordenar una mediación siempre que la causa no haya sido aún decidida. En nuestro país, ver Acuerdo 6/02 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Acordada del 20-5-96 del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, Acordada n° 69/2005 del Superior Tribunal de Justicia de Misiones, ley n° 6354 de la Provincia de Mendoza y ley 11.622 de la Provincia de Santa Fe.

(104) La ley n° 8858 (modif. ley 9031) de la Provincia de Córdoba, ley n° 5487 de la Provincia de Corrientes, ley n° 3934 de la Provincia de Río Negro, ley n° 7454 de la Provincia de San Juan y ley n° 6452 de la Provincia de Santiago del Estero disponen, para ciertos casos, la mediación obligatoria.

(105) El art. 278 del Código de Procedimiento Alemán, en vigencia desde el 1° de enero de 2002, deja librada al Juez la elección de la oportunidad para recurrir a la mediación (Ver JARROSON, Charles en CADDET, Loic, "Médiation et Droit des Contrats" en, op. cit.).

El Acuerdo General n° 6/02 del Superior Tribunal de Justicia la Provincia de Entre Ríos dispone que el juez podrá derivar todo proceso a mediación, una vez trabada la litis o en el momento que considere oportuno.

SEGUNDA PARTE: EL NUEVO ROL DEL JUEZ FRENTE AL APORTE DE LOS METODOS ALTERNATIVOS

I. La función conciliadora del juez

1.1 *¿Por qué repensar la función del juez?*

Tal como se describió en la primera parte del trabajo, la revolución operada en el área del conocimiento, el dinamismo de los tiempos actuales y la globalización, produjeron profundos cambios en diferentes campos. Entre ellos puede mencionarse la aparición de Internet, las transacciones comerciales transfronterizas, los avances en la ingeniería genética, la clonación, el genoma humano, los trasplantes de órganos, la disposición del propio cuerpo, la eutanasia, los residuos peligrosos, las catástrofes climáticas producidas por el calentamiento global, el descubrimiento de nuevos planetas, de partes inexploradas del lecho submarino, las familias desmembradas y las ensambladas, las nuevas formas de urbanización, etc.

El derecho no se mantuvo al margen de los acontecimientos. Por un lado, fue captando, a su propio ritmo, las nuevas realidades a través de reformas legislativas y cambios jurisprudenciales. (106) Por el otro, se advierten múltiples síntomas en la práctica del derecho y en las convicciones de los juristas, que "revelan de manera inequívoca la quiebra del modelo decimonónico, el que ha dejado de responder a lo que efectivamente es el derecho y a los propósitos y expectativas que procura satisfacer". (107) Explica el Profesor Rodolfo L. Vigo que Nuremberg significó el punto de ruptura del viejo modelo y el surgimiento de un nuevo paradigma cuyos rasgos característicos se fueron consolidando desde las últimas décadas del siglo XX. En el nuevo paradigma, juegan un rol esencial los principios jurídicos, definidos -según Dworkin- como estándares que no son normas pero que deben ser observados porque responden a "exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". (108) Estos ya no se limitan a cumplir "una función supletoria,

(106) ALTERINI, Atilio, Aníbal, "Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistemas, Principios y Jueces", La Ley 2007-F, 1338

(107) VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

(108) DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Barcelona, 1984, p.72 citado por VIGO, Rodolfo L. en "Los Principios Jurídicos. Perspectiva jurisprudencial", Buenos Aires, Depalma, 2000.

integradora o correctiva de las reglas jurídicas" (109) sino que conforman un "derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias". (110) En el nuevo paradigma, los argumentos a los que recurren los operadores jurídicos desbordan ampliamente las fuentes clásicas del derecho. (111) Se advierte, por ejemplo, una tendencia cada vez mayor a recurrir a fundamentos basados en tratados y convenciones internacionales, protocolos, declaraciones, derecho comparado, derecho comunitario, doctrina y jurisprudencia extranjera, medidas y/o decisiones adoptadas por organismos comunitarios u organizaciones internacionales. En esta nueva concepción del derecho, se admite que para operar apropiadamente se necesita del aporte de conocimientos que proporcionan otras disciplinas. La sociedad ya no se conforma con una respuesta que se limite a la mera aplicación mecánica de la ley, "la actual conciencia jurídica de la humanidad resiste mandatos que intenten justificarse por la sola invocación de la autoridad que los emite o por explicaciones meramente formales, y reclama explicaciones sustanciales." (112) Por sobre todas las cosas, desde esta perspectiva, se brega para que el derecho no disocie la justicia del caso concreto y el bien común. Se apela a recuperar el sentido del derecho poniéndolo al servicio del hombre y la sociedad. (113)

El Poder Judicial también busca adaptarse a las nuevas realidades para poder responder a las demandas actuales y continuar siendo un sistema eficaz de gestión de conflictos. Sostiene el doctor Ricardo L. Lorenzetti, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en un cambio copernicano el Poder Judicial pasó de mirarse a sí mismo a ponerse en relación y al servicio de la sociedad. Aparece así la concepción de que el Poder Judicial presta un servicio de administración de justicia a la comunidad. Como consecuencia de ello, aparece el siguiente interrogante: ¿Qué demanda la sociedad del Poder Judicial? El magistrado sostiene que las sociedades actuales reclaman al Poder Judicial la resolución en tiempo oportuno de cuestiones complejas, que involucran a una pluralidad de agentes. Entiende que ello produce un aumento cuantitativo (114) y cualitativo de la litigiosidad y sostiene que la

(109) ZAGREBELSKY Gustavo, "El Derecho Dúctil", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 113

(110) VIGO, Rodolfo Luis, "De la cultura de la ley a la cultura del derecho" en "De la ley al derecho", Editorial Porrúa, México, 2004.

(111) "Las fuentes del derecho son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto de vista que no sólo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social" (CUETO Rua Julio, "Fuentes del Derecho", Buenos Aires, Abeledo Perrot).

(112) VIGO Rodolfo Luis, "De la cultura...", op. cit.

(113) VIGO Rodolfo Luis, "De la cultura...", op. cit.

(114) El Ministro de la Corte Suprema dio cuenta, en las "Primeras Jornadas de Derecho Judicial" ya referidas (ver nota1), que estadísticamente la litigiosidad judicial ha crecido en el último tiempo en porcentajes que oscilan entre el 200% y el 500% según los tipos de litigio.

“excesiva judicialización de los conflictos da un enorme poder a los jueces, pero genera también un riesgo extraordinario en su administración. Las sociedades actuales son complejas, sofisticadas, con numerosos grupos diferentes y multiculturales, lo que dificulta la autocomposición de los conflictos y la constitución de mayorías parlamentarias sobre temas de alta sensibilidad. Por lo tanto, se trasladan las definiciones al Poder Judicial, sea directamente o indirectamente (legislación que utiliza cláusulas generales que debe interpretar el juez)” (115).

Frente a esta nueva realidad, el Ministro del máximo Tribunal Nacional sostiene que resulta necesario reorganizar el Poder Judicial para que pueda dar respuestas adecuadas a las nuevas necesidades y así optimizar la valoración social del servicio de justicia. Refiere el autor que nuestro sistema judicial está organizado en forma rígida y pretende responder a través del mismo tipo de proceso judicial complejas conflictivas sociales de muy diversa índole. En función de ello, entiende que se necesita el diseño de estructuras más flexibles que permitan adecuar los procesos al tipo de conflicto correspondiente. Asimismo, sostiene que resulta indispensable diseñar políticas de estado, de mediano y largo plazo, que sean consensuadas con todos los demás poderes del Estado y los distintos actores sociales (116).

Para el diseño de esas políticas de Estado, y con el propósito de debatir los grandes temas que preocupan a los jueces de nuestro país, la CSJN realizó la I y II Conferencia Nacional de Jueces. Durante la “II Conferencia Nacional de Jueces” (117) se concluyó, entre otras cuestiones, que:

- El acceso a la Justicia no sólo está dado por el litigio y la sentencia sino también –y muy especialmente– por la obtención de una solución adecuada al conflicto por vías alternativas.
- Resulta conveniente utilizar audiencias de conciliación.

Desde la praxis judicial se advierte que, efectivamente, frente a la magnitud y complejidad de los conflictos que llegan a los Estrados, las estructuras tradicionales resultan obsoletas e insuficientes para responder adecuadamente a las necesidades planteadas. Más aún, fomentan la cultura de la competitividad potenciando así la aparición de nuevos focos de conflicto. La justicia se torna

(115) LORENZETTI, Ricardo L., “Políticas de Estado para el Poder Judicial” publicado en <http://www.zapala.com/norpatagonia/07/setiembre/s2/lorenzetti.pdf> del 21 de julio de 2008.

(116) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L. en “Primeras Jornadas de derecho Judicial...”

(117) Realizada en la Ciudad de Salta los días 6 y 7 de septiembre de 2007. Fuente: Revista N° 21 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro.

así no sólo “intolerablemente lenta”, (118) sino incapaz de brindar respuestas adecuadas a los requerimientos de estos tiempos.

¿Cómo hace el juez desde su función para responder a estas nuevas realidades? ¿Cómo puede flexibilizar los procesos para lograr un abordaje adecuado de los conflictos sin esperar una respuesta de los otros Poderes del Estado? ¿Se puede repensar la función del juez sobre la base de las nuevas necesidades?

En esta segunda parte del trabajo, se intentará demostrar que la revalorización de la función conciliadora del juez resulta una respuesta eficiente para atender buena parte de la conflictiva que llega al Poder Judicial.

1.2 El lugar de la conciliación en los distintos sistemas jurídicos.

El Profesor Marc Galanter, (119) en el artículo titulado “A World Without Trials” (Un mundo sin juicios) da cuenta que en los Estados Unidos las estadísticas demuestran una considerable disminución de la cantidad de juicios tanto en los tribunales federales como en los estatales. (120) Refiere que: “*la disminución es particularmente llamativa porque prácticamente todo lo demás en el mundo jurídico aumenta*” (*leyes, material jurídico, abogados, etc...*). (121) A fin de explicar este sorprendente fenómeno, el profesor distingue entre la disminución gradual, experimentada a lo largo del siglo pasado, y la abrupta merma registrada en las últimas décadas. Entre los factores que incidieron en la disminución a largo plazo de los juicios, Galanter identifica: la falta de recursos, (122) el aumento de los costos de los litigios y la consecuente aparición de los métodos alternativos. La abrupta caída de los juicios en las últimas décadas la atribuye, en parte, (123) a la transformación que en la justicia ha producido la promoción dada a la conciliación judicial. Expone el autor:

“La función principal de los tribunales, en esta nueva perspectiva, no es tanto la de enunciar y hacer cumplir compulsivamente las normas, como la de facilitar la resolución de las disputas. Elementos de esta perspectiva han estado presentes durante décadas pero, en la década del setenta, fueron acogidos por el Poder Judicial Federal y pronto se convirtieron en la visión dominante...Hubo un profundo cambio de

(118) Expresión de Beatriz Sarlo en “Tiempo presente”, op. cit.

(119) GALANTER, Marc, “A World Without Trials?”, *Journal of Dispute Resolution*, Missouri, 2006

(120) Se ejemplifica en el ensayo que mientras en el año 1962 había radicados en las Cortes Federales de Distrito 5.802 juicios civiles, en el año 2004 pese al notable incremento de la población, se registraron solamente 3951 causas.

(121) La cantidad de abogados ha pasado de uno cada 627 americanos en 1960, a uno cada 264.20 a finales de siglo.

(122) Se hace referencia a que la falta de recursos no proviene de una disminución de los presupuestos asignados al Poder Judicial sino de la falta de infraestructura para brindar la oportunidad de que todos los casos lleguen a juicio.

(123) El autor otorga también un papel relevante a los profundos cambios experimentados en la cultura legal.

ideología: los jueces o buena parte de ellos, pasaron de considerar que su trabajo era conducir el proceso hacia la sentencia a creer que su rol consistía en arreglar disputas...y, concordantemente, le dieron la bienvenida a los procesos alternativos de resolución de conflictos en los tribunales y fuera de ellos...” (124)

En consonancia con la situación descrita respecto al cambio experimentado en la función judicial, el “*Civil Litigation Management Manual*”, dedica un capítulo entero a las audiencias de conciliación y al uso de los “métodos alternativos” por parte del juez. Al comienzo del mismo, se hace referencia a que en la actualidad sólo un pequeño porcentaje de casos civiles se resuelven a través de un juicio y que uno de los objetivos de una eficaz gestión de los litigios consiste en la temprana conciliación de los casos.

El ímpetu dado a la función conciliadora del juez se repite en otras latitudes: en Francia, los arts. 127 y sgtes., del Nuevo Código de Procedimiento establecen que la conciliación forma parte de la misión del juez. El profesor Jean François Six sostiene que: “*Cualquier juez tiene otro deber que precede al de decidir según la ley: debe intentar conciliar a las partes. En ese momento, todavía no está juzgando, hace una última tentativa de conciliación...Antes de juzgar un juez debe comenzar por buscar la conciliación; habíamos perdido de vista esta función tan importante del juez; ahora se les otorga de nuevo honor y valor; por la fuerza de las cosas; a causa de los atascos y de la urgencia: ¿Cómo no aplaudir esta iniciativa?*” (125)

Asimismo, en Alemania, el art. 278/9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO) dispone que el Tribunal debe hacer todo lo posible por apoyar la búsqueda de una solución amistosa a lo largo de todo el procedimiento. En la mencionada norma, queda establecido que los jueces –en toda circunstancia y etapa del procedimiento– tienen que tener en cuenta la posibilidad de solucionar el litigio (o el asunto en disputa específico) de mutuo acuerdo, siendo también una intervención que se inscribe entre las tareas del juez como mediador. La misión del intermediario, como tercera persona, consiste en limar las diferencias de modo que se pueda llegar a un acuerdo”. (126)

Lord Harry Woolf (127) refiere que el sistema legal inglés, aún siendo bueno en algunos aspectos, tuvo que cambiar su cultura. Tuvo que asumir que su función no sólo consistía en decidir casos, sino en resolver, de la mejor manera posible, los conflictos de la gente. Explica que este nuevo enfoque actualmente se encuentra reflejado en la primera parte de las “Normas de Procedimiento

(124) La traducción me pertenece.

(125) SIX, Jean Francois, op. cit.

(126) Comisión Europea. Red Judicial Europea en materia civil y comercial, publicado en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_es.htm del 15 de mayo de 2007.

(127) Lord Chief Justice of England and Wales

civil" (128). Allí se precisa que el objetivo del sistema judicial inglés consiste en lograr una proporcionada, rápida y justa resolución de la controversia. Desde esa perspectiva, Woolf sostiene que un juez ya no debería "cruzarse de brazos" y permitir que las partes lleven adelante el litigio de cualquier manera. Considera, en cambio, que los jueces se convirtieron en "managers" (gerenciadores), es decir, pasaron a "gestionar" el juicio o la controversia (129). Así, desde un principio se estableció el deber del juez de alentar a las partes a que utilicen métodos alternativos" si ello resultaba apropiado para la resolución del conflicto.

El catedrático uruguayo Eduardo J. Couture, al comentar el antiguo art. 228 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, argumentó que en el derecho uruguayo "*la conciliación no constituye un poder jurídico sino un deber jurídico...La obligatoriedad constitucional de la conciliación, es la llave de paso de todo nuestro sistema...*" (130)

En nuestro país, en el orden nacional, el art. 36 del CPCCN dispone que aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal. El mismo Código de Procedimientos determina que en la audiencia preliminar -dispuesta por el art. 360 - el juez debe invitar a las partes a conciliar. (131) Si bien algunos autores consideran que el término "deberán" introducido en la reforma del texto legal resulta erróneo, que la disposición importa "un avance publicístico que excede las necesidades del proceso" y que se trata claramente de una facultad y no de un deber de los jueces, (132) lo cierto es que la norma fue especialmente modificada y el legislador ha optado por considerar que constituye un deber del juez intentar una conciliación entre las partes. No invalida lo expuesto que la disposición luego establezca que el juez "podrá disponer la comparecencia..." pues ello sí constituye una facultad del magistrado quien puede optar, por ejemplo, por llevar a cabo la audiencia con los letrados apoderados y no con las partes. Además, desde una interpretación sistemática de la norma, debe tenerse en cuenta que la reforma legislativa fue efectuada luego de la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria, lo que a todas luces demuestra una marcada inclinación a favor de los métodos de autocomposición.

Desde una interpretación histórica, debe señalarse que el antiguo art. 64 del Código de Procedimiento Civil de la Capital Federal establecía que "Los jueces deberán procurar, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus

(128) Part I of our Civil Procedure Rules

(129) WOOLF, Harry Kenneth, "Symposium: Transatlantic Perspectives on Alternative Dispute Resolution", Saint John's Law Review, Winter 2007

(130) COUTURE, Eduardo, "Estudios de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1978

(131) Cfr. BIANCHI, Roberto, op. cit.

(132) Cfr. FALCON, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal Culzoni, Tomo I, Santa Fe, 2006, p. 209

funciones, que los litigantes pongan término a sus diferencias por medio de avenimientos amigables...”. El procesalista H. Alsina al comentar la disposición expresa que la utilidad de la norma resultaba innegable. Sostiene que la “oportuna y discreta intervención del magistrado puede, con más frecuencia de lo que se supone, evitar un litigio cuyas causas son más aparentes que reales, con ventajas para las partes que resuelven sus diferencias sin demoras y para el tribunal que alivia su tarea”. Sobre la base de lo expuesto, entiende que la conciliación debe ser impuesta obligatoriamente. (133) Alvarado Velloso, por su parte, sostiene que la ley 17.454 al modificar el antiguo Art. 64 y establecer el ahora reformado art. 36 “involuciona sobre el sistema anterior, tal vez porque éste había entrado en una vía muerta, debido a la falta de aplicación por parte de los jueces”. (134)

En el orden constitucional, el art. 108 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el Poder Judicial deberá garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia. El art. 128 dispone, por su parte, que es competencia exclusiva de las comunas la implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios.

La Constitución de la Provincia de Jujuy establece, como un modo de afianzar la justicia, el recaudo de “asegurar la justicia conciliatoria...” (art. 149 inc. 2), imponiendo a los magistrados la obligación, respecto de las partes, de “avenirlas...”. En consonancia con ello, el Código Procesal de la Provincia de Jujuy, también prevé que “El juez debe, en *cuanto lo estime posible, procurar el avenimiento de las partes*” (art. 11 del C.P.C.).

La nueva Constitución de la Provincia de La Rioja dispone que, mediante la sanción de medidas de carácter legislativo, se determinará la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que disminuyan y pongan fin a la judicialización de los litigios (art. 144).

Las Constituciones de la Provincias de Buenos Aires y Corrientes establecen que en las causas de menor cuantía y vecinales “se procurará con preferencia la conciliación” (arts. 174 y 202). La Carta Magna de la Provincia de Chubut también determina que en la Justicia de Paz deberá contemplarse la aplicación del procedimiento de mediación (art. 186).

En la Provincia de Buenos Aires, si bien el art. 36 del CPCC establece entre las facultades de los jueces que éstos podrán disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación, no hay una norma que expresamente regule la conciliación en sede judicial.

(133) ALSINA, H., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, 1957

(134) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La Conciliación”, La Ley 1985-D 1995

Sin perjuicio de ello, como ya se mencionó anteriormente, un número cada vez más elevado de jueces, fija de oficio audiencias de conciliación. Sin embargo, no hay uniformidad de criterio respecto a cuál es la mejor oportunidad procesal para llevarlas a cabo, cuáles son los tipos de casos que más ameritan el procedimiento, si la comparecencia debe ser voluntaria o facultativa, etc. Cada Juzgado realiza sus propias experiencias y, a partir de ellas, evalúa resultados y modifica la práctica. Se advirtió, en la encuesta realizada entre Funcionarios y Magistrados del fuero civil y comercial del Departamento Judicial de San Isidro, un marcado interés en conocer prácticas de otros Juzgados e intercambiar experiencias a los fines de mejorar su propio sistema (ver Anexo).

Alvarado Velloso, por su parte, entiende que resulta dificultoso establecer las pautas para regular el instituto de la conciliación pues dependen de varios factores exógenos al instituto. Dice el autor que “decidir si el intento conciliatorio debe ser pre o intraprocesal y, en ambos supuestos con carácter obligatorio o facultativo, requiere conocer antes cuál es la experiencia habida al respecto en el tiempo y en el espacio, así como indagar en profundidad cuáles son las condiciones políticas, económicas y de autosuficiencia del Poder Judicial. Desconocer el juego armónico de tales factores importará, sin duda, un acto de creación legislativa que, cual tantos otros, entrará inicialmente en la vía muerta de la total inaplicabilidad”. (135)

1.3 Crítica a la función conciliadora del juez

Frente a este nuevo esquema legal y fáctico sobre el perfil conciliador del juez, es necesario destacar que la función conciliadora de los magistrados es resistida desde algunos sectores. La discusión se profundiza en caso que el juez que ha intentado el proceso de conciliación, deba – ante la falta de acuerdo – dictar la decisión jurisdiccional.

1.3.1 Argumentos a favor

Los defensores del nuevo rol conciliador del juez sostienen que el magistrado se encuentra en una posición inigualable para asistir a las partes en el proceso negocial debido a su lugar de poder, su inmediatez con el caso, su conocimiento de la materia objeto de la controversia y su experiencia.

Decía Parody, comentando un antiguo artículo del Código Procesal santafecino, que si los funcionarios judiciales “trataran por los medios a su alcance de conseguir un avenimiento o transacción entre las partes... no sólo se dignificaría la Justicia y se repararían muchos males, sino que se proporcionarían grandes ventajas a los litigantes, con el amigable arreglo de sus divergencias y la consiguiente economía de gastos y de tiempo que se pierde en toda la contienda judicial. Hay muchos asuntos que no se terminan por avenimiento o transacción por falta de mediador – diremos así – y en los

(135) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La Conciliación”, La Ley 1985-D 1995

cuales las partes escucharían cualquier indicación del juez de la causa para poner fin a su litigio. ¿Por qué no hacer uso de este deber, que constituye uno de los fines principales de los encargados de la noble misión de hacer justicia?” (136)

1.3.2 Argumentos en contra

Los críticos del nuevo rol argumentan que los jueces en las audiencias de conciliación pueden: incurrir en prejuzgamiento, afectar su imparcialidad –o bien su apariencia de imparcialidad– y/o presionar a los litigantes para que lleguen a un acuerdo. Como consecuencia de esto, las partes –como así también los abogados– podrían sentirse forzadas a aceptar un acuerdo ante el temor que el juez en la sentencia las perjudique por su actitud negativa para acceder a un arreglo.

En el año 1990, la American Bar Association (ABA) publicó el “Código Modelo de Conducta Judicial”, que ha sido posteriormente reformado en el año 2007. La sección de resolución de disputas de la ABA propuso que se incluya en la reforma lo siguiente:

“Además de prohibirse la coacción a las partes para que arriben a un arreglo, un juez no debe conducir una audiencia de conciliación o mediación si luego debe fallar en el caso.”

En la propuesta, se incluye un comentario que explica el motivo de la prohibición:

“Al realizar audiencias de conciliación o mediación y, en particular, cuando se realizan caucus (conversaciones privadas con las partes), los jueces acceden a información confidencial a la que no tendrían acceso en caso de no haber conducido la audiencia. Si las partes no arreglan y, más tarde, el juez debe resolver el caso, le resulta difícil dejar de lado esa información. El resultado es que, a menudo, la información confidencial sirve para inclinar al juez a favor o en contra de alguna de las partes del conflicto, comprometiendo así la integridad del proceso adjudicativo.”

En definitiva, el nuevo “Código Modelo de Conducta Judicial” no prohíbe la conciliación por parte de los jueces que luego deban dictar sentencia en el caso, pero establece pautas para evitar la coerción sobre las partes. En el texto, se recomienda al juez la excusación en caso que advierta que su imparcialidad puede verse comprometida.

En efecto, la regla 2.6 b) del nuevo Código establece lo siguiente:

“...el juez puede alentar a las partes y a los abogados para que arreglen los temas en disputa pero no actuar de un modo que obligue a ninguna de las partes en la solución.”

(136) Citado por ALVARADO VELLOSO, Adolfo, op. cit.

En el comentario a la regla se aclara que:

“Si bien el juez desempeña un papel importante en la solución de los conflictos, ...debe tener en cuenta los efectos que su participación puede producir, no sólo en su propio punto de vista sobre la causa, sino también en las percepciones de los abogados y las partes...Los jueces deben ser conscientes de los efectos que pueden producir las audiencias de conciliación, no sólo en su objetividad e imparcialidad, sino también en la apariencia de objetividad e imparcialidad. A pesar de los mejores esfuerzos, puede haber casos en los que la información obtenida durante las audiencias pueda influir en la posterior decisión en el juicio, y, en tales casos, se indica que el juez deberá considerar si su excusación puede resultar apropiada.”

Roberto Bianchi entiende que cuanto el juez más se haya involucrado en el proceso conciliatorio, mayor será su dificultad para no tomar en cuenta las “impresiones” que haya recogido de la audiencia al momento de decidir la cuestión conforme a derecho. Dice el autor que “La ley no exige abiertamente lo imposible, es decir, que el juez desdoble por completo su personalidad en la de un conciliador que negocia y en la de un juzgador que da a cada uno lo suyo y que olvide –su todavía fresca– experiencia como conciliador. El conflicto entre uno y otro rol es evidente, y el juez tendrá que convivir con él mientras no se reforme el sistema, por ejemplo, atribuyendo a un conciliador distinto la tarea. Esta obvia circunstancia pueda dar motivo a que una parte, que tema fundada o infundadamente salir por ello perjudicada más adelante, rechace directamente el intento de conciliación (137)“.

1.3.3 La opinión de los magistrados

En el año 2004, Peter Robinson (138) realizó una encuesta entre mil ochocientos jueces de California. El estudio contó con la asistencia de la Oficina Administrativa de la Corte de California y tuvo por objeto principal evaluar la opinión de los jueces respecto a su intervención como conciliadores y mediadores. Se apuntó además a obtener información sobre la práctica en las audiencias. (139)

El resultado de la encuesta (140) reveló que el 82% de los magistrados estaba de acuerdo en conducir audiencias de conciliación, siempre y cuando mediara consentimiento de las partes. Asimismo, se advirtió que existe una mayor divergencia de opiniones sobre el tema entre los jueces civiles y aquéllos de familia. Estos últimos, son los más propicios a aceptar procesos conciliatorios.

(137) BIANCHI, Roberto, op. cit.

(138) Director y profesor asociado del “Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law”,

(139) ROBINSON, Peter; “Adding...”, op. cit.

(140) Obtenido de la respuesta de trescientos sesenta y ocho magistrados.

La cuestión también fue abordada en el ya citado “Civil Litigation Management Manual”. Dicho texto estipula que las opiniones de los expertos difieren acerca de la conveniencia para los jueces de participar en las audiencias de conciliación.

Algunos jueces sostienen que este tipo de intervención puede poner en peligro la “apariencia de imparcialidad” y crear un riesgo de recusación. Otros magistrados, aprecian que su familiaridad con el caso los convierte en “neutrales altamente efectivos”. En el Manual se advierte al juez que:

“las costumbres locales y la práctica pueden proporcionar orientación, pero en general Usted debe ser prudente a la hora de participar en las conversaciones de un arreglo... Usted también podría considerar la posibilidad de establecer una relación con otro juez para el intercambio de casos que se beneficiarían así de la asistencia de un juez, evitándose estar demasiado cerca de las negociaciones. O Usted podría remitir el caso al programa de ADR de su tribunal. En cualquier caso, Usted siempre puede servir de catalizador, abriendo las puertas a la negociación y ayudando a las partes a evaluar el caso. Debido a que muchos abogados y sus clientes se muestran reacios a dar el primer paso a la conciliación, pues temen que pueda verse como un signo de debilidad, Usted puede ser especialmente importante para romper las barreras a la negociación.”

1.3.4 Síntesis

En mi experiencia, recogida a lo largo de varios años de trabajo en el Poder Judicial, pude observar que los operadores (jueces, abogados y justiciables), en la mayor parte de los casos, no se plantean ningún dilema en relación a que sea el propio juez quien intervenga en las audiencias de conciliación. (141) Por el contrario, las partes y los abogados, en la generalidad de los casos, agradecen y valoran los esfuerzos desplegados por el juez para llevar a cabo instancias conciliatorias. Es más, arriban al Juzgado esperando que sea el magistrado quien los reciba y asista en el proceso conciliatorio. Aunque la imagen del juez en nuestra sociedad puede estar deteriorada, aún se advierte respeto por la

(141) Cabe traer a colación la experiencia recogida del programa de mediación instaurado por el Juez E. Jeffrey Burke en el Distrito de San Luis Obispo, California, Estados Unidos. En año 1999 ese Distrito Judicial registraba un notable atraso en las causas judiciales. El juez Burke, con el apoyo de otros magistrados, promovió un intensivo programa de mediación civil a través del cual se requería a las partes -sin obligación- que resolvieran sus conflictos utilizando el proceso de mediación. Para ello, los justiciables podían recurrir a mediadores privados o bien requerir a cualquiera de los jueces que actúe como mediador. En este supuesto, las causas podían ser reasignadas a otro juez si las partes, los letrados o el propio Magistrado así lo solicitaban. Sin embargo, durante los seis años que funcionó el programa ninguno de los involucrados solicitó la reasignación del caso para que sea un magistrado distinto al que concilió el que continuara a cargo del juicio (Cfr. ROBINSON, Peter, op. cit.).

investidura y una necesidad de los justiciables de sentirse “escuchados” por el juez.

El argumento más esgrimido por los jueces para justificar la falta de participación personal en las audiencias de conciliación no consiste, por lo general, en ninguno de los mencionados en el acápite “argumentos en contra” sino en la falta de tiempo para ocuparse de esta función. (142) Muchos jueces alegan que si bien consideran de suma utilidad las audiencias de conciliación, carecen de tiempo suficiente para implementarlas. Ante la situación de colapso del Poder Judicial resultan comprensibles los argumentos esbozados. Sin embargo, no debería dejar de considerarse –desde una perspectiva “utilitarista” de la institución– que una buena política a favor de la conciliación puede llegar a reducir notablemente ese trabajo que tanto aqueja en el Tribunal.

Sin perjuicio de lo expuesto, si el juez considera que participar personalmente en una audiencia de conciliación compromete su imparcialidad, afecta su deber de no prejuzgar o implica situarse en un rol, que por distintos motivos no le resulta apropiado, puede optar por distintas fórmulas para cumplir esa función.

Para actuar como tercero que facilita la negociación se requieren ciertas condiciones y habilidades personales, muchas de las cuales se podrán aprender a través de una adecuada capacitación pero otras, tienen que ver con los recursos de la persona. Es habitual encontrar excelentes jueces carentes de la paciencia, humildad y flexibilidad necesarias para situarse como terceros facilitadores del proceso negocial. De poco sirve que un magistrado incómodo en ese rol se limite –al simple efecto de cumplir con la disposición legal– a recibir a las partes e interrogarlas acerca de las posibilidades de llegar a un acuerdo. En la mayoría de los casos, los justiciables concurren a las audiencias de conciliación arrastrando un conflicto “escalado”. Bajo este contexto, aún cuando hayan concurrido a la audiencia, suelen mostrarse escépticos y con tendencia a reiterar las mismas posiciones asumidas con anterioridad. Frases tales como “Queremos levantar el acta porque no hay posibilidades de acuerdo”, resultan frecuentes a la hora de recibir a las partes para comenzar la conciliación. Si el tercero entonces se limita a cumplir con una formalidad, es probable que de inmediato, o ante el menor intercambio de opiniones, se de por finalizada la audiencia. En ese caso, la conciliación produce un efecto adverso al deseado pues genera que las partes aumenten su desconfianza, se abroquelen en sus posiciones y ratifiquen que la única solución posible radica en que el juez decida “quien tiene la verdad”.

¿Qué pueden hacer entonces aquellos jueces que temen incurrir en prejuzgamiento o alterar su imparcialidad, que carecen de tiempo o simplemente

(142) El exceso de trabajo y la situación de colapso absoluto del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, hacen que en un Juzgado en lo Civil y Comercial del Gran Buenos Aires tramiten aproximadamente 8000 expedientes. Un juez bonaerense suscribe aproximadamente 200 expedientes diarios y dicta entre 8 y 12 sentencias mensuales en procesos de conocimiento.

que no se sienten cómodos con el rol de facilitador para cumplir debidamente su función de conciliar?

A continuación se proponen dos opciones, cuya implementación puede efectuarse de forma inmediata, sin aguardar un cambio que provenga de la intervención de los otros poderes del Estado. Esta particularidad no resulta menor en nuestro país donde a diario se presenta el desafío de gestionar cambios desde el lugar y con los recursos con los que cada uno cuenta, sin sujetar las medidas de acción a la espera de la decisión de los órganos políticos.

a) La delegación

A excepción de los ordenamientos legales que disponen la presencia personal del juez en la audiencia bajo apercibimiento de nulidad, (143) el magistrado puede delegar la conciliación a funcionarios del Juzgado que se encuentren capacitados en "métodos alternativos". La delegación cuenta con algunas ventajas. En primer lugar, si se cuenta con más de un funcionario entrenado, la delegación puede efectuarse teniendo en consideración las características del caso y los distintos estilos de cada conciliador, así como sus respectivas especialidades. En segundo lugar, los funcionarios carecen de posibilidad alguna de incurrir en prejuzgamiento. En tercer lugar, en aquellos ordenamientos en los que la confidencialidad de la audiencia no se encuentra garantizada por ley, el funcionario puede asumir el compromiso personal, para el caso de no llegar a un arreglo, de no transmitir al juez lo acaecido en la audiencia ni intervenir en ningún proyecto de resolución vinculado a ese expediente. De esta manera, puede aumentar la confianza en las partes para que circularicen la información sin temor a que la misma pueda influir en el dictado de la sentencia, o en el ánimo del sentenciante. Ello resulta de esencial importancia pues el conciliador, como el mediador, trabajan esencialmente con la información que le confían las partes. Debe señalarse que forma parte de una delegación responsable brindar la infraestructura y el tiempo necesarios para que los funcionarios puedan llevar a cabo la labor, con los recursos apropiados.

b) El intercambio de expedientes

En nuestro país, no resulta práctica común que los jueces se intercambien expedientes para presidir las audiencias de conciliación como sucede en Estados Unidos. No obstante ello, puede resultar una opción válida a considerar en determinados casos con características peculiares. Elena Highton y Gladys Alvarez entienden que al momento no es dable efectuar en nuestro sistema la derivación de la audiencia de conciliación a otro magistrado. Sin perjuicio de ello, introducen un argumento que, a mi criterio, constituye uno de los fundamentos por los cuales la práctica resultaría viable: la actividad conciliadora

(143) La audiencia dispuesta por el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la que el juez -entre otras medidas- invita a las partes a conciliar, debe celebrarse con la presencia del magistrado bajo pena de nulidad.

está catalogada como no jurisdiccional y, por lo tanto, puede ser realizada por un magistrado distinto al juez natural. (144)

Por otra parte, ¿qué obstáculo puede existir para que un tercero -sea o no juez- colabore para que dos sujetos plenamente capaces encuentren un punto de armonía que les permita superar sus diferencias?

Resulta relevante traer a consideración que el juez al conciliar -o arbitrar los medios necesarios para que se lleve a cabo el proceso conciliatorio- además de cumplir en algunos casos con un deber legal, evidencia un perfil de juez idóneo desde el punto de vista ético y gerencial.

Al describir la idoneidad ética exigible a los jueces, la Comisión "Perfil del Juez" de la Mesa Permanente del Diálogo Argentino dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, sostuvo que resulta necesario que quien se desempeñe como juez cuente, entre otras cosas, con "una buena reputación de su integridad; compromiso con la justicia y la dignidad de las personas; carezca de pomposidad y tendencias autoritarias; tenga capacidad para escuchar y vocación de servicio; sea honesto, estudioso, imparcial, independiente, ponderado, ecuánime, perseverante, valiente, respetuoso de los otros, puntual, paciente y *conciliador*".

En este sentido, traigo a colación un paralelismo con el "*tercer lado*" descrito por William Ury en la obra "*Alcanzar la Paz*". Según el autor, el "*tercer lado*" implica una nueva responsabilidad. Significa que "cada persona, organización o nación es responsable por los conflictos que tienen lugar a su alrededor... Cada uno de nosotros tiene la oportunidad de ayudar a detener las peleas destructivas de nuestro alrededor.." (145). Jean François Six, al disertar sobre la ética de la mediación, refiere que es un principio del derecho que todo ser humano en peligro tiene derecho a recibir asistencia y ayuda del otro. De la misma manera, entiende que la mediación se sustenta en la siguiente perspectiva moral: "si alguien se encuentra en peligro, en soledad, en un conflicto interno (consigo mismo) o externo (con alguien) tiene derecho a que yo esté presente, que yo esté a su disposición de la manera en que él lo entienda, es su libertad. ¿Qué has hecho por tu hermano?" es una pregunta planteada desde el principio en la Biblia y sigue siendo de gran actualidad. Nuestra sociedad necesita de hombres y mujeres que oigan, que se dediquen en cuerpo y alma a establecer lazos y a destruir las incomunicaciones". (146)

La idoneidad gerencial, por su parte, implica la buena administración de los recursos materiales y humanos que, de manera directa, están involucrados en la labor cotidiana del juez. (147) La audiencia de conciliación y el uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos fueron considerados

(144) ALVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, ALVAREZ, "Mediación...", op. cit.

(145) URY, William, "Alcanzar la Paz", op. cit.

(146) SIX, Jean François, p. 176

(147) Documento preliminar de la Comisión Perfil del Juez, Mesa Permanente de Diálogo Argentino del 8 de abril de 2003.

instrumentos esenciales de los “sistemas exitosos de gestión” exhibidos por los Magistrados que participaron de las “Primeras Jornadas de Derecho Judicial” organizadas por la Universidad Austral. (148) En particular, el doctor Alejandro Lesser dió cuenta de que el modelo de gestión por él presentado incluye la convocatoria a audiencias de conciliación en todos los procesos de conocimiento al momento de la apertura a prueba y, en los procesos de ejecución, una vez dictada la sentencia de trance y remate a fin de que todos los justiciables “tengan un día ante el tribunal”. En cuanto al gerenciamiento de los recursos humanos, más adelante se analizará cómo un juez conciliador resulta de vital importancia a los efectos de gestionar los conflictos internos de la organización.

2. Aspectos a tener en cuenta en la audiencia de conciliación

Afirma el juez Wayne Brazil, que los magistrados deberían destinar buena parte de su tiempo a cumplir su misión de conciliar a las partes. En función de ello, estima que resulta esencial que piensen sistemática y cuidadosamente sobre cómo ejercer esta importante función. En el artículo titulado “Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role”, (149) el citado autor expone sus sugerencias para llevar a cabo las audiencias de manera efectiva. Señala Wayne Brazil que muchas de las sugerencias son el resultado de errores por él cometidos en las audiencias. Advierte además, que no hay una fórmula mágica para llevar a cabo un proceso negocial con éxito. La llave hacia la efectividad, sostiene: *“se encuentra directamente relacionada con una sólida preparación, buena sincronización, buen balance entre confianza en uno mismo y humildad, capacidad para escuchar, escucha creativa, sensibilidad ante las necesidades y el humor de la gente, análisis sustantivos, paciencia, tenacidad, flexibilidad y la buena suerte de lidiar con abogados y partes que actúen razonablemente”*.

A continuación se analizarán algunos de los aspectos que resultaría valioso que sean considerados al momento de conciliar. Estos ítems han sido seleccionados entendiendo que pueden resultar útiles de acuerdo a nuestra cultura legal e idiosincrasia.

2.1 El cambio de mentalidad

Tal como se analizó en la primera parte del trabajo, los procesos “adjudicativos” y los “alternativos” de resolución de conflictos participan de distintos paradigmas. La manera de pensar y actuar necesaria para conducir una audiencia de conciliación es muy diferente a la desarrollada por el juez

(148) Del encuentro, que tuvo lugar el día 5 de julio de 2008, participaron los doctores Graciela Marino, Germán Garavano, Alejandro Lesser y Cecilia Federico. En particular, el doctor Alejandro Lesser dio cuenta que el modelo de gestión presentado incluye la convocatoria a audiencias de conciliación en todos los procesos

(149) BRAZIL, Wayne D, “Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Volume 3, 1987, Number 1

durante el proceso judicial. La complejidad radica en que, en esta época de superposición de paradigmas, el juez debe lidiar o actuar bajo modelos teóricos contrapuestos. Ello exige dejar algunos hábitos y concepciones e incorporar otros nuevos.

Wayne Brazil, considera que el cambio de mentalidad es muy difícil de lograr y no debería ser subestimado. En función de ello, aconseja que los jueces, para lograr una transición apropiada, dejen un lapso de tiempo suficiente entre tareas que requieren enfoques diferentes. Brazil ejemplifica el punto al afirmar:

“Sé por frustrante experiencia personal que es muy difícil cambiar de estilo intelectual y de engranaje cuando me he sentado en el banquillo la mayor parte del día a decidir cuestiones controvertidas y luego tengo que cambiar a presidir una audiencia. Cuando estoy en el juicio estoy bajo una continua presión de tiempo para moverme en mi sobrecargado Tribunal. Respondo a esa presión volviéndome agresivo intelectualmente, forzando al abogado para que vaya directo al punto y explicando eficientemente las cuestiones claves. No soy especialmente sensible a los cambios sutiles y emocionales, no soy paciente con largas y amplias explicaciones. Desde el comienzo, utilizo mi mente con determinación para controlar la agenda y el ritmo de las actuaciones, para centrar los problemas, y para presionar en favor de respuestas concretas a preguntas importantes.”

Según Wayne Brazil, una buena audiencia de conciliación debería comenzar con un juez abierto mentalmente y dispuesto a escuchar a quienes padecen el conflicto. Recomienda al juez que conduzca una audiencia de conciliación, estar preparado para escuchar a las partes con atención y paciencia, dándoles lugar a que se expresen teniendo en cuenta los vaivenes propios de este tipo de discursos. Refiere que el magistrado deberá conceder el tiempo necesario para que las partes se muevan intelectual y emocionalmente de sus primeras posiciones. Wayne Brazil aconseja hacer sentir a los participantes de la audiencia que ese espacio les pertenece y que esta orientado a atender sus necesidades. Advierte que acelerar los tiempos propios de este tipo de procesos puede llevarlos al fracaso, no siendo éste el ámbito adecuado para que el juez se remita directamente a lo importante, como tal vez hace, en los procesos adjudicativos.

Por otra parte, reviste particular importancia que, al momento de celebrar la audiencia de conciliación, el juez deje de lado su tendencia natural a “juzgar”, creando así, la sensación de que ya tiene en mente una decisión para el caso. Dice Wayne Brazil que mostrar explícitamente su punto de vista, desde el comienzo de la audiencia, puede comprometer su apariencia de imparcialidad, la cual resulta indispensable para actuar como tercero.

El prestigioso jurista y profesor Adolfo Alvarado Velloso, al comentar los buenos resultados de las audiencias de conciliación, refiere que ello “supone

una actitud mental del juez proclive a la conciliación y una personalidad inteligente, creativa y dedicada con esfuerzo a su tarea, ya que el trato asiduo con las partes supone mayor tiempo de permanencia en el Juzgado e indudable retardo de tareas por sobre las que cumple un magistrado del sistema escrito y que poco o nada toma contacto con las personas de los interesados". (150)

2.2 *El conflicto interpersonal*

Dice la profesora Marinés Suárez que la noción de conflicto "funciona como un "presupuesto" para muchas disciplinas". Entiende la autora que antes de conocer las técnicas que llevan a la resolución o conducción de los conflictos resulta fundamental que se reflexione acerca de qué es un conflicto pues, de lo contrario, la práctica "...se convierte en la aplicación mecánica de técnicas, es decir, en un "juego mecánico" o en el mejor de los casos "en un arte de magia". (151)

A diferencia de lo que sucede a lo largo del proceso judicial, en el que el juez resuelve sobre la base de los planteos jurídicos que presentan los abogados, en las audiencias de conciliación, el juez trabaja directamente con el conflicto interpersonal que atraviesan las partes. No forma parte del objetivo del presente trabajo analizar las técnicas que se utilizan para el abordaje de conflictos, pero sí se analizarán algunos de las características del conflicto interpersonal debido a que la información que puede aportar una lectura apropiada del conflicto, resulta vital a la hora de diseñar estrategias para su abordaje en las audiencias de conciliación.

Max Weber define al conflicto como: "relaciones entre dos o más actores, individuales o colectivos que realizan conductas tendientes a obtener metas u objetivos que son incompatibles o que alguno de ellos considera incompatible". (152)

En un sentido muy similar Remo Entelman caracteriza al conflicto como una especie o clase de relación social en la que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí o bien percibidos como incompatibles. (153)

Tomando un criterio más estricto Elena I. Highton y Gladys S. Alvarez (154) lo precisan como "una percibida divergencia de interés o una creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente", lo que dicen, "implica pensar en términos de impactos mentales en la conducta social".

(150) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, op. cit.

(151) SUAREZ, Marines, op. cit.

(152) WEBER Max, "Economía y sociedad", México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

(153) ENTELMAN, Remo, op. cit..

(154) HIGHTON Elena I. y ALVAREZ, Gladys S., "Mediación...", op. cit.

Como vemos, las tres definiciones citadas hacen referencia a las implicancias que tienen en la conformación de los conflictos, tanto las divergencias materiales como las distintas “percepciones” de los involucrados, entendiendo a éstas como “la visión, imagen o interpretación que un actor determinado tiene acerca de un escenario –real, potencial o futuro– y de sus circunstancias, relaciones y contenidos, como también de las características de la interacción motivada o emergente de ella, a la luz de sus propios patrones, intereses y/o condicionamientos” (155). Según Edward De Bono “la percepción es tan real como cualquier otra cosa...de hecho la percepción es la única realidad para la persona. Por regla general, la percepción no es una realidad compartida, ni tampoco se puede cotejar con el mundo exterior, pero es ciertamente real”.(156)

Las mediadoras María Elena Caram, Diana Teresa Eilbaum y Matilde Risolia sostienen que los participantes de un conflicto lo que transmiten al tercero son sus percepciones respecto al mismo, las que muchas veces resultan incompatibles. Estas “son quizá una verdad para cada uno, y cada percepción seguramente es vivida como la única realidad, pero no lo es para el otro ni tampoco para el mediador”. El mediador, al igual que el juez conciliador, debe entonces estar preparado para trabajar con las distintas percepciones de las partes. Las autoras entienden que esta tarea “Es un intento por superar la discusión que conlleva la búsqueda de una verdad, para poder unir estos puntos de vista subjetivos en una salida hacia el futuro, más que una recolección de pruebas acerca de la verificación de cada una de las posturas en desmedro de la otra, más propia del proceso judicial que de un proceso conciliatorio”.

Advierten también respecto a la importancia, para el proceso, que el mediador sepa respetar y aceptar los distintos puntos de vistas de los participantes para, desde allí, ayudarlos a vislumbrar que “también es posible ver las cosas desde el enfoque del otro, aunque no puedan o quieran estar de acuerdo”.

Por último, destacan que uno de los obstáculos más difíciles de sortear, para los terceros acostumbrados a trabajar con conflictos, consiste en poder apartarse de las discusiones en torno a la verdad, la responsabilidad y/o la culpa. Sostienen que este diferente enfoque no sólo debe reflejarse en la conducción general del proceso sino en cada una de las “pequeñas intervenciones” realizadas con el fin de “desmantelar” las frecuentes discusiones generadas en torno a los conceptos mencionados. (157)

Desde otro lugar, Jean Pierre Ancel, Presidente de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia, sostiene que para actuar en un rol mediador,

(155) BALBI, Eduardo y CRESPO, María Fabiana, “Capturando el futuro”, Buenos Aires, Edit. Formato, 1997, p. 90

(156) DE BONO, Edward, “Lógica Fluida” citado por Balbi Eduardo y Crespo María Fabiana en la obra citada ut supra.

(157) CARAM, María Elena y otros, “Mediación. Diseño de una práctica”, Buenos Aires, Librería Editorial Histórica, 2006.

mediante el cual se practica una suerte de mayéutica, es preciso escapar de la lógica binaria del proceso judicial, que presupone que la verdad está de un lado o del otro, que a uno le asiste razón y al otro no, y recurrir a otro tipo de lógica: “la verdad esta, sin duda, a la vez aquí y allá. (158)

2.2.1 Su dinámica

Un rasgo característico del conflicto interpersonal consiste en que éste es cambiante, no permanece igual a lo largo de su desarrollo, se modifica continuamente a partir del tiempo, del contexto y de la intervención de cada uno de sus protagonistas y de los terceros que operan en el mismo, ya sean terceros interesados o quienes actúan como tales por haber sido llamados en calidad de neutrales para su manejo o resolución (mediadores, árbitros, jueces, etc.).

Sobre el particular, Rubén Calcaterra expresa: “el conflicto es un proceso dinámico, sujeto a la permanente alteración de todos sus elementos. A medida que se desarrolla su devenir cambian las percepciones y las actitudes de los actores que, en consecuencia, modifican sus conductas, toman nuevas decisiones estratégicas sobre el uso de los recursos que integran su poder y, a menudo llegan a ampliar, reducir, separar o fusionar sus objetivos. El carácter dinámico del conflicto produce una inevitable y permanente alteración de sus términos”. (159)

Por su parte, Remo Entelman sostiene que una situación conflictiva totalmente estática no existe en la realidad e incluso la aparente inmovilidad o estancamiento que pueda apreciarse produce cambios en la percepción de los actores y anticipa decisiones futuras distintas de las que hubieran sido llevadas a cabo de no mediar el statu quo. (160)

A mi juicio, el llamado a una audiencia de conciliación modifica –de por sí– la situación de conflicto. Obliga a las partes –y a sus letrados– a volver a pensar el conflicto; unos como interesados directos y otros como asesores letrados.

En más de una oportunidad, los abogados han agradecido la convocatoria de oficio a una audiencia de conciliación pues, debido a ello, han pedido instrucciones a sus mandantes de cómo actuar en la misma y, de esa forma, elaboran ofrecimientos concretos para formular a la contraparte. En este contexto, la citación funciona como un disparador para que las partes vuelvan a replantearse cuáles son sus intereses y las posibles opciones que tienen para la satisfacción de los mismos. De otra manera, muy probablemente, hubiera

(158) ANCEL, Jean Pierre, “Discurso de Apertura del Congreso organizado en Paris y Dijon, del 21 al 24 de septiembre de 2004, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Judicial, la Asociación Internacional de Derecho Procesal, el Centro de la Investigación sobre la Justicia y el Proceso del Instituto Andrés Tunc, y el Centro de la Investigación sobre el Derecho de los Mercados e Inversiones Internacionales”, en “Mediation et Arbitrage. Alternative a la justice ou justice alternative?”, Lexis Nexis Litec, Paris, 2005, p. 17.

(159) CALCATERRA, Rubén, op. cit.

(160) ENTELMAN, Remo, op. cit.

continuado el proceso judicial sin un replanteo de las posiciones asumidas inicialmente. En algunas ocasiones, incluso, la convocatoria motiva a los letrados intervinientes a contactarse con anterioridad a la audiencia y negociar entre ellos los términos de un acuerdo. De esta manera, los abogados concurren a la audiencia con el posible acuerdo ya trabajado.

Al mismo tiempo, si se considera que el conflicto muta constantemente se puede advertir que el traído por las partes a la audiencia de conciliación difiere del planteado inicialmente. En efecto, seguramente transcurrió un lapso de tiempo, se alteró el contexto, y las posiciones de las partes fueron modificadas por la actuación de los abogados. Este aspecto resulta relevante porque muchas veces se alega, a los efectos de restarle importancia a la misión de conciliar de los jueces, que los litigantes antes de iniciar el juicio ya intentaron una negociación o bien concurrieron a una mediación. Sin perjuicio de destacar que resulta habitual vislumbrar letrados que nunca antes tuvieron diálogo con la parte contraria para intentar abordar el conflicto por un método distinto al judicial, lo cierto es que aunque así lo hayan procurado, el conflicto en sede judicial ya no es idéntico al que mantenían las partes antes del inicio de las actuaciones judiciales. Por ello, si consideramos que el conflicto es un proceso dinámico, podemos concluir que al haberse modificado en virtud del tiempo y el contexto, bien vale un nuevo intento de gestionarlo apropiadamente.

Por otra parte, desde una visión sistémica, la intervención del juez también modifica la relación conflictual. Todo lo que diga, haga o deje de hacer el juez modifica la situación. El juez no se mantiene al margen de la relación sino que se involucra desde su rol de tercero para coconstruir junto a las partes nuevos diálogos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la intervención del conciliador puede aumentar o bajar la intensidad que el conflicto evidencia. Un movimiento hacia niveles de mayor intensidad de la conducta conflictiva de cualquiera de las partes, supone la extensión del conflicto y por ende el surgimiento de nuevas pretensiones.

Si partimos de la base que los conflictos que llegan a Tribunales suelen contener una importante carga negativa, deberá entonces ponerse mucho esmero para que la intervención del tercero sirva para positivizar el conflicto y transformarlo en un proceso constructivo bajando el nivel de enfrentamiento.

Las reflexiones anteriormente apuntadas bien valen también para el juez de las instancias superiores. El dictado de una sentencia por parte del juez de Primera Instancia, el transcurso del tiempo y la intervención en la causa de un nuevo órgano colegiado, son factores que inciden en la dinámica de la disputa. En función de ello, los Tribunales de Alzada también cuentan con valiosas oportunidades de intervención. En este sentido, cabe destacar que en los Estados Unidos, los trece Tribunales Federales de Apelación cuentan con programas de mediación. (161)

(161) El Federal Judicial Center, en el año 2006, editó el libro *“Mediation & Conference Programs in the Federal Courts of Appeals. A sourcebook for judges and lawyers,”*

2.3 La preparación de la audiencia de conciliación

Según Wayne Brazil, la efectividad del juez en la audiencia de conciliación depende –en gran medida– de su nivel de preparación. Sostiene que la credibilidad del magistrado se incrementará si las partes perciben que éste posee una buena comprensión del caso, lo cual reconoce, no siempre resulta tarea sencilla. Para facilitar la comprensión del caso, suele requerir a los abogados que, previo a la audiencia, realicen una declaración confidencial acerca de las negociaciones mantenidas con anterioridad. El autor da cuenta sobre la dificultad de lograr –por parte de los profesionales– declaraciones oportunas y útiles, aun cuando especialmente las requiere con siete días de anticipación. Mediante ese requerimiento, les recuerda a los abogados la necesidad de concurrir a la audiencia en compañía del cliente, aunque puede relevarlos de comparecer siempre y cuando asuman el compromiso de estar disponibles telefónicamente. Por último, procura que todas las personas necesarias para concluir las negociaciones –entre los que se incluyen por ejemplo a los abogados seniors del caso– se encuentren presentes o disponibles. El autor concluye que la mayoría de los abogados da cuenta de lo provechoso que resulta la comparecencia personal de las partes a la audiencia.

Se advierte (162), que muchas audiencias de conciliación fracasan antes de comenzar debido al alto grado de incomparecencia de las partes y letrados. Al no contener el auto que ordena la comparecencia a la audiencia ningún apercebimiento para quien no asista a la misma, la concurrencia queda librada al criterio y la colaboración que presten los abogados. Esto suscita dos problemas: la sobrecarga en la agenda de fechas de audiencias que no se llevan a cabo, con la consiguiente postergación en la fijación de otras, y la pérdida de tiempo y frustración para el juez y las partes que prepararon la audiencia y concurren a ella. Por ello, debería auspiciarse que la comparecencia resulte obligatoria para las partes y los letrados. Ello, sin perjuicio de respetar el carácter voluntario del proceso, en cuanto a la actitud a asumir en el mismo.

una guía de referencia sobre los programas de mediación y conciliación en las trece Cortes Federales de Apelación de los Estados Unidos. En la obra, se analiza la regla n° 33 establecida en el año 1994 por la Judicial Conference de los Estados Unidos para los Tribunales Federales de Apelación. La regla dispone: *El Tribunal podrá ordenar a los abogados y, en los casos correspondientes, a las partes a participar en una o más audiencias para abordar cualquier asunto que pueda facilitar el procedimiento y la posibilidad de un acuerdo. La audiencia puede llevarse a cabo personalmente o por teléfono y puede ser presidida por un juez u otra persona designada por el Tribunal a tal efecto. Antes de la audiencia, los abogados deben consultar a sus clientes y obtener la mayor autoridad posible para arreglar el caso. En algunos tribunales, son los propios jueces federales superiores o los jueces estadales jubilados quienes median algunos de los casos* (Cfr. Niemic Robert J., "Mediation & Conference Programs in the Federal Courts of Appeals. A sourcebook for judges and lawyers," 2nd. Edition, Federal Judicial Center, 2006).

(162) A partir de la experiencia adquirida como Auxiliar Letrada del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a cargo del doctor Campolongo Alvarez.

En aquellas jurisdicciones que carecen de legislación específica sobre la materia, algunos jueces, en uso de las facultades que detentan como directores del proceso, imponen apercibimientos para asegurar la comparecencia de las partes. Por ejemplo, el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, (163) al fijar las audiencias de conciliación advierte a las partes que en caso de no arribar a un acuerdo se producirá, en ese mismo acto, la prueba confesional. De esta manera, ante el grave apercibimiento que trae aparejado la incomparecencia a la audiencia confesional, se asegura la concurrencia de las partes y los letrados. (164)

Otro aspecto esencial para un buen proceso negocial, radica en la preparación previa del abogado con su cliente. A diario comparecen abogados comprometidos con su trabajo, que se preparan con sus clientes para la audiencia de conciliación, "operando en su rol preventivo, consejero, logrando persuadir al cliente hacia el buen entendimiento". (165) Abogados que asesoran sólidamente en temas jurídicos pero que actúan también como agentes de la realidad, mostrándoles a sus clientes las probabilidades reales de éxito y los costos de un proceso judicial. Sin embargo, también se advierte un gran número de profesionales que comparecen sin preparación previa con la única misión de "escuchar qué propone la parte contraria". Recuerdo a un abogado que relató la siguiente "estrategia": "Aún cuando puedo evaluar el reclamo antes de la audiencia, yo concuro a decir que tomo conocimiento en ese acto de la pretensión de la contraria y que necesito unos días para evaluarla." Frente a esta realidad, un recurso del juez para evitar que esta dinámica se reitere a lo largo de la conciliación, consiste en requerir el compromiso personal de los letrados y las partes de trabajar en una consigna predeterminada.

A continuación, se transcribe un modelo de despacho de convocatoria a una audiencia de conciliación del mencionado Juzgado en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial de San Isidro. En él se imparten instrucciones

(163) A cargo del doctor Alejandro Lesser, juez pionero en implementar prácticas de auto composición en su Juzgado e incansable promotor de los métodos alternativos, del trabajo en equipo y la gestión aplicada a los procesos judiciales.

(164) Sin perjuicio de lo expuesto, en una reciente entrevista mantenida con el doctor Alejandro Lesser, expuso que en los últimos tiempos registra un mayor grado de incomparecencia de los letrados a las audiencias fijadas en procesos de daños y perjuicios por accidentes de tránsito. La particularidad referida también fue puesta de relieve por distintos magistrados y constatada en el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 Departamental. Sin embargo, en este último Juzgado se optó por mantener la convocatoria debido a que se detectó que los letrados de las partes contrarias aunque no comparecían a la audiencia se contactaban entre sí con motivo de la convocatoria y, en varias oportunidades, presentaban un pedido conjunto de suspensión de términos o directamente un acuerdo. El doctor Alejandro Lesser también dio cuenta de esta comunicación al señalar que, en varias oportunidades, los letrados pedían conjuntamente el desistimiento de la prueba confesional.

(165) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "Deberes de los Jueces. La conciliación en el proceso", La ley, 2002, 30.

precisas para lograr la comparecencia de las partes y asegurar la preparación previa de las partes con sus letrados:

...En atención al estado de autos y en mérito a las facultades que le confieren al suscripto los artículos 34 y 36 del Código Procesal, convócase a las partes a concurrir personalmente con sus letrados a la audiencia del día...

...Requíerese de los Sres. Letrados colaboración activa para el éxito de la convocatoria. A tal fin, el proveyente les ruega transmitir a sus clientes cual es el cometido de una audiencia de conciliación y también que coadyuven a un buen resultado de la convocatoria elaborando con ellos, de ser posible, una o más propuestas de acuerdo a los efectos de su tratamiento y consideración en la audiencia (artículo 13, inciso 2º, Normas de Etica anexas a la ley 5177).

...Asimismo, se hace saber a los letrados apoderados o representantes legales que deberán concurrir munidos de instrucciones suficientes a los fines de esta convocatoria.

La audiencia señalada será presidida por el Juez. En dicha oportunidad, se tomará contacto personal con las partes y sus letrados, a quienes se oirá de modo conjunto o por separado, en caso de considerarlo necesario.

...De no lograrse el acuerdo se procederá a tomar la prueba confesional y de reconocimiento de firmas o documentación, conforme haya sido ofrecida, por lo que deberá presentarse el pliego respectivo media hora antes de la fijada para la audiencia.

...Por ello, en caso de inasistencia injustificada deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 402, 407 y 415 del Código Procesal.

...Encomiéndase la asistencia puntual a la audiencia (artículo 20 de las normativas de Etica anexas a ley 5177).

En el mismo Departamento Judicial de San Isidro, otros dos Juzgados repiten la fórmula de “requerir a los abogados colaboración activa para el éxito de la convocatoria y el desarrollo de la audiencia”, con la salvedad que uno de ellos deja asentado que la audiencia será presidida por funcionarios del Juzgado, y no personalmente por el juez. Cabe destacar que si bien en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, (166) no resulta obligatoria la convocatoria a una audiencia de conciliación al momento de abrir a prueba las actuaciones, la mayoría de los Juzgados convoca igualmente a las partes y a los letrados, convencidos que la conciliación resulta de suma utilidad para todos los involucrados. Esta práctica espontánea de los jueces, evidencia el

(166) a la que pertenece el Departamento Judicial de San Isidro

empeño destinado a implementar con éxito esta nueva función, aun sin norma que imponga su obligatoriedad.

Por último, cabe señalar que una buena preparación de la audiencia de conciliación conlleva a evitar el fenómeno que denomino “abuso de las audiencias de conciliación”. El abuso puede configurarse por el accionar de las partes y del Juzgado al solicitar o fijar, respectivamente, audiencias de conciliación con el mero propósito de dilatar el proceso o el dictado de un acto procesal. (167) Mayor gravedad puede registrarse incluso cuando el llamado a una audiencia de conciliación dilata el dictado de una medida urgente. Por ejemplo, recuerdo un caso, en el cual ante una medida cautelar de protección de persona por presunta violencia psíquica de un padre hacia una menor, el Asesor de Incapaces solicitó, como medida previa, una audiencia de conciliación. La solicitud de la audiencia fue denegada por el magistrado de la causa, quien de inmediato dictó la medida cautelar requerida.

A fin de evitar los abusos descriptos, con el consecuente descrédito de las audiencias de conciliación, resultaría conveniente que previo a disponer una audiencia el magistrado se planteara los siguientes interrogantes:

- a. ¿Cuál es el propósito de la audiencia de conciliación?
- b. ¿Cuál es el perfil del conflicto?
- c. ¿Cuál es la etapa más apropiada del proceso para convocar a una audiencia?
- d. ¿Se han tomado otras audiencias durante el proceso? ¿Cuál ha sido el resultado de las mismas? ¿Comparecieron las partes? ¿Existen elementos que ameriten la convocatoria a una nueva?
- e. ¿Qué mecanismos legales se pueden utilizar para asegurar la presencia de las partes? ¿Cómo debe hacerse la notificación? ¿A qué domicilio debe dirigirse?

A modo de síntesis, la preparación de la audiencia debería realizarse de tal manera que permita hacer sentir a las partes y a los letrados que son invitados a participar de un proceso especialmente destinado a abordar el problema que los aqueja. La fijación de la audiencia no debería resultar mecánica y rutinaria

(167) A fin de evitar el abuso de las audiencias de conciliación, un Juzgado en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro estableció el siguiente procedimiento: Cuando una parte pide que se fije una audiencia de conciliación, se le hace saber por nota a la contraria el pedido de audiencia. Solo si la contraria presta conformidad expresa el Juzgado fija la audiencia. Si se opone, directamente rechazan el pedido y, si no se expiden al respecto, también lo rechazan porque consideran que si no se evidencia un interés manifiesto en conciliar resulta un inútil dispendio jurisdiccional convocar a una audiencia. No obstante las críticas que se le puedan efectuar a un procedimiento como el descripto, éste da cuenta que el abuso resulta un fenómeno corriente.

sino producto de una previa reflexión, a sabiendas que no todos los temas son aptos para la conciliación.

2.4 El protagonismo de las partes

Dice Remo Entelman que “la amplia variedad de modelos de tercerías intenta, en el fondo, que las partes se sientan partícipes de la solución de un problema común”. (168)

Afirma Wayne Brazil que no son los jueces los que arreglan los juicios sino las partes y sus abogados. Los magistrados pueden facilitar los procesos, ayudar a sortear inconvenientes en la comunicación, asistir a las partes en la redefinición de sus análisis pero no pueden de ninguna forma presionar a los abogados y a las partes a que acepten su punto de vista o una propuesta que estimen razonable. Siendo así, los jueces no deben sentirse responsables si no se llega a un acuerdo. “*Es mejor para el Juez poner menos presión sobre sí mismo...y continuar sin ningún sentimiento de fracaso si las partes, después de sus esfuerzos de buena fe, no llegan a un acuerdo*” concluye el autor.

La apropiación por parte del juez del resultado de la audiencia, la presión ejercida a los justiciables a los efectos de llegar a un arreglo y la tendencia a medir el resultado del proceso en función de la existencia o no de un acuerdo, son temas de suma trascendencia que han sido abordados en la presente tesina al momento de describir la evolución de los métodos alternativos en los Estados Unidos (Ver punto 3.1.1 de la primera parte).

La persona a cargo de conducir la audiencia de conciliación, deberá tener conciencia que la conciliación –valga la redundancia–, como método, forma parte de los denominados “*métodos de auto composición*”. Tal como se expuso en la primera parte del trabajo, una característica esencial de los mencionados métodos radica en que son las partes involucradas quienes toman las decisiones por y para sí mismas. Desde estos métodos se brega para que las partes recuperen su condición de protagonistas del conflicto y decidan así –con el asesoramiento de sus abogados– lo que les resulte más conveniente. La comparecencia a una audiencia de conciliación debería servir pues, para que las partes reasuman su rol protagónico. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las partes, una vez iniciado el juicio, delegan el manejo del conflicto en el abogado y consecuentemente llegan a la audiencia de conciliación sintiéndose poco protagonistas, silenciadas, temerosas de decir algo indebido y a la espera que el letrado que las asiste exponga en su lugar. Dice Manuel Alvarez Trongé que “la patología del litigio” muestra una característica muy típica: “*la persona responsable del problema creado se desentiende de la solución. Como si su actuación hubiese terminado en la generación del conflicto...*” (169).

¿Qué pueden hacer los jueces ante esta situación?

(168) ENTELMAN, Remo, op. cit.

(169) ALVAREZ TRONGE, Manuel, op. cit.

Tal como hace el mediador en su discurso inicial, el juez podría desde el primer momento dejar bien en claro en qué consiste la audiencia de conciliación, cual es su rol y qué es lo que espera de las partes y los abogados. Luego, durante todo el proceso va a tener que autolimitarse y limitar a las partes -y a los abogados- para que no se repita la dinámica del proceso adjudicativo en el que las partes "le entregan" el caso al juez para que éste lo decida.

El juez debe autolimitarse dado que no resulta sencillo apartarse del lugar del tercero que decide, para dar paso al tercero que facilita y asiste, sin asesorar ni decidir. Aún teniendo en claro que el resultado final depende de la voluntad de las partes, pueden registrarse a lo largo del proceso conciliatorio múltiples ocasiones en las que el juez - sin quererlo- no se aparte de su rol tradicional de "autor de la decisión". De esta manera, aún cuando pueda arribarse a un acuerdo deseado por las partes, el procedimiento para llegar al mismo puede estar marcado por una fuerte injerencia del magistrado en desmedro del protagonismo de las partes. Esta dinámica se advierte, por ejemplo, al momento de generar opciones, es decir, distintas posibilidades de acuerdo. A menudo se advierte que es el juez quien propone a las partes los posibles caminos a seguir, en lugar de crear el ámbito y dar las recomendaciones necesarias para que sean las mismas partes las que elaboren las múltiples opciones posibles. No se pretende que el juez no sugiera, sino más bien que tenga en cuenta durante toda la conciliación -que tanto en el resultado final como en el proceso para alcanzarlo- debe procurarse el protagonismo de las partes. Jean François Six sostiene que también los mediadores bajo la "tentación de hacer el bien" pueden "imponerse subrepticamente", encontrando ellos mismos la solución al problema. El autor entiende que el mediador debe "evitar situarse como hombre de bien" y permitir a las partes que encuentren por sí mismas su camino. (170)

Para lograrlo, el juez deberá limitar también la tendencia que se registra en las partes y los letrados de concebirlo como quien decide el caso.

Por otra parte, se advierte con frecuencia la práctica de celebrar las audiencias de conciliación exclusivamente con los abogados, dejando afuera a las partes que fueron citadas y comparecieron a la audiencia. Algunas veces por disposición de quien conduce la audiencia, y otras por iniciativa de los abogados, quienes pretenden entrar solos a la audiencia de conciliación, incluso con los documentos de las partes, dejando a éstas esperando en los pasillos para después salir y contarles qué es lo que se conversó o acordó en la audiencia. Si se apunta a devolver a las partes el protagonismo, la modalidad descrita debería utilizarse sólo en situaciones puntuales, como una herramienta del juez para lograr un propósito determinado, y no como práctica habitual para "no lidiar" con las partes o avanzar más rápidamente en el proceso conciliatorio. En la misma línea, si el juez -como director del proceso de conciliación- otorga permanentemente la palabra a los abogados o bien deja

(170) SIX, Jean François, op. cit., p. 181

que éstos monopolicen el discurso, se expresen en primera persona como si el problema fuera de ellos, y/o accede a que se silencie el discurso emotivo de las partes, evitando así que se expresen los justiciables, no sólo se priva de obtener valiosa información para detectar intereses ocultos o descubrir el conflicto subyacente, sino que también transgrede el principio de “protagonismo de las partes”, sobre el cual se estructura el procedimiento. La conciliación, como método de auto composición, no debería apuntar a que las partes se limiten a aceptar o rechazar un acuerdo sino a que participen en un proceso de comunicación y coconstruyan, con la colaboración del juez y los letrados su propia decisión. La función conciliadora del juez consiste en asistirles en ese camino, ayudarlas a negociar, facilitar la comunicación, colaborar en el buen manejo de las percepciones, favorecer propuestas creativas e incluso sugerir distintas posibilidades pero siempre evitando “indicarles” el camino que “deberían” seguir.

Entiendo que si en la conciliación los jueces admitieran el protagonismo de las partes – con la real dimensión que tiene y se le reconoce en los “métodos alternativos”, respetando los tiempos del proceso negocial y los tiempos propios de cada uno de los participantes, entonces se registraría mucho menos espacio y “necesidad” de ejercer “alguna presión” a las partes para que “acepten” los términos de un acuerdo.

2.5 La confidencialidad

La confidencialidad es una característica distintiva de la mediación. El mediador trabaja con lo que le cuentan los participantes, con la información que le proporcionan y la confidencialidad sirve para garantizar que esa información no circule ni se utilice sino para los fines queridos por las partes en la mediación.

La confidencialidad implica no dejar constancia ni registro alguno de las expresiones vertidas durante las audiencias y asegurar que ninguno de los intervinientes divulgue la información recibida durante la mediación. El deber de confidencialidad también opera para las reuniones privadas –o caucus– que el mediador puede mantener con cada una de las partes.

Bajo la garantía de la confidencialidad, que puede estar asegurada por ley – tal el caso de la ley 24.573– o a través de un convenio de confidencialidad, el mediador debe negarse a declarar como testigo respecto a los hechos que llegaron a su conocimiento durante la mediación.

En la audiencia de conciliación, la confidencialidad implica que las partes no podrán ser interrogadas ni serán admisibles como prueba las actuaciones y sucesos de la audiencia. (171)

(171) SIRKIN, Héctor Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial. Nuevos artículos 360, 367 y concordantes. ¿Jueces legisladores?”, DJ 1996-1, 937

En algunos ordenamientos, la confidencialidad de la audiencia de conciliación puede estar garantizada por ley. Tal es el caso del art. 360 bis del CPCCN que establece: "*los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia*".

Se imponen una serie interrogantes: ¿qué sucede en aquellos ordenamientos donde no rige la confidencialidad para la audiencia de conciliación? ¿Puede interrogarse a los participantes de la audiencia respecto a lo allí acontecido? ¿Puede solicitar alguno de los comparecientes, o disponer el juez de oficio, que se deje constancia en el acta de las manifestaciones vertidas durante el transcurso de una audiencia?

Hace un tiempo me llegó el siguiente relato: Durante una audiencia de conciliación, llevada a cabo en un proceso ejecutivo, una de las partes reconoció que debía la deuda que se le reclamaba pero manifestó que prefería continuar el juicio pues, en ese momento, carecía de dinero para cancelarla. El funcionario, a cargo de la audiencia, levantó entonces un acta dejando constancia de los dichos de la ejecutada. En otra ocasión, un funcionario fue llamado a declarar como testigo en una causa iniciada ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de San Isidro, a raíz de un insulto que un abogado le había proferido a la parte contraria durante el transcurso de una audiencia de conciliación. Ninguno de los dos sucesos mencionados hubiera podido acontecer si la confidencialidad hubiera estado garantizada por ley.

Es preciso que quien conduzca la audiencia tenga presente cuáles son las pautas que rigen a la misma, debiendo transmitir las claramente a las partes y a los letrados, al inicio de la audiencia. Así, por ejemplo, se puede anticipar que, en caso de no llegar a un acuerdo, sólo se dejará constancia de esa circunstancia omitiendo cualquier tipo de referencia a lo conversado durante la audiencia. Si las partes así lo aceptan y lo acuerdan con el juez, se evitará luego que alguna de ellas solicite que se deje constancia en el acta de algún suceso en particular.

2.6 La promoción de los "métodos alternativos"

Wayne Brazil sostiene que los jueces que consideren agotadas sus posibilidades de intervención en el marco de la conciliación, deberían reflexionar acerca de la posibilidad de sugerir a las partes que recurran a algún método alternativo de resolución de disputas. Para ello, los jueces deberían identificar cuáles son los problemas que presenta el caso y luego sugerir a las partes el método más adecuado para sortear los obstáculos detectados. Algunos métodos están especialmente diseñados para hacer frente a problemas de comunicación, como la mediación, otros, para generar nueva información o una nueva perspectiva sobre la información ya existente, como la evaluación temprana neutral o un conjunto neutral de expertos técnicos-, o bien para trabajar la toma de decisión en los niveles superiores.

El autor advierte que si no hay intención real de alguna de las partes para trabajar -de buena fe- en la solución del conflicto, resultaría poco prudente recurrir a alguna forma de método alternativo. Ejemplifica que si el obstáculo radica en la “intransigencia de una de las partes o la manipulación consciente de su poder económico”, el mejor camino es continuar el juicio. Sin embargo, el magistrado sostiene que obstáculos como los mencionados se encuentran en un número reducido de casos y en función de ello, aconseja que los jueces deberían “*ser reacios a concluir que en un caso no hay posibilidades de acuerdo. El hecho de no generar un acuerdo en una audiencia no debería desalentar al juez respecto a la consideración de procedimientos alternativos*”. (172)

En muchos sistemas legales, forma parte de la misión del juez sugerir a las partes el uso de métodos alternativos e incluso derivarlas a programas que dependen directamente del Poder Judicial o bien a instituciones especializadas que proveen servicios de métodos alternativos. El juez actúa así como una especie de “abridor de ojos” (173) y promotor de los beneficios de los “métodos” para ese caso en particular.

Tal como se mencionó en la primera parte del trabajo, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó un Proyecto de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y comerciales (174). El art. 3º del Proyecto tiene como fin directo la promoción de la mediación por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro. El artículo citado, expresamente establece: “El órgano jurisdiccional que conozca en un asunto, cuando proceda, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio. En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá requerir que las partes asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación”. En la exposición de motivos se aclara que el objetivo de esta norma es que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro “promuevan activamente el uso de la mediación pero sin hacerla obligatoria ni sujetarla a sanciones específicas”.

En el Reino Unido, las normas de procedimiento (*Court Rules in England and Walles CEDR*) estipulan que los órganos jurisdiccionales deberán, siem-

(172) La traducción me pertenece.

(173) Expresión utilizada por Edna Bekenstein, en el artículo “Mandatory Mediation - the Israeli Pilot”; publicado en http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?maamar_id=267 el 16 de enero de 2008. En ese artículo la autora opina que el nuevo proyecto piloto de mediación obligatoria en Israel sólo resultará exitoso si funciona como un “abridor de ojos” (eye-opener) y sirve así para introducir la mediación a una gran cantidad de litigantes que puedan concebirla en el futuro en una opción válida para muchos participantes involucrados en una disputa.

(174) COM (2004) 718

pre que resulte conveniente (175), fomentar la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos. Lord Harry K. Woolf, sostiene que los jueces deben animar a la gente a mediar. Expresa Woolf que ello ya está sucediendo en los tribunales ingleses y que muchos conflictos, en diferentes áreas, van a mediación como consecuencia de un juez que alentó a las partes para que así lo hagan. (176) En sentido coincidente, Karl Mackie aporta, tras realizar un análisis sobre el crecimiento de la mediación en el Reino Unido, que, según las estadísticas de CEDR, el número de casos remitido a mediación por parte de las Cortes continúa en ascenso. El autor refiere que jueces y abogados cada vez reconocen más lo apropiada que resulta la mediación para atender los casos en los que deben intervenir. Asimismo, el autor citado refiere que también el Gobierno está promocionando el uso de la mediación. (177)

En Francia, el juez puede, con el acuerdo de las partes, derivarlas a que participen de un proceso de mediación. En este caso, la mediación, regulada por los artículos 131-1 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil, se lleva a cabo bajo la supervisión del magistrado quien debe designar como mediador a un tercero calificado, imparcial e independiente. Según estipula la norma, la mediación no puede prolongarse más de tres meses y su confidencialidad está garantizada. El juez fija los honorarios del mediador y las partes deben pagar un anticipo al comenzar la mediación, a excepción de quienes resulten insolventes que pueden beneficiarse de asistencia gratuita.

En nuestro país, el nuevo Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, modificado por la ley 25.488, dispone que el juez debe intentar una conciliación total o parcial entre las partes pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. (178) Cabe destacar que en la experiencia piloto de mediación llevada a cabo entre los años 1993 y 1995 por iniciativa del Ministerio de Justicia de la Nación (Ver punto 3.3 de la primera parte), los Juzgados que participaron de la misma enviaban casos especialmente seleccionados al Centro de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación.

(175) Comisión Europea, Modalidades alternativas de solución de conflictos publicada en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm del 15/5/07

(176) WOOLF, Harry Kenneth, "Symposium: Transatlantic Perspectives on Alternative Dispute Resolution", Saint John's Law Review, Winter 2007.

(177) MACKIE, Karl, "Mediation in the UK- at the crossroads?"; en http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?maamar_id=57 del 16 de enero de 2008.

(178) Según Enrique M. Falcón el instituto resulta nocivo en el sistema nacional debido a que puede alentar la derivación de casos en jueces que no quieren trabajar, atrasa el proceso que ya tuvo una etapa de mediación obligatoria previa y eventualmente una conciliación y encarece innecesariamente el procedimiento. En resúmenes cuentas, considera que la norma parece producto de un lobby por parte de quienes realizan mediación para tener más clientes cautivos (Ver FALCON, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal Culzoni, Tomo I, Santa Fe, 2006, p. 209).

En la Provincia de Entre Ríos, el Acuerdo General n° 6/02 del Superior Tribunal de Justicia, establece que el juez, de primera o de segunda Instancia y en el momento que considere oportuno, puede derivar el proceso a mediación, previa aceptación de las partes.

En las Provincias de Misiones y Tucumán, las Acordadas n° 69/2005 del Superior Tribunal de Justicia de Misiones y 179/04 de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán disponen que el juez, en cualquier estadio procesal, puede invitar a las partes a hacer uso del procedimiento de mediación

En la Provincia de Salta, la ley n° 7324 dispone que el tribunal, en primera o segunda instancia y en cualquier etapa del proceso, cuando por la naturaleza del asunto, su complejidad o la característica de los intereses en juego, estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación, correrá vista a las partes o celebrará una audiencia con tal finalidad, y sólo remitirá las actuaciones a mediación si hubiere acuerdo entre ellas.

El inc. 2° del art. 36 del nuevo Código Procesal de la Provincia de Río Negro determina la facultad del órgano judicial de ofrecer que el conflicto sea derivado a mediación. (179)

3. Otra mirada de la función del juez.

Hasta ahora se analizó la función del juez como conciliador de los intereses de los justiciables. A continuación se hará referencia a la actuación interna del juez como "Gerente" de su propia oficina judicial (180) pues entiendo que el compromiso del magistrado con el nuevo paradigma sobre el cual se alinean los métodos alternativos de resolución de conflictos, así como con la utilización de herramientas y el desarrollo de habilidades propias de estos métodos, puede contribuir sobremanera a que los conflictos suscitados en el seno de las oficinas judiciales sean utilizados positivamente como motores de cambio y procesos que refuercen las relaciones interpersonales. Más aún, el manejo adecuado de dichos conflictos resulta de inestimable valor a la hora de construir consenso, a través del aporte de diversas opiniones, puntos de vista y modos de hacer.

En la primera parte del trabajo, al analizarse el cambio de paradigma en la resolución de conflictos, se mencionó que un aspecto central de las nuevas teorías radica en considerar al conflicto como una oportunidad de crecimiento y cambio, y no como un suceso perjudicial que debe ser eliminado. Esta

(179) Reglamentado en la Provincia de Río Negro por la ley 3847 (Adla, LXIV-D, 5141), el decreto 938/2006 y la Acordada del Superior Tribunal de Justicia 03/06

(180) La materia "La Administración en el Poder Judicial" de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral permitió entender a la "oficinas judiciales" como verdaderas organizaciones dedicadas a la prestación del servicio de administración de justicia. El solo hecho de pensarlas como tales posibilita imprimirles una dinámica diferente pues permite aplicar a la tarea de administrar justicia los conocimientos y técnicas propios del funcionamiento de las organizaciones.

dualidad –o doble perspectiva– del conflicto ha sido abordada por numerosos autores desde distintas disciplinas. El Profesor Dean Tjosvold refiere que el conflicto “Evoca imágenes de lucha, hostilidad y división dolorosa pero también de personas que hablan de los problemas con profundidad y honestidad, creando un terreno común”. (181)

El psicólogo y educador Enrique Mariscal (182), enseña que: “El conflicto no es una fatalidad... Es un ingrediente de la realidad misma. Es el llamado a la oportunidad. La ocasión es fugaz, es el tiempo justo de incorporación de la nueva energía. Crisis en griego clásico significa ruptura, se quiebra un orden para permitir el acceso a través de un desorden, a un equilibrio superior. La armonía a través del conflicto es una energía que impregna al planeta de oportunidad de transformación...” (183).

Desde las ciencias de la administración, J. Gibson distingue, por un lado, al “conflicto funcional” como una confrontación entre grupos que resulta positiva para el rendimiento de la organización; por el otro, al “conflicto disfuncional”, el cual perjudica a la organización o impide que alcance sus objetivos. Desde ese enfoque, sostiene que: “la tarea de la dirección consiste en gestionar el nivel de conflicto para que el rendimiento alcance niveles óptimos”. (184)

Roque J. Caivano, Marcelo Gobbi y Roberto E. Padilla, afirman que despojar al conflicto de sus connotaciones negativas “servirá para crecer en nuestras relaciones, tanto interpersonales como inter e intrainstitucionales” (185).

A partir de las consideraciones expuestas puede apreciarse que el conflicto no sólo puede dejar de ser negativo y perturbador, sino que también puede añadir un valor sustancial a las organizaciones, si se lo maneja adecuadamente (186). Tan es así que hoy en día, algunos líderes, han comenzado a crear organizaciones que propician el conflicto positivo ante la necesidad de contar con equipos fuertes que estimulen la comunicación y el intercambio. De esta manera, se busca fortalecer la capacidad de actuación y dinamismo para enfrentar los contextos críticos y cambiantes de los tiempos actuales. (187)

Según Dean Tjosvold el conflicto positivo tiene cuatro componentes reforzadores:

- a. La valorización de la diversidad y la toma de conciencia de la inevitabilidad del conflicto;

(181) TIOSVOLD, Dean, op. cit.

(182) Ex Director del Departamento de Carrera y Formación Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(183) MARISCAL, Enrique, “La empresa magnética”, Buenos Aires, Serendipidad, 1996.

(184) ETKIN, Jorge, “Política, Gobierno y Gerencia de las organizaciones”, Pearson Education, Santiago, Chile, 2000.

(185) CAIVANO, Roque y otros, op. cit.

(186) TIOSVOLD, Dean, op. cit.

(187) TIOSVOLD, Dean, op. cit.

- b. La búsqueda de un beneficio mutuo, las personas comprenden que comparten intereses y una misión común;
- c. La confianza en la posibilidad de resolución del problema en lugar de la sensación de agobio ante el conflicto;
- d. El análisis y la reflexión de los procesos para la mejora continua y la capacitación.

El autor sostiene que al transitarlos con éxito “se fortalece el manejo futuro de conflictos. Se crea un ciclo reforzador y provechoso de control del antagonismo en el que la gente aprecia sus diversidades, siente una dependencia positiva de los demás, reconoce las capacidades de cada quien, y elabora a partir de ellas y celebra su éxito conjunto estableciendo nuevas metas de mejoría”. (188) Sin embargo, Tjosvold advierte que para poder beneficiarse de las situaciones de conflicto es necesario construir una nueva cultura, una nueva visión. Afirma que no resulta suficiente contar con un buen manejo del conflicto sino que todos los operados deben estar convencidos de que “el conflicto puede ser positivo y de que pueden aprovecharlo...una persona no puede manejar sola los conflictos. Se requiere una cultura con actitud positiva hacia el conflicto en la organización para que gerentes utilicen sus diferencias en bien de la misión que tienen en común”. (189)

Por su parte, Dora Schnitman sostiene que: “El mayor desafío que enfrentamos no es el de crear organizaciones o relaciones libres de conflicto, o un orden perfectamente armonioso. Teniendo en cuenta el carácter endémico del conflicto, la cuestión reside mas bien en cómo proceder para que los antagonismos que siempre han de surgir no desemboquen en situaciones estancadas o violentas; para que en los hechos no impliquen el final de la conversación y de la posibilidad de construir significado y desarrollar acciones competentes”. (190)

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el conflicto interpersonal siempre va a estar presente en las organizaciones de toda índole, ya que, forma parte de la vida y tiene que ver con la propia existencia del ser humano como ser relacional. Frente a la creencia que el conflicto es malo para las organizaciones, destructivo de las relaciones humanas y perjudicial para desempeñar nuestro trabajo diario, los autores citados nos exhiben una nueva visión. Presentan al conflicto como una oportunidad de cambio, una ocasión que nos permite construir a partir de la valorización de las diferencias, abriendo perspectivas de cooperación y fortalecimiento. Mirar el conflicto desde este nuevo enfoque abre múltiples posibilidades para gestionar positivamente las divergencias.

Pues bien, se trata precisamente de eso, de percibir el aspecto positivo de los conflictos y bregar así para que las diferencias que emerjan entre los

(188) TJOSVOLD, Dean, op. cit.

(189) TJOSVOLD, Dean, op. cit.

(190) SCHNITMAN, Dora; “Nuevos paradigmas...”, op. cit., p. 37

integrantes de los Juzgados no sean motivo de peleas y disputas destructivas, sino por el contrario, fuente de intercambio constructivo de opiniones que enriquezcan la tarea del Tribunal. Para ello, es necesario crear espacios de diálogo en los cuales puedan nacer ricas propuestas y donde se busque positivizar los conflictos en lugar de preocuparse en que no se alcen voces en contra de una opinión, sea de otro magistrado, (191) o de cualquier colaborador.

Si bien, la nueva concepción propuesta implica el compromiso de todos los participantes, sin duda, quienes dirigen las oficinas judiciales tienen la responsabilidad de liderar el cambio, transmitir sus conocimientos y co-construir junto a otros magistrados, funcionarios y empleados una nueva manera de abordar las diferencias. Fred Kofman, describe al líder, como el "arquitecto cultural de la organización", atribuyéndole la responsabilidad de crear ese espacio común. Al mismo tiempo, el autor advierte que ningún líder puede sustituir el compromiso individual de cada uno de los miembros de la organización. (192)

El desafío consiste en transformar la "oficina judicial" en espacios de encuentro, donde a partir del respeto, el reconocimiento mutuo y la valoración de la diversidad pueda dialogarse constructivamente sobre las divergencias suscitadas diariamente.

Considero que ello contribuirá a:

- Mejorar las relaciones y el clima de trabajo. Ello a su vez, aumentará el bienestar de los recursos humanos y el trabajo en equipo, todo lo cual redundará en una indudable mejora del rendimiento laboral;
- Aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales. Intercambiar opiniones, escuchar distintos criterios, compartir análisis de ventajas y desventajas, en definitiva, "dar y recibir ARGUMENTOS" - ya sea entre los magistrados de un órgano colegiado o con otros funcionarios y empleados - sin duda aumentará la calidad y riqueza de las decisiones que el juez o el órgano deberán adoptar.
- Conformar una nueva cultura en el manejo de conflictos. La adopción de la nueva perspectiva propuesta alentará a que los integrantes de la "oficina judicial" puedan transferir esos conocimientos a otras tareas cotidianas tales como la atención al público en mesa

(191) Se hace mención a los magistrados porque gracias al relato de jueces y empleados, algunos de los cuales fueron compañeros y profesores de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, he podido comprobar el alto grado de conflictividad que suele tener lugar en el seno de los Tribunales Colegiados. Muchos de esos comentarios surgieron espontáneamente a modo de anécdota que transmitía los incommensurables esfuerzos que hacían los magistrados involucrados para "poner fin" a discusiones interminables referidas a temas tan diversos como complejos, que van desde la toma de decisiones jurisdiccionales al ejercicio de las funciones administrativas y el manejo del personal.

(192) Revista Mercado, "Líderes del Tercer Milenio", Fascículo 16.

de entrada, el trato con los abogados y el manejo de los incidencias en las audiencias de prueba.

Cabe señalar que ante la reiterada aparición de conflictos interpersonales en el seno de las distintas oficinas judiciales, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires conformó la Oficina de Resolución de Conflictos especialmente diseñada para abordarlos.

Luego de reconocer la importancia que los conflictos interpersonales tienen para la vida y el progreso de la organización -con el trasfondo cultural que ello implica-, la pregunta es: ¿Cómo hacemos para manejar los conflictos de tal manera que ellos constituyan procesos constructivos que converjan en fuente de cambio y riqueza para la organización? William L. Ury plantea que "El gran interrogante que subsiste es "¿Cómo?", ¿Cómo aprovechamos la oportunidad que hoy tenemos de impedir el conflicto destructivo?"

La respuesta excede ampliamente el objeto del presente trabajo. Tan sólo he de señalar el papel trascendental que juega la formación apropiada de todos los operadores.

4. La formación en métodos alternativos de resolución de conflictos

Según Galtung (193) mucha gente estaría de acuerdo en afirmar que desear la salud no es suficiente para alcanzarla, se requiere también conocimientos y técnicas. Lo mismo se aplica para la paz. La educación para la paz debe llenar el espacio entre el querer y el actuar. (194)

Felipe Fucito sostiene que se debe formar a los jueces "para un rol que no se ejerce, salvo por excepción e intuitivamente: jueces presentes, interactivos, en diálogo permanente con abogados y partes, dispuestos ejecutivamente a terminar con un conflicto del modo menos costoso para los implicados y para la comunidad, que acuden a la mediación y la conciliación, y a resolver las cuestiones con simplificación, para no ocasionar efectos multiplicadores ni dilatorios. Jueces de personas, no de expedientes" (195).

Para la doctora Elena Highton, (196) la capacitación judicial constituye "la llave maestra" para el mejoramiento de la justicia argentina y del mundo en general. Afirma que: "no toda tarea puede hacerse en forma intuitiva, aún quien tiene las mejores intenciones debe aprender a hacer las cosas del mejor modo posible" y deja en claro que la capacitación propuesta no es teórica sino muy especialmente práctica: "...no hablo de cursos de posgrado profundizados en

(193) Matemático, Sociólogo y Director de la European University Center for Peace Studies, Stadtschlaining, Austria.

(194) GALTUNG, Johan, "Conflict Transformation by Peaceful Means (The Transcend Method)", <http://www.transcend.org/manuals.htm> del 21 de junio de 2008.

(195) FUCITO, Felipe, "La capacitación de los jueces", La Ley, 1995-A, 745.

(196) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

derecho sino de talleres para pensar, compartir ideas y experiencias...” (197) Es que tal como sostiene la profesora Dora Fried Schnitman un profesional formado en métodos alternativos “considera su labor como una experiencia orgánica de aprendizaje: de manera continua planea, pone en marcha, evalúa y modifica su práctica.” (198)

Al describir a los “métodos alternativos” se hizo hincapié en la flexibilidad que los caracteriza y la continua evolución en la que se encuentran. La metodología propia de estos métodos requiere de su análisis permanente. Por este motivo, resulta esencial reflexionar sobre la práctica y compartir las experiencias en equipos de trabajo.

El tipo de actividad que desarrolla el juez requiere entrenamiento y formación permanente. Esto se debe no solamente a la complejidad del trabajo propuesto, que implica la creación de nuevos contextos de diálogo y valorización de las diferencias, sino también a que dicho trabajo se inserta en el marco de una cultura altamente litigiosa donde cohabitan nuevos y viejos paradigmas. Esto produce desorientación en el sentido de “no saber exactamente cómo proceder.” (199) Pierce sostiene que la emancipación del viejo paradigma es aún insuficiente. Debido a ello, considera probable que “...tendamos a tomar algunas ideas nuevas e injertarlas en las viejas formas de pensar o de actuar. A todos nos incumbe cuestionar de continuo nuestras prácticas y verificar si en verdad hemos mirado a nuestro alrededor para ver si nos adaptamos a las nuevas circunstancias”. Importa señalar que la capacitación en equipos de trabajo permite evitar el desaliento propio de la complejidad específica de la tarea.

La formación en la interdisciplina es otro aspecto a considerar en la capacitación de los jueces. Las temáticas abordadas requieren de la diversidad de saberes. En este sentido, se afirma que: “La formación de los profesionales y la educación para el nuevo milenio ya no pueden sostenerse únicamente en metodologías unidisciplinarias o aisladas. El objetivo de los programas de formación debe ser que quienes participen en procesos de resolución sean capaces de resolver problemas de manera independiente y reflexiva, de navegar entre una variedad de modelos, de generar conocimientos en forma continua y de trascender las distinciones y rivalidades de sus profesiones de origen.” (200) Dice Elkaim, Director del Instituto de la Familia y de Sistemas Humanos de Bruselas, que “...en ciertos momentos históricos existen transversalmente, en diferentes ramas del conocimiento, ciertas preguntas, tipos de preguntas o maneras de ver el mundo, una cierta sensibilidad particular

(197) Entrevista a la Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton de Nolasco, Actualidad del Poder Judicial, Sup. Realidad Judicial 22/04/2005, p. 1.

(198) SCHNITMAN, Dora Fried; “Nuevos Paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y practicas”, op. cit.

(199) PIERCE, W. Barnett, “Nuevos Modelos y Metáforas Comunicacionales”, op. cit.

(200) SCHNITMAN, Dora Fried; “Nuevos Paradigmas...”, op. cit.

para ver ciertas cosas". Sostiene que esto hace que uno quede abierto a ciertas intuiciones e interrogantes que otros colegas se plantean en diferentes ramas de la ciencia. El autor finaliza diciendo: "...el enriquecimiento que obtenemos a través del trabajo conjunto con gente proveniente de otros campos nos ayuda a no encerrarnos, a no ahogarnos en un modelo cerrado que procede de nuestro propio campo de trabajo". (201)

Cabe consignar que se observan muchos jueces que, sin contar con formación especializada en "métodos alternativos", realizan una destacable labor en las audiencias de conciliación. Dichos magistrados conducen las audiencias con mucha capacidad, haciendo valer su experiencia, sentido común y prudencia. Se evidencia en ellos la pasión y el compromiso dedicados a la función. Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Se nace o se hace un buen conciliador? Sin lugar a dudas, buenos recursos personales y apropiados estilos, resultan indispensables para llevar a cabo la labor. Sin estos atributos, no hay formación que pueda resultar suficiente. Sin embargo, entiendo que una formación adecuada puede exponenciar la efectividad. Siempre se puede ir por más cuando se trata de "capacitación". De eso precisamente se ocupa la ética judicial al describir las cualidades del "buen Juez". La ética de la magistratura "procura establecer exigencias al Juez en orden a obtener la excelencia". (202) Existe consenso -a nivel nacional e internacional- respecto a que la capacitación "continua o permanente" de los magistrados constituye uno de los principios éticos fundamentales. Según Joaquín S. Ruiz Perez: "el buen Juez es aquél que pone al servicio de su oficio toda su voluntad y su entendimiento pero también, el que además de esto, siente el estímulo de mayor perfeccionamiento...." (203) Conviene recordar que la capacitación exigida al juez no sólo consiste en conocimiento técnico del derecho, sino también en todos los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de la función. (204)

En el Libro Verde, presentado por la Comisión de la Comunidades Europeas, se hace referencia expresa a que la intervención activa de los jueces en la búsqueda de un acuerdo debe acompañarse con programas de formación adecuados. (205)

Por último, debe ponerse de relieve que el cambio propuesto necesita ir acompañado de un nuevo perfil de abogado. Los tiempos actuales requieren "abogados capaces de armar puentes para el entendimiento, generar climas de trabajo que conlleven a la aceptación de la diversidad de criterios, sentimientos y creencias, de ayudar a idear en el disenso respuestas creativas...con sensibilidad comprometida con los cambios en la dinámica social para hacerla más justa, más

(201) PRIGOYINE, Ilya, "De los relojes a las nubes" en Schnitman, Dora Fried; "Nuevos Paradigmas, cultura y subjetividad...", op. cit.

(202) VIGO, Rodolfo L., en la clase del 2 de diciembre de 2005 de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial.

(203) RUIZ PEREZ Joaquín S., "Juez y Sociedad", Ed. Temis, Bogota, 1987

(204) Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe

(205) Libro verde, p. 15

participativa y más solidaria; con una mente abierta que les permita innovar con relación a la clásica técnica silogística, litigante y tribunalicia, para desarrollar nuevas metodologías apropiadas al conflicto y sus participantes, no sólo para hallar soluciones, sino también para abordarlo y aún prevenirlo".(206)

Para ello se requiere que las Facultades de Derecho se comprometan con una sólida formación y adaptación responsable de su currícula (207) a fin de conformar un profesional que detente herramientas que le permitan reflexionar sobre su propia praxis y desarrollar su creatividad para encontrar nuevos caminos de acción, transformándose así en un agente social abierto a una dinámica estructura social. En el marco propuesto, resulta esencial incentivar la investigación para el diseño de nuevas prácticas y procesos que resulten acordes a las nuevas realidades.

Los profesores Julie Mac Farlane y John Manwaring, en un artículo titulado "Reconciliando la enseñanza del derecho con la nueva realidad de la práctica legal" (208), refieren que, debido al desarrollo de los métodos alternativos, el aumento de los costos y de los tiempos de los procesos, el cambio en las expectativas de los clientes y la insatisfacción con el perfil tradicional del abogado como "manager of war" (gerente de la guerra), se ha registrado tanto en Estados Unidos como en Canadá una drástica disminución de los procesos judiciales. Dada esa nueva realidad, los profesores han realizado una investigación a fin de detectar cómo se ha modificado el ejercicio de la abogacía en los últimos quince años e identificar cuáles son las tareas fundamentales que realizan los abogados y qué habilidades requieren para desempeñarlas con éxito. Los resultados obtenidos se utilizaron para diseñar un nuevo programa obligatorio de capacitación que debe ser aprobado por los abogados de Ontario antes de obtener su matrícula profesional. El estudio registra carencias en áreas tales como la relación con el cliente, la comunicación, el manejo de casos a través de métodos tradicionales y alternativos de resolución de conflictos, la investigación legal, la expresión escrita, el manejo del tiempo y el establecimiento de prioridades y la ética. Asimismo, da cuenta de que la enseñanza de la abogacía debe poner más el acento en enseñar a actuar o resolver problemas frente a nuevas y desconocidas situaciones, que en brindar conocimientos teóricos específicos.

(206) Palabras pronunciadas por la doctora Susana Cures en el acto de colación de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del 17 de diciembre de 2004.

(207) Según el pedagogo L. Stenhouse la "Currícula" es la "tentativa para comunicar los principios y rasgos esenciales de un propósito educativo de forma tal que permanezca abierto a la discusión crítica y pueda ser trasladado efectivamente a la práctica" (STENHOUSE, L. "Investigación y desarrollo del currículum", Madrid, Morata, 1984). Para U.P. Lundgren, la currícula expresa una filosofía o filosofías de educación que transforman los fines socioeducativos fundamentales en estrategias de enseñanza (LUNDGREN, U. P., "Teoría del Curriculum y Escolarización", Madrid, Morata, 1992)

(208) Julie Mac Farlane y John Manwaring "Reconciling professional legal education with the evolving (trial-less) reality of legal practice, Journal of Dispute Resolution, University of Missouri Columbia, Vol. 2006, Number 1

Al decir de Enrique Mariscal, se necesita “preparar profesionales tan ausentes como indispensables. Esta facultad debe formar profesionales que puedan atender las necesidades que tiene la sociedad”. (209) La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a la que Enrique Mariscal hace referencia, consideró necesaria una actualización del diseño curricular para dar respuesta a las nuevas demandas sociales existentes en un contexto local e internacional complejo, dinámico y competitivo. A tal fin, resolvió modificar el plan de estudios introduciendo, entre otras reformas, la obligatoriedad, para el Ciclo Profesional Orientado, del cursado de materias que tengan como contenido los métodos alternativos. (210)

(209) MARISCAL, Enrique, “Volver a pensar el enseñar y el aprender”, La Ley, Suplemento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del 11 de julio de 2002.

(210) Publicado en http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf del 22 de julio de 2008.

CONCLUSION

1. Nos encontramos en una época de profundos y vertiginosos cambios, signada por la incertidumbre y la complejidad. Resulta propio de la realidad en la que vivimos la constante aparición de conflictos y situaciones de peligro de la más diversa índole. Frente a este contexto, y ante el predominio de una cultura de la confrontación, se presenta el desafío de abordar apropiadamente las diferencias y construir consensos, no sólo para la resolución adecuada y oportuna de los conflictos, sino también para su gestión y muy especialmente para su prevención. Esta deviene particularmente importante en una era en la que ciertas situaciones de riesgo, no atendidas a tiempo, pueden producir consecuencias devastadoras, de difícil o imposible reparación posterior, que pueden poner en peligro la existencia misma de la humanidad.

2. Los “métodos alternativos” aparecen como respuestas creativas, participativas, flexibles, rápidas y, por sobre todo, pacíficas. Al alinearse bajo un nuevo paradigma, que parte de una visión diferente del hombre y sus conflictos, se convirtieron en buenos canalizadores de las distintas problemáticas sociales por poder adaptarse estratégicamente a ellas, generando “espacios temporales de certidumbre” (211) tan necesarios en los actuales momentos de transición de la civilización.

3. La mediación, en particular, se ha afianzado en el mundo entero como método de abordaje de conflictos. En los últimos tiempos, se vislumbra que este método no sólo puede servir para promover acuerdos, sino también para contribuir a mejorar la calidad de vida de la gente, al producir significativos efectos transformadores para los protagonistas de los conflictos, y también para la sociedad en general.

4. La mediación contribuye a incrementar el acceso a la justicia y la paz social. Por ello, muchos Estados, e incluso Organismos Supranacionales, la consideran una prioridad política. El objetivo actual consiste en diseñar políticas públicas para expandir su utilización a una gama cada vez más amplia de disputas.

5. No obstante los beneficios que aportan los métodos alternativos, existe consenso mundial respecto a que, el uso de los mismos, de ninguna manera

(211) Mensaje de la Presidenta del Foro Mundial de Mediación, Mireya Rodríguez, del 3/7/08, publicado en http://worldmediationforum.org/noticias_detalle.php?noticiaID=22

implica sustraer la obligación de los Estados de proveer un sistema jurídico eficaz, conforme a los estándares exigidos por los tratados internacionales (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos humanos).

6. El Poder Judicial ha sido, en distintos países, promotor y partícipe del desarrollo de los "métodos alternativos", aún cuando la iniciativa de su implementación haya obedecido a diferentes motivaciones. A los problemas tradicionales de los tribunales (aumento de litigios, duración de los procesos, incremento de los costos), se suman cuestiones complejas propias de los conflictos de nuestra era (componentes multipartes, controversias transfronterizas, ausencia o deficiencia de los textos legislativos), que dificultan el acceso a la justicia y exigen la adopción de nuevas medidas para dar satisfacción adecuada a la demanda social de justicia.

7. El Poder Judicial ha promovido los métodos alternativos a través de la instrumentación de distintos tipos de programas, al mismo tiempo que mantiene internamente estructuras rígidas, obsoletas e inadecuadas (clásico proceso judicial) para atender la gran cantidad de litigios que llegan a la jurisdicción. En realidad se puede observar que si bien se logran, después de un tiempo considerable, sentencias que ponen fin a los litigios, ellas resultan a todas luces ineficaces para atender las "reales necesidades" de la sociedad actual. Largo, lento, rígido, costoso e ineficiente, en términos de satisfacción de intereses, el juicio no sólo refleja una justicia "intolerablemente lenta", (212) sino promotora, ella misma, de una cultura adversarial que fomenta la aparición de nuevos focos de conflictos.

8. El desarrollo de los métodos alternativos aporta al juez una nueva mirada que le permite no sólo observar lo que acontece y juzgar, sino también "producir, interactuar y participar", (213) en un diálogo verdadero con las partes involucradas que les posibilite modificar sus puntos de vista a partir de la confrontación con sus propias ideas. La conciliación se ha revelado como un nuevo método para gestionar adecuadamente el conflicto desde el mismo proceso judicial. La antigua herramienta de los jueces adquiere ahora un nuevo valor a la luz de los nuevos conocimientos y técnicas que aportan los métodos alternativos.

9. El ímpetu dado a la función conciliadora del juez se ha registrado en distintos sistemas de administración de justicia, a punto tal de consagrar en los textos normativos, que la conciliación forma parte de la misión del juez (Francia), o que el Tribunal debe hacer todo lo posible por apoyar la búsqueda de una solución amistosa (Alemania). En Estados Unidos, el fenómeno de la conciliación judicial ha producido tal transformación que no sólo ha contribui-

(212) SARLO, Beatriz, "Tiempo presente", Buenos Aires, 2001, Siglo XXI Editores Argentina SA

(213) Diálogo entre Evelyn Fox Keller, W. Barnett Pearce, Ernst Von Glasersfeld en SCHNITMAN, Dora Fried, "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", op. cit.

do a producir una abrupta disminución de los juicios (fenómeno denominado "vanishing trial"), sino que ha llegado incluso a permitir afirmar que buena parte de los jueces consideran, desde un profundo cambio de ideología, que su función principal en los tribunales ha dejado de ser la de dictar sentencia, para pasar a ser la de facilitar la resolución de los conflictos.

10. La efectividad de una audiencia de conciliación requiere del juez: una correcta preparación del caso, una convocatoria que "invite" a participar a letrados y partes, una adecuada lectura del conflicto interpersonal y un entrenamiento intensivo en la escucha activa de todos los participantes. Asimismo, el magistrado debe devolver a las partes el protagonismo relegado a sus abogados durante el proceso judicial. Por último, el juez no debe apurar los tiempos que demanda la conciliación misma, a riesgo de frustrar el proceso conciliatorio.

11. El conflicto interpersonal es dinámico. Por lo tanto, debe tenerse presente que, aún cuando anteriormente ya se hubieran efectuado negociaciones directas o asistidas, vale la pena intentar un nuevo abordaje, a través de la conciliación, debido a los cambios que se producen en la situación conflictual por el contexto judicial, la mera presencia del juez y el tiempo transcurrido.

12. El juez que abre un espacio de conciliación se ve obligado a utilizar nuevas maneras de pensar y actuar diametralmente opuestas a las del juicio -no juzga ni dilucida quién tiene razón o dice la verdad-. Por ello, es de esperarse que "esas nuevas maneras" se vean reflejadas, no sólo en la conducción general del proceso conciliatorio, sino también en cada una de las intervenciones puntuales que realiza con el fin de desvirtuar las discusiones que se generen durante la audiencia en relación a "quién dice la verdad" o "quién tiene razón". (214)

13. La articulación de la audiencia de conciliación, en el marco de un proceso judicial esencialmente adversarial y signado por una lógica binaria, da lugar a críticas que deben ser objeto de profundos debates y reflexiones, a efectos de encontrar respuestas creativas que permitan sortear los obstáculos que se presentan, asegurando el fortalecimiento de esta valiosa herramienta. Si bien dicho debate ha sido abierto en otros países -en especial en los Estados Unidos- el mismo no ha cobrado la suficiente difusión en nuestro país.

14. Ningún proceso judicial susceptible de ser negociado, debería transcurrir en la actualidad sin una activa intervención de los funcionarios judiciales, que genere espacios de diálogo, mediante los cuales se motive a las partes a pensar en otros caminos para abordar sus diferencias. A tal efecto, y para superar los inconvenientes que puedan impedir al juez implementar la audiencia de conciliación (falta de tiempo, temor de incurrir en prejuiciamiento, alteración de la imparcialidad, incomodidad en el rol conciliador) se sugiere: a) encomendar la audiencia de conciliación a funcionarios debidamente en-

(214) CARAM, María Elena y otros, op. cit.

trenados en “métodos alternativos” y; b) intercambiar expedientes entre los magistrados cuando el caso lo amerite.

15. En la audiencia de conciliación el juez se pone en contacto directo con las partes. Esa inmediatez produce que, en muchos casos, el juez pase de considerar el expediente como un caso más a sentir, que detrás de tantas fojas, hay personas concretas que requieren de su adecuada intervención. Las audiencias de conciliación no sólo resultan mecanismos para alivianar la sobrecarga de expedientes sino que, a partir de ellas, muchos jueces y funcionarios recuperan el sentido de su función - resolver los problemas de la gente - y obtienen una mayor gratificación laboral. Este último dato no es menor ante el alto grado de insatisfacción y cansancio moral que experimentan en nuestra sociedad los funcionarios del Poder Judicial.

16. La implementación de la conciliación revela la presencia de jueces activos que detectan cuáles son las demandas actuales de la sociedad y buscan alternativas para satisfacerlas desde su función, sin esperar todo del “sistema”. El juez, al promover el diálogo y ayudar a resolver los problemas de la gente, contribuye desde su lugar a la paz social.

17. Los justiciables, al recuperar la participación, se llevan una imagen distinta de los miembros del Poder Judicial: más humana, más cercana, más solidaria. Incluso, en los casos que no arriben a un arreglo concreto, manifiestan conformidad por haber sido escuchados y considerados. Esto último contribuye al cambio de imagen de la justicia.

18. El cambio de perspectiva que experimenta el juez a partir de los aportes de los métodos alternativos, debería proyectarse tanto en su actividad como director del proceso judicial como en su función de gerenciador de la oficina judicial. Si bien las audiencias de conciliación podrían ser vistas como la máxima expresión de la nueva visión cooperativa, participativa y constructiva, en realidad la máxima expresión sería “la nueva manera de pensar los problemas” en cualquier ámbito y circunstancia. Un magistrado conciliador, convencido de los beneficios que aporta la autocomposición a todos los involucrados, posee un campo extraordinario y muchas veces inexplorado de actuación. La conciliación no solo constituye en muchos ordenamientos una obligación legal del magistrado, sino también un deber ético y una responsabilidad social.

19. De la encuesta realizada a los efectos de la presente tesina y las conversaciones mantenidas con diferentes funcionarios, se concluye que existen múltiples experiencias que se realizan en los Juzgados espontáneamente apelando a un saber intuitivo. Estas experiencias reflejan un enorme esfuerzo desplegado por magistrados y funcionarios, y si bien no son dadas a conocer, en muchos casos, logran resultados significativamente alentadores. Deben pues proseguirse y profundizarse estas prácticas tan valiosas. A tal efecto ellas deberían ser recogidas, evaluadas y consensuadas, es decir, convertirse en objeto de análisis e investigación a fin de ser enriquecidas y divulgadas.

20. Si bien el uso de los métodos alternativos impregna de un aire nuevo al sistema judicial, para producir un cambio verdadero se requiere de una profunda formación profesional y personal, teórica y práctica, individual y de equipo. Esta formación se retroalimenta a partir del hacer y requiere de una articulación de saberes interdisciplinarios.

Tal como se expuso en la introducción, el tema de esta tesina surgió de los cuestionamientos que comencé a hacerme a partir de mi participación como funcionaria en las audiencias de conciliación. Desde estas prácticas, pude vislumbrar que la conciliación resulta una valiosa herramienta para producir cambios sustanciales en la administración de justicia, que aún no es apreciada ni utilizada lo suficiente. El presente trabajo me permitió encontrar muchas valiosas respuestas que ya afectaron mi propio quehacer y plantearme nuevos interrogantes que, tal vez, darán origen a futuros trabajos de investigación.

La Justicia debe servir para lo que estaba pensada: "Resolver los problemas de la gente". (215) Auspicio que la conciliación será una de las principales herramientas para lograrlo, recuperando así la paz social desde la justicia. Se observan algunos intentos en esta dirección que hacen pensar que las utopías también son posibles de alcanzar a partir de pequeños pero verdaderos cambios.

(215) Cita extraída de la Conferencia dictada por el doctor Juan Pablo González González en el marco de las "Primeras Jornadas de Derecho Judicial. La Eficacia en el Servicio de Justicia"- organizadas por el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral. El doctor González González es Secretario encargado de las relaciones internacionales del Consejo General del Poder Judicial de España y miembro del Consejo Académico de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

BIBLIOGRAFIA

ALTERINI, Atilio, "Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces", La Ley 2007-F, 1338.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "La Conciliación", La Ley 1985-D.

ALVAREZ TRONGE, Manuel, "Técnicas de Negociación para Abogados", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

ALVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, "Mediación para resolver conflictos", Buenos Aires, Ad Hoc, 1995.

ALVAREZ, Gladys, HIGHTON, Elena I. y JASSAN, Elías: "Mediación y Justicia", Buenos Aires, Depalma, 1996

ALVAREZ, Gladys Stella, "La mediación y el acceso a justicia", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

"En los zapatos del otro", <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm>.

ARAZI, Roland, "Arbitraje nacional e internacional", LA LEY 2005-D, 1433.

BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., "La promesa de mediación", Barcelona, Granica, 1996.

BEKEMSTEIN, Edna, "Mandatory Mediation – the Israeli Pilot", publicado en http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?maamar_id=267 del 16 de enero de 2008.

BERIZONCE, Roberto O., "El proceso civil. Modelo teórico y realidad", La Ley 2005-F, 1238.

BIANCHI, Roberto A., "Mediación prejudicial y conciliación", Buenos Aires, Zavalia, 1996.

BRAZIL, Wayne D., "Effective Lawyering In Judicially Hosted Settlement Conferences", Journal of Dispute Resolution Volume 1988.

"Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role", Ohio State Journal on Dispute Resolution, Volume 3, 1987, Number 1.

"The Center of the Center for Alternative Dispute Resolution", Journal of Dispute Resolution "Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law", Volume 2006, number 2.

- BUBER, Martin, *¿Qué es el hombre?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- CADIET, Loic y otros, "Mediation et Arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative a la Justice ou Justice alternative? Perspectives comparatives", Paris, Lexis Nexis LITEC, 2005
- CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., "Negociación y Mediación", Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.
- CALCATERRA, Rubén, "Mediación Estratégica", Barcelona, Gedisa, 2003.
- "La metáfora mediación", Suplemento de Resolución de Conflictos de La Ley, Buenos Aires, Argentina, 16 /12/1996.
- CARAM, María Elena y otros; "Mediación. Diseño de una práctica", Buenos Aires, Librería Editorial Histórica, 2006.
- COUTURE, Eduardo J., "Estudios de Derecho Procesal Civil", Tomo 1, Depalma, 1978
- CHERNICK, Richard, "ADR comes of age: what can we expect in the future?", Journal of Dispute Resolution "Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law", Volume 2004, number 2, 187-188.
- DECARO, Julio, "La cara humana de la negociación", Bogotá, Mc. Graw Hill, 2000.
- ENTELMAN, Remo, "Teoría de Conflictos: Hacia un Nuevo Paradigma", Barcelona, Gedisa, 2002.
- ERTEL, Danny, "Negociación 2000", Bogotá, Mc Graw Hill, 1996.
- FALCON, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal Culzoni, Tomo I, Santa Fe, 2006, p. 209
- FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, "Sí de acuerdo", Bogotá, Ed. Norma, 1993.
- FLOYER ACLAND, Andrew, "Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones", Barcelona, Ed. Paidós, 1993.
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, "Mediación. Resolución de conflictos sin litigio", Méjico, 1992.
- FUCITO, Felipe; "La reforma judicial frente a la situación social"; La Ley, Sup. Act 30/11/2004,
- "La capacitación de los jueces", La Ley, 1995-A, 745
- GALANTER, Marc, "A World Without Trials?", Journal of Dispute Resolution Missouri, 2006

- GALTUNG, Johan, "Conflict Transformation by Peaceful Means (The Transcend Method)", <http://www.transcend.org/manuals.htm> del 21 de junio de 2008.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo; "Deberes de los Jueces. La conciliación en el proceso", La ley, 2002, 30
- GUIBOURG, Ricardo A., "El punto de vista en el derecho", La Ley del 26/10/2006.
- GRECO, Silvana; Los aportes de la mediación y de los procesos colaborativos de gestión de conflictos para la transformación de la cultura del litigio publicado en http://www.fundacionlibra.org.ar/publicaciones/articulo_sgreco.pdf
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Ética de los jueces. Análisis pragmático", Acad. Nac. de Derecho 2005 (febrero), 1.
- KENNEDY, Duncan, "La educación legal como preparación para la jerarquía" en "Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires", Facultad de Derecho, UBA, otoño de 2004.
- LIMA, Susana, "Proceso, realidad y deberes del juez", DJ 2003-3, 444.
- LORENZETTI, Ricardo L., "Políticas de Estado para el Poder Judicial" publicado en La ley, Sup. Act. 30/8/07, 1.
"Conferencia Nacional de Jueces. Jueces y Sociedad", LA ley, Sup. Realidad Judicial, 1/2/07, 1.
- MACFARLANE, Julie y MANWARING, John, "Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trial-less) Reality of Legal Practice", Journal of Dispute Resolution, 2006 J. Disp. Resol. (2006)
- MASLOW, Abraham H., "La personalidad creadora", Barcelona, Kairós, 1983.
- MARISCAL, Enrique, "La empresa magnética", Buenos Aires, Serendipidad, 1996.
- MOORE, Christopher, "El proceso de mediación", Barcelona, Granica, 1995.
- MORELLO, Augusto M, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un doble blindaje", LA LEY 2006-B, 597.
- MORIN, Edgar, "Epistemología de la complejidad" en "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", Barcelona, Paidós, 1994.
- MULDOOM, Brian, "El corazón del conflicto", Barcelona, Paidós, 1993.
- PEARCE, W. Barnett, "Nuevos modelos y metáforas comunicacionales: El pasaje de la teoría a la praxis, del objetivismo al construccionismo social y de la representación a la reflexibilidad" en "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", Barcelona, Paidós, 1994.

- PIATIGORSK, Santiago, "Estrategias Procesales", Buenos Aires, Ad Hoc.
- PETRACCHI, Enrique S., "Acceso a la Justicia", Sup.Act 27/05/2004, 1.
- RAY, Larry, "El sistema legal descubre nuevas herramientas: Las técnicas de resolución de disputas" en GROVER, J.W. y otros, "La mediación y sus contextos de aplicación", Barcelona, Paidós, 1996.
- ROBINSON, Peter; "Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to them for Trial", Journal of Dispute Resolution "Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law", Volume 2006, number 2.
- RUFINO, Marco A., "Mediación y Conciliación según la jurisprudencia", Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- SANSONE, Juan Manuel, "Una evaluación de la actual crisis del Poder Judicial de la Nación"; Sup.Act 28/08/2003, 1.
- SARLO, Beatriz, "Tiempo presente", Buenos Aires, 2001, Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- SCHNITMAN, Dora Fried, "Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos", Buenos Aires, Granica, 2000.
- "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", Barcelona, Paidós, 1994.
- SCHNITMAN, Dora Fried y SCHNITMAN, Jorge, "Resolución de Conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos", Buenos Aires, Granica, 2000.
- SENGER, Jeffrey M, "Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government", San Francisco, Jossey Bass, 2004.
- SIX, Jean François, "Dinámica de la mediación", Barcelona, Paidós, 1997.
- SUAREZ, Marínés, "Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas", Buenos Aires, Paidós, 2004.
- TAPIA, Graciela; "Un pionero que hizo historia. Historia de la mediación", <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm>.
- "En los zapatos del otro", <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm>.
- TOFFLER, Alvin y Heidi, "La creación de una nueva civilización. La política de la tercera ola", Barcelona, Plaza & James, 1996.
- TJOSVOLD, Dean, "El conflicto positivo en la organización. Cómo estimular la diversidad y crear unidad", Willmington Delaware, Addison-Wesley Iberoamericana, 1989.
- TREBOLLE, Maria Evangelina, "Mediación en conflictos sociales y derechos humanos", Sup.Act 02/12/2003, 3.

URY, William L., "Alcanzar la paz: diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo", Buenos Aires, Paidós, 2000.

VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.

"Los Principios Jurídicos. Perspectiva jurisprudencial", Buenos Aires, Depalma, 2000.

"De la ley al derecho", Editorial Porrúa, Mexico, 2004.

WOOLF, Harry Kenneth, "Symposium: Transatlantic Perspectives on Alternative Dispute Resolution", Saint John's Law Review, Winter 2007.

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, Volúmen 17 2001 Número 1

ANEXO

Encuesta realizada a Magistrados y Funcionarios de doce Juzgados del Fuero Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. (216)

Interrogatorio:

1. ¿Cuál es el criterio que se utiliza en el Juzgado donde se desempeña para fijar audiencias de conciliación?
2. ¿Quién preside las audiencias?
3. Comentarios.

Juzgado Civil y Comercial A

1. El juez lee personalmente todas las demandas, detecta cuáles son los casos que a su criterio ameritan convocar a una audiencia de conciliación y, para ellos, fija una audiencia en el primer despacho. También fija audiencias a requerimiento de las partes.
2. Las audiencias las presiden el juez y el secretario.

Juzgado Civil y Comercial B

1. Se convoca a audiencias de conciliación en el primer despacho de todos los juicios de conocimiento, con excepción de aquellos que tienen origen en accidentes de tránsito. Se considera con respecto a éstos que las compañías de seguros no arreglan sin haber producido las pericias. Por ello, ya no se fijan audiencias previas en esos expedientes. Se aclara que en algunas oportunidades las compañías de seguro solicitan que se produzca anticipadamente la prueba pericial. También se fijan audiencias de conciliación en procesos ejecutivos en los que se discutan cuestiones atinentes a la aplicación de las leyes de emergencia económica y en aquellos juicios en los que las partes así lo soliciten.
2. El juez dedica los martes y jueves sólo a conciliar. Fija siete audiencias por día.

(216) Se deja constancia que, a fin de preservar la confidencialidad de las fuentes, los Juzgados han sido nominados por letras.

3. Se informa que la conciliación da muy buenos resultados.

Juzgado en lo Civil y Comercial C

1. Se fijan audiencias de conciliación en todos los procesos de conocimiento al momento de abrirse a prueba las actuaciones y en cualquier momento del juicio en el que se advierta que una incidencia, de cualquier índole (honorarios, liquidación, reajuste por pesificación), amerita la convocatoria. También se fijan audiencias de conciliación en las sucesiones cuando se advierten disidencias entre los herederos.
2. Las audiencias las presiden el juez y los funcionarios.

Juzgado en lo Civil y Comercial D

1. Se convoca a requerimiento de las partes o cuando se advierte que se trata de un expediente que amerita la convocatoria. Se fijan muchas audiencias en las sucesiones, en las ejecuciones hipotecarias y en las incidencias suscitadas por la aplicación de las leyes de emergencia económica. Anteriormente, se fijaban audiencias previo al llamado de autos para sentencia, en aquellos casos que intervenían compañías de seguro que habitualmente celebran acuerdos. Se dejaron de tomar estas audiencias debido a la falta de tiempo del juez para presidirlas.
2. Las audiencias las preside principalmente el juez. Se fijan tres audiencias por día.

Juzgado en lo Civil y Comercial E

1. Se convoca a audiencia de conciliación en todos los juicios de conocimiento al momento de la apertura a prueba. Aseguran la comparecencia, fijando conjuntamente la audiencia de absolución de posiciones. En juicios por daños y perjuicios, donde hay lesiones, vuelven a llamar a una audiencia al momento de efectuar la certificación de la prueba. También se convoca a audiencias de conciliación una vez que se dicta sentencia en los procesos ejecutivos. Refiere el juez, en relación a éstas últimas, que no evidencian resultados del todo satisfactorios debido a la incomparecencia de las partes.
2. Las audiencias fijadas, al momento de la apertura a prueba, las preside el juez. El resto el secretario.

Juzgado en lo Civil y Comercial F

1. Las audiencias se fijan en todos los procesos de conocimiento al momento de la apertura a prueba, a excepción de los daños y perjuicios en los que intervienen compañías aseguradoras. Se fijan conjuntamente con la prueba de absolución de posiciones. Se asegura la comparecencia de las partes aplicando una multa para el caso de incomparecencia.

2. Las audiencias de conciliación las preside el secretario pero trabaja coordinadamente con el Titular del Juzgado cuando resulta conveniente su presencia. Se expone como ventaja que el secretario puede expedirse sobre temas que, de hacerlo el juez, podría incurrir en pre-juzgamiento por adelantar criterios. Fijan audiencias de conciliación tres veces por semana y se reservan los otros días para las segundas audiencias o para casos urgentes.
3. Se relata que en una época tuvieron muy pocos expedientes a sentencia respecto a la gran cantidad de conciliaciones que terminaban con acuerdo. Se manifestó interés en conocer prácticas de otros Juzgados que pueden resultar útiles.

Juzgado en lo Civil y Comercial G

1. Se fijan audiencias, por lo general, a requerimiento de las partes. Excepcionalmente, se fijan de oficio. En relación a la prueba, se depura de oficio al momento de proveerla. En los daños y perjuicios, se difiere la prueba testimonial para una vez que se produzcan las pericias.
2. Las audiencias las presiden el juez y el secretario.

Juzgado en lo Civil y Comercial H

1. Se adopta el criterio más amplio posible para la conciliación. Se convoca: 1) al momento de la apertura a prueba, conjuntamente con la audiencia de absolución de posiciones, 2) con anterioridad al llamamiento de autos para sentencia y 3) cuando la solicitan las partes.
2. El juez preside las audiencias que se toman con anterioridad al llamamiento de autos para sentencia. El resto las toma el secretario.
3. Se informa que el éxito de la conciliación depende del momento en que se encuentren las partes: "tal vez lo que no se arregla en una audiencia, se puede acordar en otra oportunidad".

Juzgado en lo Civil y Comercial I

1. Se convoca en todos los procesos de conocimiento, al momento de la apertura a prueba, conjuntamente con la audiencia de absolución de posiciones. También se convoca a audiencias de conciliación una vez que se dicta sentencia en los procesos ejecutivos. Asimismo, se fijan audiencias en los amparos.
2. Las audiencias fijadas al momento de la apertura a prueba las preside el juez. Las fijadas en los procesos ejecutivos, los funcionarios.

Juzgado en lo Civil y Comercial J

1. Se convoca en todos los procesos de conocimiento, al momento de la apertura a prueba, conjuntamente con la audiencia de absolución de posiciones. Si las partes no concurren, se llama a una nueva audiencia.

- También se convoca a una audiencia con anterioridad al llamamiento de autos para sentencia.
2. Se expone que las audiencias principalmente las preside el juez pero también las toman otros funcionarios. Se aclara que cada funcionario tiene su propio estilo.
 3. Se informan excelentes resultados, a tal punto que, en algunos meses, se registran alrededor de tres expedientes para sentencia cuando lo normal resulta entre 10 y 12. Se da cuenta que se constató una disminución del trabajo en el Juzgado luego de seis o siete meses de implementar la conciliación.

Juzgado en lo Civil y Comercial K

1. Se convoca a audiencias de conciliación cuando se considera que lo amerita el expediente. Se arbitra un procedimiento especial cuando la audiencia es solicitada por las partes. En este caso el pedido de audiencia se le hace saber, por nota, a la parte contraria y sólo si ésta presta conformidad expresa se fija la audiencia. Si la contraria se opone se rechaza el pedido y, si no contesta, también, porque se considera que, si no se evidencia un interés manifiesto en conciliar, resulta un inútil dispendio jurisdiccional convocar a una audiencia.
2. Las audiencias las presiden el juez y el secretario.
3. Se refiere que en el Juzgado se privilegia la celeridad procesal. En cambio, se consigna que muchas veces las partes solicitan audiencias para dilatar el proceso, por ejemplo, ante la proximidad de una subasta judicial.

Juzgado en lo Civil y Comercial L

1. Se convoca a audiencias de conciliación en todos los procesos de conocimiento, al momento de la apertura a prueba. Se anticipa que de no lograrse un acuerdo se procederá a tomar la prueba confesional y reconocimiento de firma y/o documentación.
2. Las audiencias de conciliación las presidía el juez pero, debido a falta de tiempo para cumplir todas las funciones a cargo, muchas audiencias actualmente se delegan en otros funcionarios.

MARÍA PAZ BAROUSSE

Autobiografía profesional

Nacida en la Ciudad de Buenos Aires el 3 de septiembre de 1976.

La autora es abogada egresada con diploma de honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2001).

Desde su época de estudiante María Paz se interesa en el estudio y la investigación de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Luego de completar la formación de mediadora en la Asociación Iberoamericana para la Resolución Alternativa de Disputas (A.I.R.A.D.) comienza su actividad docente en la Facultad de Derecho de la UBA desempeñándose como ayudante en las materias: *“La Negociación. Técnicas, Herramientas y Habilidades”*, *“Desafíos de la Nueva Abogacía. La Mediación”* y *“Métodos Alternativos para el Abordaje de Conflictos”*.

En 1996, la Dra. Barousse ingresa como meritoria al Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, donde actualmente ocupa el cargo de Auxiliar Letrada.

La presente tesina ha sido producida en el marco de la *Maestría en Derecho y Magistratura judicial de la Universidad Austral* -promoción 2005/06-. El cursado de las materias de la citada Maestría, orientadas al estudio integral y comparado de los sistemas de administración de justicia, situó a la autora en un nuevo escenario que le permitió desarrollar una línea de investigación en la que confluyen el estudio de los métodos alternativos y la práctica judicial.