



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS





Título: Resolución Alternativa de Disputas

Autores: Samuel Arias Arzeno
Julio Manuel Castillo Plata
Federico Fernández
Francisco Jerez Mena
Carlos Ml. Martínez
Juan Proscopio Pérez
Félix María Reyes
Arelis Ricourt Gómez
José María Vásquez
Sarah Veras

Coordinación de la Obra: Ricardo Li Rosi

© " Escuela Nacional de la Judicatura, 1ª. Edición, 2001
Calle César Nicolás Penson No. 59, Gazcue
(809) 686-0672, Fax: (809) 686-1101
Santo Domingo, República Dominicana
E-mail: e.judicatura@codetel.net.do
<http://www.judicatura.gov.do>

Hecho el depósito de ley

Depósito legal

ISBN: 99934-878-6-4

Diseño: Betsy Vilorio

Arias Arzeno, Samuel
Resolución Alternativa de Disputas / Arias Arzeno, Samuel... et al. 1ª. Edición - Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2002
408 p.

ISBN 99934-878-6-4

I. Resolución de Disputas - Mediación - República Dominicana

2. Solución de conflictos - República Dominicana

I. Arias Arzeno, Samuel II. Castillo Plata, Julio Manuel III. Fernández, Federico IV. Jerez Mena, Francisco V. Martínez, Carlos Ml. VI. Proscopio Pérez, Juan VII. Reyes, Félix María VIII. Ricourt Gómez, Arelis VIII. Vásquez, Joselo IX. Veras, Sarah

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

INTRODUCCIÓN

Cada sistema legislativo está revestido de una diversidad de características vectoras, que son las que se encargan de darle fisonomía propia y permite distinguirlo de otros esquemas y contextos.

En el ámbito latinoamericano, salvo los naturales matices que no hacen más que visualizar con más nitidez el panorama general, nuestras legislaciones se han preocupado básicamente por definir y regular los procedimientos a utilizar para dirimir los conflictos en su etapa jurisdiccionalizada. Es decir, los esfuerzos se han dirigido a crear las reglas para la solución de las litis judiciales, pero no para evitarlas.

Nos atrevemos a afirmar, que esta línea de acción es la causante de una buena parte de los agudos problemas que hoy confrontan los tribunales latinoamericanos, que amenaza en algunos casos con hacer colapsar irremediabilmente la frágil estructura en donde se sustenta precariamente la credibilidad del Poder Judicial y que pone en entredicho su condición de instrumento idóneo para garantizar la convivencia pacífica en las sociedades modernas.

Y es que procedimentalizar el conflicto no da todas las respuestas, sobre todo porque con ello se normativiza el acceso a la justicia y el ejercicio de los derechos, pero no se resuelve el problema de cúmulo de trabajo, la lentitud de los fallos y la mora judicial.

Parece evidente entonces la necesidad de otear nuevos horizontes.

Es en esta perspectiva donde se redimensiona la importancia de las figuras alternativas de resolución de conflictos.

De tradición relativamente dilatada en Europa, carecen estas materias sin embargo del reconocimiento adecuado en el subcontinente latinoamericano, pese a su obvia utilidad para encarar los desafíos mencionados.

El presente libro tiene precisamente como pretensión dar una visión global sobre el tema, a la luz de la realidad dominicana. Su carácter básicamente introductorio implica que se asuma este trabajo, más como una provocación para posteriores y más profundos análisis, que como un aporte novedoso al tratamiento de las vías de resolución alternativa de conflictos.

Pese a esta limitante, el contenido incluye la descripción por separado de cada una de las modalidades hasta ahora conocidas, con previas nociones prolegomónicas sobre la resolución alternativa de conflictos.

Los temas que se tratan en el desarrollo de este libro son: Una Introducción a la Resolución Alternativa de Disputas, elaborada por los Magistrados Arelis Ricourt Gómez y Juan Proscopio Pérez; La Comunicación, por el Magistrado Federico Fernández; La Negociación, por el Magistrado Félix María Reyes; Técnicas y Herramientas de Mediación, por el Magistrado Samuel Arias Arzeno; La Mediación Familiar, por la Magistrada Sarah Veras; La Mediación Laboral, por el Magistrado Carlos Ml. Martínez; La Mediación Penal, por el Magistrado José María Vásquez; Conflictos en la Oficina Judicial, por el Magistrado Francisco Jerez Mena; y, El Arbitraje, por el Magistrado Julio Manuel Castillo Plata. En cada enfoque se ofrece el origen y evolución histórica de la resolución, así como la enunciación de sus rasgos distintivos, analizado, en algunos casos, desde el prisma del derecho dominicano.

Confiamos en que estas reflexiones no sólo sirvan para aumentar la capacidad cognoscitiva de los lectores, sino como refuerzo del compromiso que hemos todos de abrazar, en pos del mejoramiento sostenido de las vías de solución de las naturales confrontaciones que la interacción social origina.

En todo caso, queden estas breves líneas introductorias como testimonio escrito de

agradecimiento de los autores, por la oportunidad que se nos ha dado de compartir nuestros modestos conocimientos sobre el tema, que como ya se ha dicho, no buscan erigir verdades absolutas, sino abrir senderos para futuros y más enjundiosos estudios.

Finalmente, queremos dejar nuestra constancia de agradecimiento especial a nuestro asesor argentino, el Magistrado Ricardo Li Rosi, por su total entrega al éxito de esta obra, la cual viene a llenar un vacío en la bibliografía jurídica dominicana.

“Impartir justicia no es más que la segunda obligación de la sociedad; impedir el proceso es la primera. Es necesario que la sociedad diga a las partes: para arribar al templo de la justicia, pasen primero por el de la Concordia; esperamos que pasando por él, transarán sus diferencias”

(atribuida a un Diputado francés de la provincia de Nancy en 1790)

INDICE

INTRODUCCION.....	5
MODULO I: INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS.....	15
Capítulo 1: La Resolución Alternativa de Disputas	
Capítulo 2: Ventajas del Uso de la RAD	
Capítulo 3: La Mediación	
Capítulo 4: La Conciliación	
Capítulo 5: Otros Procedimientos de RAD	
Capítulo 6: Rol del Juez y del Abogado en la RAD	
Capítulo 7: Promover la Cultura de la Paz	
MODULO II: LA COMUNICACION.....	99
Capítulo 1: La Comunicación Humana	
Capítulo 2: Sintáctica, Semántica y Pragmática	
Capítulo 3: Los Axiomas de la Teoría de la Comunicación	
Capítulo 4: La Comunicación Paradójica	
MODULO III: LA NEGOCIACIÓN.....	121
Capítulo 1: ¿Qué son Las Negociaciones?	
MODULO 4: TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN.....	131
Capítulo 1: El Modelo Tradicional o de Harvard	
Capítulo 2: El Modelo Transformativo de Bush y Folger	
Capítulo 3: El Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb	

MODULO V: MEDIACION FAMILIAR.....	167
Capítulo 1: Conceptos Generales	
Capítulo 2: La Mediación Familiar	
Capítulo 3: Desarrollo de la Mediación Familiar	
Capítulo 4: Áreas de Aplicación de la Mediación Familiar	
Capítulo 5: Consideraciones Finales	
MODULO VI: LA CONCILIACIÓN LABORAL.....	215
Capítulo 1: Conceptualización de los Métodos de Resolución Alternativa Usuales en el Derecho Laboral	
Capítulo 2: El Proceso de Conciliación Laboral	
Capítulo 3: Las Partes Ante el Conciliador	
Capítulo 4: Inicio de las diligencias conciliatorias	
Capítulo 5: Resultado de la Actividad Conciliatoria	
Capítulo 6: Particularidades de la Conciliación Laboral Dominicana	
Capítulo 7: El Arbitraje Voluntario en el Derecho Laboral Dominicano	
Capítulo 8: La Realidad Dominicana: Reflexiones y Sugerencias	
MODULO VII: LA MEDIACIÓN PENAL.....	273
Capítulo 1: La Resolución Alternativa de Conflictos	
Capítulo 2: La Víctima del Delito	
Capítulo 3: Mediación en Materia Penal	
Capítulo 4: Los Principios de la Justicia Restitutiva	
Capítulo 5: Nuevas Formas de Tratamiento del Delito y utilización de la Mediación como Herramienta Util	
Capítulo 6: ¿Cómo se lleva a cabo la Mediación Penal?	
Capítulo 7: Mediación Penal en Casos de Delitos Graves	
Capítulo 8: La Mediación Penal en el Derecho Comparado	
Capítulo 9: Experiencias de la Mediación Penal	
MODULO VIII: CONFLICTOS EN LA OFICINA JUDICIAL.....	311
Capítulo 1: Definición del Conflicto	
Capítulo 2: El Proceso del Conflicto	
Capítulo 3: Control de Conflictos	

Capítulo 4: Inteligencia Emocional Aplicada al Manejo de Conflicto

Capítulo 5: Trabajo en Equipo

MODULO IX: EL ARBITRAJE..... 335

Capítulo 1: El Arbitraje

Capítulo 2: La Cláusula Compromisoria

Capítulo 3: El Compromiso

Capítulo 4: Arbitros y Amigable Compondores

Capítulo 5: El Proceso de Instrucción

Capítulo 6: El Laudo Arbitral

Capítulo 7: El Arbitraje Comercial Internacional

BIBLIOGRAFÍA..... 373

MÓDULO I:

INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

AUTORES: ARELIS RICOURT GÓMEZ
JUAN PROSCOPIO PÉREZ

Capítulo I: La Resolución Alternativa de Disputas

I.1 Introducción

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien porque convenía una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis. En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban, en realidad compartían el interés de uno de los contradictores.

La misma “Ley del Talión” fue un avance en estos ejercicios, al impedir que sólo la fuerza brutal fuera la causa motivante de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones.

La organización de la familia trajo consigo una inteligencia diferente. La armonía de la convivencia, la interrelación y los efectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones. De esta manera, el patriarca con sus consejos, el culto a la sabiduría de la ancianidad, el respeto por el padre o cabeza de familia, la misma relación parental y los vínculos provenientes de la amistad, sugirieron nuevas formas de conciliación y avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino procuraba no afectar la vida en comunión. Pero si la paz y la concordia no se podía obtener, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometida al juicio de un tercero, que según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*) perseguía resolver la diferencia. Estas formas de justicia obraron sobre el presupuesto de la confianza hacia un hombre recto y honesto, cuya prudencia y sabiduría fundaba el sometimiento voluntario de las partes. La autoridad era exclusivamente moral, circunstancia

difícil de conseguir cuando la sociedad fue desarrollándose en centros aislados que impedía la uniformidad de conceptos. Son los jueces auténticos inspiradores del «alma del pueblo», como lo denominan las Leyes de Partidas con gran vehemencia. La jurisdicción, elemento técnico como se define la aptitud de los depositarios de la confianza pública, organiza un sistema de enjuiciamiento diferente del conocido. Cada uno de esos métodos irá evolucionando, se crearán códigos, se perfeccionan las instituciones y hasta habrá, con el tiempo, una ciencia encargada de explicar la fisonomía y dogmática de los procedimientos. Estas estructuras, clásicamente concebidas en tres etapas bien diferenciadas (postulación, debate probatorio y adjudicación), no variaron en el tiempo. Es más, cada vez fueron más técnicas y formales las sistematizaciones procesales. Situación que empeoró posteriormente, alejando al proceso de sus finalidades primordiales, consagrando un esquema escrito mortificante e insidioso con las necesidades comunes del hombre.

En la actualidad las deficiencias del proceso son notables: La lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta y dificulta el proceso. Además de las consecuencias del proceso de adjudicación: una parte necesariamente gana y otra pierde, y las diferencias entre ellas, producto del conflicto, aumentan. Frente a esas preocupaciones, cobran fuerza instituciones como el arbitraje, la mediación y la conciliación, que tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios que tienden a evitar el curso de las solemnidades. Lo curioso de este fenómeno se da en que de alguna manera significa una regresión a la justicia primitiva. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, interesa solamente solucionar el conflicto.

La evolución mostró el rol principal del juez en todo este activismo y fue lógico esperar el desplazamiento del tercero imparcial hacia al juez directo del proceso, facultado a instruir de oficio y a buscar en las entrañas del litigio la verdad jurídica objetiva.

1.2 La cultura del litigio

1.2.1 El conflicto

Todo conflicto se presenta porque hay grupos distintos de personas con distintos intereses. Estos grupos entran en conflicto porque están en desacuerdo sobre la forma en que se debe distribuir un recurso escaso. Las crisis humanas habitualmente representan una colisión de intereses. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte, miseria del hombre, etc.), es verdad, pero la búsqueda de respuestas, por lo común, se orienta a partir del concepto de lucha (bilateral y contradicción del proceso ordinario).

Las diferencias entre los hombres originadas por intereses encontrados se presenta como estado patológico que vulnera la pacífica convivencia. Desde este punto de vista, el conflicto nace como un desvío social que requiere descubrimientos en las causas que lo motiva para proyectar desde allí el tratamiento de corrección. También, la crisis social puede darse como fenómeno proveniente de las insatisfacciones del grupo o individuales del grupo o individuales, en cuyo caso se constata inmediatamente por el hecho consumado, obligando al ordenamiento a potenciar las fuerzas necesarias para el reencauzamiento. Muchos consideran que el conflicto es un enfrentamiento globalizado de sectores, donde todo es motivo de pretensiones y resistencia; de ganadores y perdedores. La búsqueda del vencimiento “en las posiciones” explica la irreductibilidad de las conductas; el éxito se concilia con los resultados queridos más que con los beneficios logrados. Pero esta idea del éxito, basada en un cálculo o balance de ventajas e inconvenientes, está sustentada por un propio orden de valores internos.

Generalmente hay discusión, cada parte trata de demostrar siempre que tiene la razón y trata de vencer a la otra. En muchos casos, en la discusión se pierde de vista la oportunidad de encontrar una solución que favorezca a ambas partes.

Las partes en conflicto pueden optar por una de dos vías: La negociación o la violencia. En el primer caso, el más viable para la solución pacífica de los conflictos, son las partes en sí mismas, las que buscan una salida. Ahora bien, el Estado independientemente del tipo de conflicto, de motivación y de la pretensión que tengan las partes, tiene el deber de garantizar y proteger el acceso de toda persona a la administración de justicia, a las instancias y los mecanismos legalmente encargados de enfrentarlos.

Zulema Wilde y Luis Mauricio Gaibros, en su obra “¿Qué es la mediación?” indican que: “La idea de ganar de los participantes no implica que quienes intervengan no pueden tener intereses comunes, además de otros opuestos. Sólo en el conflicto puro los intereses de las partes son completamente opuestos”.

Cada observación sitúa al conflicto como un problema singular que identifica al hombre con sus necesidades, para alcanzarlas, supone el diseño previo de un camino y la toma de decisiones individuales relativas a la posición. Cuando los objetivos sufren alteraciones por obstáculos imprevistos, la probabilidad del conflicto es inmediata, y la celeridad para llegar al fin querido se posterga. Si la posición resulta inflexible seguramente no se encontrarán salidas alternativas. Si fueran buscadas, pero sin negociar con plasticidad, también la dureza retardará cualquier hipótesis de solución. El choque entre voluntades es inmediato; el “ego” se posiciona en la perspectiva del éxito o triunfalismo; se eliminan los acercamientos y el único rumbo posible es la sentencia judicial que divida los intereses. Habrá un vencedor y un vencido. Seguramente, también, existirán dos voluntades insatisfechas. De ahí que la duplicidad de intereses alimente las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exageran multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación. La demanda judicial resultaría el camino más transitado y, por supuesto el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuesta para todo. Sin embargo esta es una opción falsa. Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso.

El sistema jurídico, especialmente en su faz judicial, tiene un objetivo abstracto como es el de «descubrir la verdad»; con lo que no siempre se soluciona el problema, menos aún en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común, al ciudadano, al hombre de negocios, los vecinos, los familiares, los miembros de una misma institución, etc., quienes desean dejar el conflicto atrás, terminar con el mismo para poder así continuar con su vida normal, con mayor razón si el litigio es con alguien a quien deben continuar viendo o con quien debe o le convendría seguir manteniendo relación.

Los tribunales necesariamente utilizan un método adversarial de adjudicación, de modo tal que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, las que han ofrecido o producido prueba, un tercero neutral -en nuestro país el Juez- resuelve la controversia. El Juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en un procedimiento contencioso, lo que

demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes. Además esto puede llevar aparejada la no deseada publicidad del juicio o de los hechos que en el se ventilan.

Aparece, en consecuencia, la grave y real necesidad de encontrar otros métodos - especialmente si son adversariales - de solución de controversias, con ventajas para el sistema judicial sobrecargado y para los ciudadanos comunes que no tienen acceso al mismo, o que por distintos motivos, no pueden sobrellevar la pesada carga que impone un juicio.

Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal mas causas de las que salen; la duración de los procesos excede el tiempo razonable, a los que debe sumarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto no solo en términos económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbre.

Un somero análisis del sistema de resolución de conflictos muestra que en la actualidad nuestra sociedad tiene disponible:

- a. Una cantidad considerable de ellos (quizás la mayoría) deben ser decididos en derecho por los tribunales;
- b. Algunos pocos son resueltos por las partes entre sí o con ayuda de un tercero lográndose satisfacer sus necesidades e intereses;
- c. Otros se resuelven por el triunfo del más poderoso en la disputa;
- d. Finalmente, y no menos desdeñable, gran cantidad de conflictos queda sin resolver, porque el acceso a la justicia es complicado y costoso y las partes no tienen otros procedimientos disponibles.

1.2.2 Objetivo general

En primer lugar, la finalidad de una mayor eficiencia en la predisposición de medios para la administración de justicia, mediante el envío de causas menores a órganos de conciliación, con lo que se evitaría, por ejemplo, la posibilidad de que estas mismas desavenencias, pudieran aspirar a un juicio de "primera clase".

En segundo lugar, vislumbra una finalidad de privatización de los conflictos, en cuanto estaría aceptando el ingreso, para esta actividad mediadora, de grupos económicos y sociales que están proliferando en las sociedades de capitalismo avanzado.

1.2.3 Objetivos específicos

- Desviación del énfasis de ganador-perdedor hacia una propuesta de equilibrio de intereses.
- Realización de actividades de promoción y difusión tales como folletos al público, el informativo del programa y una revista mensual de él.
- Promoción y organización de seminarios, conferencias, foros, debates y talleres sobre el tema.
- Reconocimiento de la necesidad o el problema social que reclama por una respuesta en el plano jurídico.
- Conformación de escuelas de conciliadores, que en lapso de un año, deberá contar con un equipo de 60 conciliadores capacitados.
- Implementación de programas de conciliación en diferentes sectores de la sociedad
- Instalación de Centros de Conciliación Comunitaria e Institucional.

En cambio, la optima directriz para la cultura del litigio sería lograr el máximo posible de litigiosidad, de modo tal que la correlación entre agravio a un sujeto de derecho en intervención jurisdiccional fuera uno a uno. Dicho de otra manera, en este sencillo esquema, un sistema sería eficiente cuando cada agravio proporcione una intervención jurisdiccional, o sea, cuando para cada conflicto hubiese un litigio ante la judicatura.

Este esquema, sin embargo, resulta erróneo.

Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de las partes, sobre la base del principio de subsidiariedad que se expresa así: «las cuestiones deberán ser tratadas al mas bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al mas alto nivel se trataran los conflictos en que ello sea absolutamente necesario».

Obvio es que el mas alto nivel viene dado por el sistema judicial. Los tribunales no deben ser el lugar donde la resolución de disputas comienza. Ellos deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución, salvo que, por la índole del tema, por las partes involucradas o por otras razones el tratamiento subsidiario no sea aconsejable.

Es necesario, en consecuencia, pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo. La ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos hace que se recurra

a los tribunales de justicia en forma irracional. Hay una cultura de litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor; y lo que permitirá calificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio.

1.3 Definición de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

1.3.1 Concepto amplio y restringido de sistemas alternativos

Además del litigio, siempre han existido otros modos de resolver conflictos, pues indudablemente, no es el derecho la única solución a que acuden los contendientes. Puede verse desde dos ópticas:

1. Concepto amplio: Desde el punto de vista conceptual y del análisis social, todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión autoritaria, de manera que en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución.

2. Concepto restringido: Lo que interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encausar positivamente las disputas, a más de las que se solucionan por vía de su ingreso al sistema judicial, considerándose tales - en sentido estrecho - las que conocen los abogados: arbitraje, mediación, conciliación.

La administración de justicia en todos los países se encuentra confiada a la responsabilidad de los Estados, constituyendo uno de los servicios de más difícil prestación por los inmanejables niveles de corrupción, morosidad, falta de independencia e inequidad que han demostrado, además de representar una carga presupuestal y burocrática. En torno a la misma, se viene implementando diversos programas de reforma y modernización.

En esta medida, en países como los nuestros donde la administración de justicia no han respondido de acuerdo a las demandas sociales, y ante la necesidad de copar este vacío, son los propios usuarios del servicio de justicia - en algunos de los casos con el auspicio y apoyo del Estado - los que han promovido la utilización de mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de sus conflictos.

Estos mecanismos se han convertido en medios más eficaces y menos onerosos que el Poder Judicial para la solución pacífica de sus disputas. Existe una marcada corriente doctrinal que busca mejorar el funcionamiento del Poder Judicial mediante la reducción de la demanda del servicio de justicia por parte de la sociedad, esto es, reducción del número de conflictos sometidos a los tribunales para ser resueltos por éstos.

La existencia de estas vías alternativas o medios extrajudiciales de solución de conflictos, están íntimamente relacionadas con la identificación de diversas insuficiencias en los sistemas judiciales. Entre otras, existe déficit de recursos, dado que el índice de conflictividad en la sociedad contemporánea supera grandemente las asignaciones hechas a los sistemas judiciales.

Es bueno aclarar, por lo que señalamos enfáticamente que: la utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, no niega la vía judicial, si no por el contrario busca el fortalecimiento del Poder Judicial como medio eficaz de solución de conflictos debido a que por su utilización se puede reducir la carga de trabajo judicial. Asimismo busca neutralizar la diversidad de conflictos derivándolos a un acuerdo entre las partes.

Todas las sociedades, las comunidades y las organizaciones afrontan conflictos en diferentes oportunidades. Las disputas son un hecho real. La Resolución Productiva del conflicto dependen, en su mayor parte, de las cualidades de los participantes para idear procedimientos eficaces a la Resolución del problema sobre la base de la cooperación mutua, excluyendo la desconfianza y la animosidad. Las personas que afrontan conflictos, a menudo, necesitan ayuda para resolver sus controversias. A escala mundial, la cooperación se está convirtiendo en la clave de la supervivencia humana. La cooperación no significa el fin de la competición, no eliminaremos nuestras diferencias, pero podemos enfrentarlas más constructivamente. Sin lugar a dudas, el recurrir a los tribunales es siempre costoso y largo. En juicio las partes tienen posiciones encontradas, son representadas por sus abogados, no pudiendo tener una participación directa activa en la exposición del problema ni mucho menos en la decisión del mismo. Además en este método de resolución adversarial de controversia las partes no tienen el poder de la autoresolución de los conflictos, amén de que falta la privacidad. Los métodos que mundialmente han dado un mejor resultado, por ser no-adversariales, donde las partes tienen el poder de decisión y de auto resolver los conflictos, son denominados hoy en día Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, donde las partes recuperan su auto estima, pues se sienten capaces de volver a tomar las riendas del conflicto, contrario a un tercer individuo que decida por ellas, sino que el poder lo retienen las personas, son ellas mismas las protagonistas y participantes de

la Resolución alcanzada, por lo que asumen el control de la propia situación haciéndose responsables de la decisión y de cómo llevar adelante el acuerdo alcanzado. Si van a mediación estarán frente a una persona que desempeña el rol de simple comunicador entre las partes y no es árbitro ni juez, ya que no es él quien resuelve en definitiva, sino que lo hacen las partes mismas.

Uno de los mitos más generalizados de nuestro tiempo, ha sido el pensar que el Estado es el único ente suficientemente neutral que puede asimilar todas las demandas que identifica a una sociedad determinada. El Estado aparece como el ideal intermediario de los intereses de los diversos grupos sociales y étnicos que aparecen en su territorio.

Por otro lado, dentro de los diversos grupos que integran una determinada sociedad aparecen propios órganos de resolución frente a los diferentes conflictos que se viven. Se trata de órganos legitimados, a donde los miembros de determinados grupos recurren y desde donde se procura siempre poner fin a los referidos conflictos. Puede ocurrir que estos órganos se encuentren en relación con propios órganos oficiales, recurran al apoyo de éstos en determinados momentos, pero lo que más importa es que, a pesar de ello, luchan por mantener su propia identidad. Este es el caso de la Cámara de Comercio del Distrito Nacional.

Se habla de métodos “alternativos” como lo contrapuesto al litigio judicial, es decir contrario al procedimiento tradicional de solucionar las disputas en los tribunales; son conocidos también como ADR conforme a la terminología sajona, hoy en nuestro país cuando se hace referencia a ellos. Cuando son escuchados en público la generalidad se remonta a las conciliaciones previas exigidas por algunas leyes especiales y al arbitraje, como los métodos más conocidos por nuestra población que constituyen vías para obtener o tratar de lograr la solución de conflictos antes de llegar a la fase judicial.

Para Marcelo Pablo Perazolo son métodos alternativos los “contrapuestos al litigio judicial. Cuando se analizan los ADR, se lo hace desde la perspectiva que representan vías o canales alternativos (y generalmente previos) al conflicto judicial concreto”.

Oswaldo Alfredo Gozaíni define los métodos alternos para la resolución de disputas como «formulas de entendimiento racional, donde la crisis no se indentifica necesariamente con la subsunción de los hechos en la norma jurídica; Es decir, que persiguen la solución concertada, pacífica, sin tener que detallar el encuadre jurídico donde insertar la motivación fundante».

Indicando, además, que «el diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: se debe abandonar la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias». Señala Gladys Alvarez que “El tema de la resolución adecuada de los conflictos sociales es una preocupación central de los estados democráticos y modernos que persiguen el bienestar social de la población. Su institucionalización abarca tanto mecanismos voluntarios e informales como obligatorios y coactivos. Comprende una amplia gama de acciones y procesos que tratan el conflicto desde distintas perspectivas y alcances: su abandono, prevención, administración y resolución mediante los llamados métodos alternativos, la negociación, conciliación, mediación, arbitraje u otros híbridos, por un lado, y por el otro se encuentra la decisión del juez que aplica la ley (expresión de los valores constitucionales) bajo amenaza de coerción. Las investigaciones realizadas en Latinoamérica y en los Estados Unidos, muestran que no existe una terminología unívoca para distinguir los diversos procedimientos, técnicas e institutos que se incluyen bajo el nombre de Resolución Alternativa de Disputas (RAD). No obstante ello está surgiendo cierta inquietud para clarificar conceptualmente esta diversidad de mecanismos alternativos a la decisión judicial. El objetivo central, más que un purismo lingüístico, es mejorar la comunicación entre los que se encuentran trabajando en este campo, ya sea desde la actividad académica o desde la práctica, y evitar que con nombres distintos se esté aludiendo a un mismo procedimiento o viceversa que con el mismo nombre se estén mencionando técnicas distintas con el riesgo de verse arrastrado a confusiones y a disputas verbales innecesarias”.

Y, de manera más lacónica Héctor Geraldo Humaschi indica que aquellos métodos considerados como “sistemas no adversariales, o sea sistemas en lo que predomina el valor colaboración sobre el valor confrontación. Indicando que son “no adversariales: negociación, mediación, conciliación, tercero neutral”.

En síntesis, podemos decir que la resolución alternativa de conflictos engloba el conjunto de procedimientos que permite resolver un litigio sin recurrir a la fuerza o sin que lo resuelva un juez. Es un mecanismo conducente a la solución de conflictos jurídicos por otras vías que no son la justicia institucional, tradicional u ordinaria.

Teniendo en consideración los elementos que concurren, se puede decir que:

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas formas de administrar justicia por medio de los cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto - ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa - concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución del mismo a través de un acuerdo

mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecutabilidad.

1.3.2 Características:

Los métodos de resolución de conflictos son FLEXIBLES, en el sentido de que el proceso no persigue un orden predeterminado y que no está sometido a las reglas legales. Son voluntarios, porque las personas ingresan a ellos por propia decisión, ellas mismas determinan cual es la información que transmiten y cual ocultan, deciden si llegan o no a un acuerdo y se retiran cuando ellas así lo estimen, en el mismo instante en que dejen de sentirse cómodos. De ahí que los acuerdos son muy eficaces, teniendo una mayor probabilidad de éxito por la carga emocional que posee algo que decidimos en conjunto.

Son además eficaces y llenos de equidad, porque contemplan los intereses de ambas partes, es un proceso de triunfo, todas ganan, el énfasis no está puesto en quien gana o pierde sino en establecer las necesidades de los participantes y esto es precisamente lo que hace que sean eficaces y los recursos son aprovechados de manera íntegra.

Son métodos confidenciales, pues se firma un acuerdo confidencial, donde se establecen las reglas del proceso y se garantiza que nada de lo que allí se hable será transmitido fuera del ámbito del procedimiento.

En fin, la economía en tiempo y dinero son unos de los principales motivos de porque más personas acuden a los métodos alternos de resolución de disputas, ya que resuelven sus conflictos en algunas sesiones a diferencia de un proceso judicial largo y costoso, en tiempo y energías.

Pero un aspecto muy importante es que reducen la rivalidad y mejora la calidad de las relaciones humanas ya que alienta la comunicación entre las partes, posibilitándole corregir sus percepciones.

Podemos decir que estos métodos abarcan la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación y otras maneras de resolver los conflictos centrados en la comunicación eficaz y la negociación, más bien que de usar procesos adversariales de adjudicación. Podemos clasificar dos tipos básicos de resolución alternativas de conflictos existente: métodos non-binding, tales como mediación y negociación, que asisten a alcanzar, pero no imponen, una resolución del conflicto. Hay también métodos obligatorios, tales como arbitraje. También existe la combinación

de estos métodos.

En fin, podemos decir que:

1. Hacen posible la solución de los conflictos al margen de los tribunales.
2. Reducen el costo y la dilación con relación al proceso judicial.
3. Previenen conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales.
4. Incrementan la calidad del resultado final de la resolución del conflicto.
5. Los mecanismos alternativos no desconocen la necesidad del monopolio de la resolución de conflictos por parte del Estado, pero la limita a ciertos ámbitos. (Ej. interés público).
6. Los mecanismos alternativos permiten el acceso de conflictos colectivos para que sean resueltos adecuadamente, así mismo permiten el tratamiento y solución de casos de los sectores populares, situación negada en la justicia institucional u ordinaria.
7. Los mecanismos alternativos propugnan una Cultura de Paz. Aquella litigiosidad represada con la que cuentan nuestros países, es neutralizada por los mecanismos alternativos eliminando en la mayoría de los casos la secuela de violencia que tiende a obstaculizar el funcionamiento de estos mecanismos.
8. Los mecanismos alternativos representan la tendencia de reestructuración de los sistemas judiciales, teniendo como fundamento predominante el acceso a la justicia de una mayor cantidad de conflictos.
9. Los mecanismos alternativos fortalecen la democracia participativa como la vía más adecuada para solucionar determinadas controversias.

1.3.3 ¿Se trata de una privatización de la justicia?

La resolución de conflictos no constituye un modo de privatizar la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial, sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar un servicio mas completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día. Sea que lo ofrezcan los tribunales o se organicen fuera del sistema judicial, la mayor satisfacción y más amplia gamma de posibilidades que obtengan los partícipes en un conflicto, permitirá a los jueces dedicarse mejor y circunscribirse a los casos que no obtengan solución anterior.

Tan diferentes opiniones suscitan el temor de sacar del sistema judicial a una cantidad de casos, que hay quienes consideran que el Poder Judicial sólo quedará para los pobres, ya que los ricos acudirán a estos nuevos modos de justicia «privada»; pero, otros creen que el Poder

Judicial andando mejor y con lo caro que es, solo quedara para los ricos, debiendo los pobres resolver sus conflictos por medios alternativos que son más baratos.

Cabe aclarar que la resolución alternativa no constituye una panacea, válida para todos los casos, sino un complemento de la decisión judicial, que como servicio y como Poder del Estado deben ser sostenidos. El juez no debe claudicar en su alta misión, mas para que su tarea sea eficiente, otros modos de resolver los conflictos deben coadyuvar con el clásico.

Capítulo 2: Ventajas del Uso de la RAD

2.1 Ventajas de la resolución alternativa de disputas (RAD)

Los métodos alternativos de resolución de disputas llegan a resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea arbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo -o en vez de- a que se inicie, descontando ya que se haya intentado la negociación directa entre las partes y que ella haya fracasado.

Desde el punto de vista de los abogados, las ventajas de estos métodos alternativos son innegables, pues aunque sus honorarios de asistencia o consejo sean a veces menores, los cobrará antes; además, su actividad se limita a unas pocas semanas, lo que permite multiplicar los casos en que interviene. La clientela se lo agradecerá y aumentará.

En líneas generales, sin perjuicio de sus particularidades propias, estas formas de resolución de disputas tienen ventajas de ser:

Rápidas: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema en pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia o en pocas horas.

Confidenciales: Los procedimientos no son públicos, sino privados, con lo cual lo que ocurre en ellos es a puertas cerradas y de carácter confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa.

Informales: Si bien existen procedimientos, debe insistirse en el escaso formalismo que los rige.

Flexibles: Las soluciones a que se arribe no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en hechos únicos de su caso.

Económicas: Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso mas siempre son baratos si se relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.

Iustas: La solución a las controversias se adapta mas a las necesidades de las partes.

Exitosas: Una vez que los programas se encuentran en marcha, de acuerdo a la experiencia de acuerdo a los países que han implementado los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD), el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

El abogado frente a la Resolución Alternativa de Disputas

La preparación del abogado para prácticas más suaves que el combate judicial, como lo son la reconciliación y el acomodamiento de los intereses de las partes, ha traído duras críticas de quienes consideran que no puede generalizarse este tipo de solución sin poner en riesgo el valor de la justicia.

Entre los inconvenientes a la resolución alternativa de disputas encuentran: El desequilibrio de poder entre las partes: entienden que la resolución alternativa se inspira en la noción de un litigio judicial como controversia entre dos vecinos con similar poder y en situación de igualdad, quienes llegaran aun acuerdo que no es mas que el anticipo de los que las partes predicen que hubiera resuelto el juez en la sentencia; pero, en realidad, la mayoría de los juicios no involucra una cuestión de propiedad entre dos vecinos iguales, sino a personas con posición económica diferente, a miembros de minorías, etc. Y en la situación, la escasez de recursos o la posibilidad de trasladar los costos invariablemente infectara el proceso de negociación. El sujeto de menor poder no estará completamente al tanto de sus derechos o posibilidades, se verá explotado, o forzado a acordar por falta de dinero.

La falta de representación suficiente para dar consentimiento: entienden que la resolución alternativa presupone a individuos que hablan por si mismos y se atan por las reglas que ellos crean; pero a veces los abogados o representantes de las personas jurídicas, grupos u organizaciones arriban a acuerdos que no son los que mejor atienden a los intereses de sus clientes, participes o subordinarios.

La falta de fundamento para la posterior actuación judicial: según los críticos, los que creen en la resolución alternativa minimizan la dimensión del juicio como remedio y erróneamente suponen que la sentencia pone fin al proceso, con lo cual piensan que el acuerdo será sustituto. Sin contar la ejecución, hay muchos casos en que la decisión judicial no es más que el principio de una continua actuación del tribunal, la que se torna necesaria justamente porque las condiciones que motivan el pedido de asistencia del juez no cambian. Un ejemplo es el de las relaciones de familia, en que el decreto de divorcio representa solamente la primera de una serie de interminables batallas; otros los de segregación racial, violaciones de leyes antitrust, de organización institucional, etc. Luego del acuerdo, cuando las partes soliciten alguna modificación o decisión, el magistrado estará atado por lo convenido o no tendrá los elementos para hacerlo.

La justicia debe prevalecer antes que la paz: advierten que los seguidores de la resolución alternativa consideran que el acuerdo equivale a la sentencia, lo que - dicen - solo es concebible reduciendo la función social de la decisión jurisdiccional a la manera resolución de conflictos privados; dentro de esta tesitura, la transacción logra el mismo objetivo que la sentencia, es decir la paz entre los contendientes, con menor costo para la sociedad. Los críticos indican que el fin de la adjudicación debe ser estimado en términos más amplios, ya que incluye la interpretación de textos legales como el de la Constitución, con la exlicitación de sus valores para poner la realidad a tono con ellos; y que esta misión no se cumple cuando las partes acuerdan, con la cual se priva al tribunal de la oportunidad de emitir la interpretación y a la sociedad de tener a su alcance el auténtico criterio de justicia.

No obstante, cabe apuntar que los mismos críticos reconocen que las diferencias y desequilibrios de poder también pueden distorsionar un juicio, pues la falta de dinero suele tener influencia en presentaciones de menor calidad; que los representantes o abogados son los que ponen el caso ante un tribunal, por lo que pueden padecerse los mismos efectos de falta de representación suficiente para dar consentimiento, ya que según se trabe la litis, será el resultado que obligará a todos; que a veces los fallos son difíciles y los jueces sienten alivio antes el advenimiento que pone fin al juicio sin obligarlos a decidir.

Por otra parte, y sin cubrir absolutamente la totalidad de los litigios de todo tipo, los métodos alternativos tienen mecanismos que permite obviar estos inconvenientes.

Capítulo 3: La Mediación

La mediación ha sido el método más estudiado y difundido en los últimos años a nivel mundial, por los logros obtenidos de su aplicación, en múltiples sistemas de justicia. En los Estados Unidos de Norteamérica tiene una larga tradición, así vemos que solo en el campo laboral el gobierno federal cuenta con un gran número de mediadores encuadrados en el Federal Mediation and Conciliation Service, así como de la gran cantidad de Centro de Mediación establecidos en casi todas las poblaciones de la unión americana. En nuestro país existe un proyecto ambicioso contenido en el anteproyecto de Código Civil, que contiene los métodos de resolución alternas consagrados en el nuevo Código Civil Francés.

3.1. ¿Qué es la mediación?

Para Gladys Álvarez es “un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a negociar cuestiones, no necesariamente jurídicas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo sistematizado para facilitar la comunicación entre las partes y mediante la aplicación de técnicas específicas y despliegue de habilidades aprendidas.”

Héctor Geraldo Umaschi en su obra *Proceso Civil y sus Alternativas: Cambio o Caos* la define como “la negociación dirigida por un tercero experto, que esclarece sobre los auténticos contenidos del conflicto y facilita el camino para que las partes arriben a la solución apropiada”.

El mediador no actúa como juez, no puede imponer una decisión, es un facilitador y conductor del procedimiento que permite identificar los puntos de la controversia, descubrir los intereses y explorar las posibles vías de solución y bases de un pacto. Plantea la relación en términos de

cooperación, enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras, puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse perdedor al tener que cumplir lo decidido por el juez. Podemos decir que es un proceso pacífico y cooperativo de resolución de conflictos, en el cual una tercera persona neutral (el Mediador) le ayudará a resolver la disputa de una manera informal y privada. El proceso está basado en el deseo de los participantes por acordar o convenir sus propias diferencias. Cada una de las partes necesita tener la capacidad para llegar a un acuerdo. Su propósito es lograr un acuerdo mutuo y rápido, ahorrando los costos del tiempo, dinero y energía, antes de involucrarse en un proceso judicial. Es un procedimiento confidencial y privado.

En principio, la mayoría de los conflictos son mediables. Es irremplazable cuando la relación debe proyectarse hacia el futuro o cuando la confidencialidad, el tiempo o el costo económico del litigio son claves para la resolución de los problemas, podemos mencionar, a modo enunciativo los conflictos siguientes: familia, relaciones laborales, medio ambiente, consumidor, contratos (seguros, construcción, franquicia, locación, sociedades, etc.), responsabilidad profesional, daños y perjuicios, patentes, marcas y propiedad intelectual; propiedad horizontal, división de condominios, obligaciones de pago, vecinales, comunitarios, sucesiones, etc.

El mediador no es un juez, tampoco un árbitro, no brinda asesoramiento legal ni da consejo ni opiniones; no decide, tampoco es un terapeuta. Son las partes en el conflicto las que tienen el poder de decisión sobre el acuerdo. Como tercero neutral, el mediador no tiene ningún interés personal sobre la posible resolución del conflicto. Su función es la de conducir el procedimiento y asegurar que exista un intercambio de información entre las partes, con el propósito de llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses en juego. Por ello, no se puede garantizar que se celebre un acuerdo. Podrá celebrar sesiones conjuntas o separadas con los participantes, cuando lo estime necesario. La mediación puede ser interrumpida por la voluntad de las partes o porque el mediador lo considere conveniente.

Lo bueno o lo malo no es el conflicto sino la forma como se lo encara y el proceso que deviene a partir de él, que lleva a agudizarlo y producir verdaderas «guerras» o a manejarlo o conducirlo para buscar solucionarlo.

La palabra conflicto es frecuentemente utilizada dentro del discurso de la psicología para referirse

a una realidad intrapsíquica. En este escrito que pertenece al campo de la mediación, cuando utilizemos este término va a estar referido exclusivamente a conflictos interpersonales.

3.1.1 Formas de conducción de conflictos.

La humanidad ha generado a lo largo y a lo ancho de su historia, diferente forma de conducción de conflictos. Estas diferentes modalidades constituyen una continuación que va desde lo más informal a lo más formal.

3.1.2 Características

En el extremo informal nos encontramos con las siguientes características:

- a. Generalmente se dan entre familiares, grupos de amigos, grupos de trabajos equipos deportivos etc. O sea, entre personas que tienen gran conocimiento entre sí.
- b. No hay reglas establecidas para las formas de conducción de conflictos y generalmente estas son idiosincrásicas de los contextos en los cuales se desarrollan.
- c. No hay terceros a quienes se involucre para ayudar en el proceso.
- d. No es onerosa.

En el extremo formal de las modalidades para la conducción de conflictos encontramos otras características:

- a. Son una serie de organizaciones de complejidad creciente, que van desde los juicios sumarios, el ombudsman, algunas instituciones tales como alquiler de jueces hasta el arbitraje y la adjudicación (proceso judicial). Todo tipo de conflictos pueden necesitar ser dirimidos en estos ámbitos. Algunos de ellos incluyen relaciones interpersonales con cargas emotivas. Pero también llegan a la justicia formal conflictos en los cuales no hay relaciones afectivas intensas entre las partes.
- b. Se caracterizan por un proceso bien definido, que ha dado lugar a una de las ramas del derecho que es el Derecho Procesal.
- c. Hay terceros que cumplen una función bien definida. Según los casos la inclusión de terceros es a pedido de las partes (en el arbitraje), en tanto que en otros casos basta que una parte la solicite para que la otra parte se vea obligada comparecer. Lo característico de los procesos más formales dentro de este extremo es que la decisión tomada por este tercero son vinculantes, es decir, absolutamente obligatorias para las partes. En muchas ocasiones las partes pueden decidir abandonar los procesos formales y para procesos

más informales, gran parte de los juicios se arreglan de forma extrajudicial.

d. Es onerosa.

Comúnmente se llama a esta forma de conducción: Juicio.

Entre los dos extremos, en la actualidad, se encuentra un campo intermedio, que es el campo de la mediación. Se caracteriza por:

- Los procesos de conducción de conflictos son más formales que los informales, pero más informales que los formales.
- Todas las sociedades, las comunidades y las organizaciones afrontan conflictos en diferentes oportunidades. Las disputas son un hecho real. Existen cuando las personas compiten para alcanzar objetivos que parecen incompatibles.

La resolución productiva del conflicto depende en su mayor parte de las cualidades de los participantes para idear procedimientos eficaces a la resolución de problemas sobre la base cooperación mutua, excluyendo la desconfianza. Las personas que afrontan conflicto, a menudo, necesitan ayuda para resolver sus controversias. A escala mundial, la cooperación se está convirtiendo en la clave de la supervivencia humana. La cooperación no significa el fin de la competición, no eliminaremos nuestras diferencias, pero podemos enfrentarlas más constructivamente. Sin lugar a dudas, el recurrir a los tribunales es siempre más costoso, doloroso para la parte perdedora y demasiado largo. En las causas las personas que tienen posiciones encontradas, son representadas por sus abogados, no pudiendo tener participación directa en la exposición del problema ni muchos menos en la decisión del mismo. Además de este método de resolución adversarial de controversias, los conflictos pierden la privacidad que deberían tener.

Existe un proceso definido, aunque este no es establecido por leyes ni códigos sino que se determina entre las mismas personas que se enfrentan en el conflicto, mas una tercera persona que es llamada en ayuda. La mayoría de las veces es el mediador quien va a decidir cual será el proceso a seguir y las partes lo aceptan. Pero los diferentes centros de mediación y aun los diferentes mediadores de un mismo centro, establecen procesos distintos. En nuestro país recientemente se ha sancionado la ley que establece la mediación judicial para casos patrimoniales. Si bien se fijan distintas reglas formales, el proceso es conducido de diferentes formas de acuerdo al mediador que lo siga.

Es voluntaria la iniciación del proceso. Nadie puede obligar a otro a elegir esta vía de conducción:

las dos partes deben acordar este camino, aún en los países en los cuales se establece la mediación como proceso obligatorio previo al juicio, no es ineludible llegar hasta el final del proceso, es decir, que no es obligatorio llegar a un acuerdo, ni siquiera en los casos derivados por los tribunales. Las partes pues, pueden abandonarlo en cualquier momento para dirigirse a uno de los otros dos extremos, o sea, que pueden pasar a realizar la negociación entre ellos sin necesidad de terceros o pueden transformarlo en un juicio.

Es más barata que un juicio pero más cara que la negociación entre ellas porque hay que abonar a un tercero que cobra honorarios por el trabajo que realiza.

Este tercero no tiene poder para obligar a cumplir sus apreciaciones sobre la situación, o sea, que las partes no tienen por que acatar lo que el mediador piense. Esta es una de las diferencias fundamentales con el arbitraje, en el cual las partes eligen a un tercero para que actúe de arbitro con el compromiso de acatar sus decisiones.

En fin, el sistema de mediación se caracteriza por crear un contexto más flexible para la conducción de disputas.

Este sistema viene generalmente formalizado en varias etapas que varían según las escuelas de mediación, las cuales se adscriben a diferentes fundamentaciones teóricas y crean sus propios modelos.

Lo característico del sistema de mediación es la inclusión de una tercera parte, «el mediador», que actúa para ayudar a las otras dos partes «disputantes» a alcanzar un acuerdo, pero cuyas intervenciones no tienen la obligatoriedad de ser aceptadas por los disputantes.

La decisión de entrar en este tipo de procesos es voluntaria, así como también es voluntaria la decisión de continuar en él.

La mediación ha crecido rápidamente en los países en los cuales se ha establecido como forma de conducción de conflictos, y esto se debe a varias razones.

En la mediación se tienen en cuenta dos aspectos del conflicto.

- a. El tema en sí por el que se discute y
- b. la relación entre las partes

Si bien estos aspectos están íntimamente ligados, el hecho de tomar en cuenta el aspecto relacional del conflicto y las consecuencias que puede tener para el mantenimiento de la relación la forma como se solucione, han sido una eficaz ayuda para preservar las relaciones, al sacarlas del campo de la confrontación que puede llegar a ser destructiva. Esto no solo tiene aplicación en el caso de las relaciones familiares, sino que rinde también importantes frutos en el campo de las relaciones comerciales, porque permite que las partes, después de terminada la mediación, puedan continuar teniendo interacciones productivas entre ellas. En el campo de las empresas, o sea, en los conflictos que se generan en el campo laboral, el lograr una distensión en las relaciones conflictivas va en beneficio de las partes, que podrán continuar su relación en forma distendida sin necesidad de abandonar el campo de su trabajo, y también en beneficio de la empresa al no tener que perder a alguno de sus integrantes.

Estos beneficios que se han observado en el campo de las relaciones pueden deberse en gran medida al hecho de que en el sistema de mediación no hay ganadores ni perdedores, a diferencia de lo que ocurre en el sistema formal judicial, en el cual una de las partes pierde el juicio y carga con todas las costas de este (en la mayoría de los casos) en tanto que la otra parte gana.

3.2 Las Partes y el Rol del Mediador

A modo de ilustración acotamos que el Decreto 1480, del Gobierno Argentino, en su artículo 4 señala como principios básicos de la mediación, los siguientes:

1. "El procedimiento será voluntario para las partes;
2. El procedimiento será absolutamente informal;
3. Los plazos serán prorrogables, a juicio y voluntad de las partes;
4. Las partes deberán concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación;
5. Las actuaciones de mediación serán confidenciales, aún para los jueces de la causa;
6. La actividad de los mediadores se desarrollará respecto de conflictos judiciales o extrajudiciales;
7. El Rol del mediador se limitará a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito sino que coadyuva a que las partes lo hagan".

3.3 Ventajas del sistema de mediación

Las ventajas y/o beneficios más importantes del sistema de mediación son los siguientes:

Produce un sensible alivio a los tribunales, pues muchos casos se solucionan sin haber siquiera entrado dentro del sistema federal judicial. Si bien es cierto que gran cantidad de casos, aun antes de la mediación, se resolvían extrajudicialmente, el solo hecho de iniciar un expediente producía todo un papeleo y el sistema debía ponerse en funcionamiento. Esto también ocasiona gastos al estado, y lleva a los tribunales a un estado máximo de saturación, que perjudica a las otras causas que deben continuar con el proceso.

Ahorra tiempo para lograr la conducción del conflicto, ya que resulta una ironía que, cuando en el mundo todo se ha acelerado, en el caso de la justicia se ha producido un proceso inverso, ya que, prácticamente, en todo el mundo, cada vez es más lenta. La cantidad de causas que todos los años ingresan a los tribunales es cada vez mayor, y a menudo pasan varios años antes de que alguna se resuelva. Hay casos en que, por la necesidad de tomar una decisión urgente, no se puede esperar los tiempos de la justicia. En estos casos la mediación brinda una gran ayuda, al permitir que se comience a mediar en el momento en que las partes lo acuerden, que puede ser en pocos días o en pocas horas.

Ahorro de dinero: por resultar mucho más económico que los procesos formales, porque generalmente los honorarios se abonan por consulta y no en relación con los capitales en juego. Además, produce un ahorro del casi 100% en lo que a tasas judiciales se refiere. Este tema ha sido muy importante en el área de los negocios y del comercio, para adoptar la mediación.

En la mediación se trata de evitar que haya ganadores y perdedores, lo cual redundaría en beneficios en cuanto al mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes. Si alguna de las partes se siente perdedora y considera que no es equitativo, el acuerdo alcanzado puede retirarse y alcanzar un juicio.

Aumenta la creatividad en la medida que no hay ningún límite externo, salvo lo que se establezca en la mediación para crear el acuerdo. Al ser más flexible, utiliza capacidades alternativas que no están previstas dentro del sistema judicial formal. No debe basarse en leyes previas y en precedentes, al mismo tiempo tampoco puede sentar precedentes para otros casos. Sólo tendrá este valor para las partes involucradas y para el mediador, para sus futuras intervenciones, en la medida en que produce un aprendizaje.

La mayor ventaja individual que produce la mediación es un aumento sensible del protagonismo de las partes, lo que aumenta la responsabilidad de estas.

Se produce un deuteroprendizaje. Al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de «transferencia de aprendizaje» o «conocimiento tácito». A veces las partes no son coincidentes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto, Este deuteroprendizaje es el motivo por el cual se han hecho experiencias de mediación en colegios secundarios de EEUU y se han investigado los beneficios que han obtenido los estudiantes que han estado involucrados en estas experiencias.

Todas las personas, grupos y/o organizaciones que se encuentran «empantanados» en un proceso conflictivo pueden ser los beneficiarios de esta nueva institución.

Suele confundirse a la mediación con una de sus subclases: la mediación judicial. Esta última es la que se realiza a pedido o por derivación de los tribunales.

Pero dado que el sistema de mediación puede también funcionar separado de los tribunales, en el ámbito privado, los mediadores pueden ser llamados por la comunidad o directamente por las partes. Cualquier persona, grupo y/o organización puede beneficiarse con su aplicación.

3.4 El Mediador

Si bien se habla en singular del mediador, no existe un solo tipo de mediador. En el mito de la mediación, hay un mediador genérico, aunque con diferentes características y estilos. En realidad, la comunidad de mediadores está formada por diversidades, pues los mediadores no constituyen un grupo homogéneo.

No obstante se ha llegado a la conclusión que existen tres tipos básicos de mediadores: Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistemas para resolver conflictos. Estos mediadores hablan y escriben sobre la mediación, con llegada a grandes auditorios, por lo que son voceros del método. Promueven a la mediación como

alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibradora de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas. Sus puntos de vista y su ubicación en las primeras filas ante los terceros justifican el trabajo de los demás mediadores, por lo que contribuyen en forma significativa a la expansión del área. Su función principal es vender la mediación a los potenciales usuarios que originalmente puedan ser escépticos y hasta hostiles.

Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida de tiempo completo: Se trata de profesionales que se ganan la vida como mediadores, sea en una práctica pública o privada. Su preocupación se centra en cuestiones relativas al campo laboral, conseguir clientes o su imagen en el mercado. Los que ejercen en privado deben legitimarse y ser creíbles, «venderse» a sí mismos, al mismo tiempo que a sus servicios; al contrario, los que ejercen en contextos institucionales tienen más casos de los que pueden manejar y su preocupación muchas veces ronda por interrogarse sobre si a alguien le importa realmente lo que hacen. Todos enfrentan el desafío propio de la práctica, especialmente el de llevar a las partes recalcitrantes a un difícil acuerdo, y hay gran debate sobre como debe hacerse la tarea.

Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse no ser profesionales de la mediación: Existen quienes median de forma externa a su profesión. Son abogados, funcionarios políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación. Utilizan ciertas técnicas y dan cierto lustre a la profesión, al servir propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social.

Si estos facilitadores fracasan, puede producirse un impacto negativo sobre la profesión; si tienen éxitos rotundos, esto se refleja con energía favorable y da a todos un sentido de trascendencia

3.4.1 Características de un Mediador Eficiente

El mediador perfecto debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

Las principales cualidades que se predicen del mediador son:

- Neutralidad: La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.

- Capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio: El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador este en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- Flexibilidad: Debe estimularse la fluidez en las comunicaciones.
- Inteligencia: Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- Paciencia: Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
- Empatía: El mediador debe ser capaz de valorar percepciones, medios e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- Sensibilidad y respeto: El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.
- Oyente activo: Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.
- Imaginativo y hábil en recursos: Es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar ideas nuevas.
- Enérgico y persuasivo: A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr la flexibilidad entre las partes aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.
- Objetivo: El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
- Digno de confianza para guardar confidencias: Debe guardar confidencialidad y las

partes tienen que estar convencidas de que ello será así.

- Tener sentido del humor: Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.
- Perseverante: Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

3.4.2 Clasificación de Los Estilos del Mediador

Hay diferentes estilos de mediación. El mediador puede tender a definir los problemas en forma amplia o restringida, adoptando un rol evaluativo o facilitador del conflicto.

La intervención del mediador puede ser evaluativa - limitada, facilitativa - amplia o evaluativa - amplia.

Si el mediador adopta una aproximación amplia puede examinar intereses personales de las partes en conflicto y hasta puede llegar a usar la mediación para modificar a las partes de un conflicto.

Los mediadores pueden llegar a usar técnicas evaluativas y facilitativas; algunos especialistas aconsejan empezar con técnicas limitativas y luego ampliar.

Para elegir un mediador el solicitante de la mediación deberá expresar cuáles son sus objetivos. El mediador no debe tener carácter muy fuerte pues, esta modalidad puede desnaturalizar la mediación y hacerla fracasar.

3.4.3 Roles del mediador:

Durante el curso de la mediación, el mediador desempeña varios roles, en los que debe:

- Facilitar la discusión;
- Abrir los canales de comunicación;
- Traducir y transmitir información;
- Distinguir posiciones de intereses;
- Crear opciones;
- Ser agente de realidad.

3.5 El Acuerdo de Mediación

La Mediación es un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos. Su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial.

Es una instancia voluntaria a la que se puede acudir solo o con sus abogados. El objetivo es impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia.

Lo más importante en este tema de la mediación es el saldo que arroja una buena tarea: «la mediación no produce ganadores ni perdedores ya que todas las partes deben ser favorecidas con el acuerdo que se logre»

El acuerdo de mediación

Lo normal es que las partes una vez arriben a una avenencia levanten un documento, para hacer constar lo convenido, ya sea sobre varios puntos o sobre la totalidad del litigio, este instrumento es llamado acuerdo de mediación. Se estila en las legislaciones moderna levantarse un acuerdo, aún parcial, que será firmado por las partes, copia del cual se remitirá al tribunal, que con su simple lectura lo homologará.

Hay situaciones en las cuales no será necesario la homologación, tal es el caso de situaciones que queda definitivamente transadas por la extensión de un recibo de descargo, etc. Así como aquellas cuyo acuerdo se ha realizado bajo acto auténtico y contengan obligaciones de pagar. Cuando se trata de una mediación ordenada por el juez, las partes deberán remitir a él el acuerdo, y el juez procederá a su homologación, valiendo lo último como título ejecutivo, definitivo y provisto de la autoridad de la cosa definitivamente juzgada.

En la práctica se aconseja redactar el acuerdo tan pronto las partes llegan a la solución, y si es posible, para que no haya arrepentimiento posterior, permitir a las partes consultar con asesores y abogados sobre los beneficios de la solución amigable arribada.

3.5.1 Mediación Civil y Penal. Diferencias

El procedimiento de mediación civil está previsto en las mayorías de la legislaciones del mundo, en nuestro país aún cursa por ante las Cámaras un proyecto de Código Civil que consagra la mediación, al igual que como está prevista en los artículos 131.1 y siguientes del Nuevo Código Civil francés. El juez tendrá poder de ordenar antes de haber recibido el acuerdo de las partes que se proceda a agotar el procedimiento de mediación, ante una persona que designará a los fines de que escuche las partes y de confrontar sus puntos de vistas, de forma que le permita encontrar una solución al conflicto que enfrenta. Permitiendo que sea realizada parcial o sobre todo el litigio.

Igual situación jurídica encontramos con relación a la mediación penal, conforme al anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que cursa por ante las Cámaras Legislativas.

Como diferencias debemos recalcar que en la mediación civil las partes tienen plena libertad de negociar, pueden transar los puntos del litigio que arriben a acuerdo, a menos que esté prohibido por la ley. En cambio, en materia penal, el nuevo Código hace la diferencia entre delitos de interés privado y asuntos de orden público, los primeros las partes podrán transarlo libremente, aún aparejen una pena. Se trata de una revolución en el ámbito penal. Porque actualmente nada impide que las partes arriben, en materia civil, a un acuerdo, siempre y cuando el objeto del litigio sea un derecho que las partes puedan disponer libremente de él.

3.5.2 Mediación Comunitaria. Experiencias

Gran número de conflictos se producen entre vecinos y personas que conviven en un mismo sector o lugar, los conflictos comunitarios llenan los tribunales de asuntos, en su mayoría, de poca importancia. Para descongestionar los tribunales de esos casos que no son de mucha embargadura, muchos países han debido establecer, en las mismas comunidades, centro de mediación comunitaria, a los fines de resolver, de manera principal, las disputas familiares, entre vecinos, etc.

En nuestra nación se han implementado planes pilotos, como es el caso de Los Alcarizos, que a iniciativa de la Procuraduría Fiscal del Distrito Nacional, fue instalado un centro de mediación comunitaria, lugar donde son llevado los conflictos de los habitantes de esa comunidad. Las estadísticas demuestran que la gran parte de las controversias se resuelven con el proceso de mediación asistida.

Muchos se preguntan como es posible transar una violación penal cuando entraña penas que no son negociables, por su carácter de orden público. La Fiscalía ha anunciado que ha hecho uso del principio de la oportunidad, y cuando las partes resuelven amigablemente sus conflictos, como juez de la querrela y haciendo uso de esa facultad, no da curso ni pone en marcha el procedimiento penal.

Capítulo 4. La Conciliación

4.1 Desarrollo Histórico

“Conciliación”: Palabra derivada del latín conciliatione, acto o efecto de conciliar; ajuste, acuerdo u homologación entre personas. Así mismo, unión, composición o combinación.

La conciliación es tan antigua como el interés de los hombre por resolver pacíficamente sus conflictos, pues no hay duda de que viene empleándose desde tiempos inmemoriales.

Existen bases históricas doctrinarias que dieron origen a la conciliación. A continuación destacamos algunas de ellas:¹

- Cicerón, al hablar de las ventajas de la transacción, recomienda la avenencia de los litigantes hasta sacrificar algo del propio derecho lo cual considera liberal y a veces provechoso.
- Suetonio observa que el mejor monumento erigido por los romanos a la memoria de Cesar fue una columna al pie de la cual el pueblo acudió durante mucho tiempo a ofrecer sacrificio y a transar sus controversias.
- El Código Ginebrano de 1819, se separó de este precedente y admitió el acto de conciliación como voluntario. Su autor, M. Bellot, en la exposición de motivos, combate el acto conciliatorio impuesto como medida obligatoria y necesaria a todo litigante. Se funda en que impuesto como obligatorio, no sería ese acto más que un trámite preliminar y necesario, una especie de pasaporte - dice - para poder ingresar en el templo de la justicia, pasaporte que se toma como formalidad del procedimiento sin que ninguno de los litigantes tenga el menor ánimo de transigir sus

¹ Extractos de la sustentación de la sentencia de casación del 15 de diciembre de 1948, del extinto Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia, citados por José Romero Junca Vargas en su obra «La Conciliación, Aspectos Sustanciales y Procesales».

diferencias.

- En España tuvo su origen como medida general en la Constitución Nacional de 1812. En algunas leyes especiales, principalmente de orden mercantil, como las Ordenanzas de Bilbao, se previene que no se tramite juicio alguno antes de que los cónsules llamen a los interesados y propongan una transacción entre los mismos, y hagan lo posible para que esta transacción sea aceptada. Esta disposición fue reproducida en las matrículas de marina respecto de los matriculados o desafortunados o afortunados, imponiendo también a las autoridades de marina la obligación de citar a los matriculados o afortunados para avenirlos.

- En Colombia, la ley del 3 de junio de 1821, prevenía a los alcaldes que debían presidir los juicios de conciliación, como trámite obligatorio e indispensable para poder iniciar un juicio. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, fue regulada esta medida como obligatoria a las partes antes del comienzo de un pleito. Agregó, además, que el Juez Municipal y los hombres buenos que pueden intervenir en la conciliación tiene como deber aproximar a las partes contendientes.

- Escritores del siglo pasado le negaron al Estado la facultad u obligación de procurar la conciliación de los intereses privados, diciendo que nadie puede ser más amante de la paz, del orden y de los intereses de su patrimonio que su dueño mismo.

- Otros, por el contrario, viendo en la conciliación un medio que el Estado tiene en su poder para procurar, el reinado y pacífico cumplimiento del derecho, encuentran provechoso que los poderes públicos fomenten, en cuanto sea posible, la conciliación, tomando en cuenta los siguientes elementos: que sea voluntaria y no obligatoria y que el juez conciliador sea distinto del que ha de fallar el litigio en caso de promoverse.

- Eduardo R. Staffrini admite la existencia de la conciliación entre los hebreos, en las leyes de la Grecia Antigua y en la ley de las Doce Tablas. Sin embargo, Couture afirma que la justicia de conciliación o de avenimiento pertenece más bien a la tradición germana y a la justicia medieval, en la cual el juez actuaba con el propósito de dirimir la controversia mediante la conciliación que a él le parecía equitativa.

- Por su parte, la Iglesia siempre ha considerado los pleitos como fruto de las pasiones humanas, peligrosas para las fortunas y las familias y contrarios al espíritu de paz y caridad.

- En la ley 15, título 1º libro II, Colombia, del Fuero Juzgo se habla de los mandaderos de paz y avenidores, pero estos funcionarios no eran una institución permanente, sino que eran nombrados en cada caso por el Rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba determinadamente. Por tanto la conciliación no fue en ese estatuto un trámite previo y necesario para litigantes, sino que sólo existía en ciertas causas en que por la importancia de las mismas o de las personas que litigaban podía originarse perturbaciones. Para evitarlas el Rey enviaba los mandaderos de paz para procurar una avenencia entre partes. No fomentaba, pues, el Fuero Juzgo la avenencia entre los litigantes, como medida general, por que la ley 5a, Título 2o., Libro II, la prohíbe.
- Las Partidas, no regulan la conciliación, aunque si existe la institución de los avenidores o amigables componedores, que presenta su analogía con aquella, pero que difiere en que la amigable composición es un verdadero juicio en el que los litigantes eligen sus jueces que han de decidir por medio de una sentencia o laudo.

En su forma actual la conciliación tuvo su origen en el siglo XVIII y se generalizó con la Revolución Francesa, que la prohió con entusiasmo.

La Revolución, en efecto, dispuso por medio de ley del 24 de agosto de 1790 que no se admitiría demanda civil alguna sin previo intento de conciliación y que a éste no podrían concurrir curiales o apoderados. Posiblemente no fueron benéficos sus resultados, porque al tratar de publicarse en 1806 el Código de Procedimiento Civil, la mayor parte de las Audiencias, el Tribunal y el Consejo de Estado, aconsejaron que fuese suprimida. No obstante fue conservada la conciliación como obligatoria. Y por Decreto del 30 de octubre de 1935 se ha tratado de darle mayor eficiencia a esa etapa preliminar».

Actualmente, legislaciones como la francesa, la española, la italiana, la alemana y la argentina instituyen como obligatoria a la conciliación.

La conciliación en muchas partes del mundo, tiene una larga historia en la esfera diplomática. En el mundo comercial, su interés ha aumentado considerablemente en los últimos años. Este mayor interés se atribuye en parte a la insatisfacción con las costas, los retrasos y la duración excesiva de los litigios en ciertas jurisdicciones. No obstante, el aumento de interés resulta también de las ventajas de la conciliación, particularmente de su atractivo como procedimiento que ofrece a las partes el pleno control del procedimiento a que se somete su controversia y del resultado de ese procedimiento.

Allí donde se ha utilizado la conciliación, el grado de éxito ha sido muy alto pues se ha logrado un resultado aceptable para ambas partes en una controversia. No obstante, debido a que se trata de un procedimiento relativamente poco estructurado, algunos dudan en utilizarlo por temor a no saber a qué atenerse. El presente programa tiene por objeto disipar esos temores explicando simplemente las principales características y ventajas de la conciliación y la forma en que funciona en la práctica.

En el lenguaje natural explicitar las condiciones de aplicabilidad de un término, es proporcionar su definición. Esta definición que recoge el uso común de la palabra, la encontramos en los diccionarios y recibe el nombre lexicografía.

Según el Diccionario de la Real Academia conciliación (del latín conciliatio) es el nombre que recibe la acción y efecto conciliar; y conciliar (del latín conciliare) es componer y ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí. En el idioma inglés conciliation (“conciliación”) se denomina al proceso de tratar que la gente llegue a un acuerdo; conciliate (“conciliar”) es la acción encaminada a que la gente cese en el desacuerdo, especialmente dándole algo que ellos necesitan.

En las definiciones transcritas aparecen como características definatorias del uso común de la palabra conciliación en primer lugar, un escenario: la disputa, el conflicto, la controversia, la pelea; luego, los sujetos, las partes y un tercero; y finalmente, una función del último: armonizar posiciones opuestas en forma pacífica, avenir las voluntades o poner a los contendientes en paz para que cese el desacuerdo. Un estudio diacrónico (histórico) de las palabras muestra que los usos van cambiando, los significados que se les atribuyen a los términos no son inmutables ya que varía a través del tiempo. Las características del trámite al que se llama técnicamente conciliación son similares en las mayorías de los países. En el derecho anglosajón se llama así (conciliation) al acuerdo o convenio al que se arriba en una disputa de manera amistosa, no antagónica. Se usa la conciliación en los tribunales antes del juicio con miras a evitarlo. El Tribunal de Conciliación tiene por función proponer fórmulas de arreglo para evitar el litigio. En el derecho de raigambre continental la conciliación suele aparecer regulada con carácter previo al proceso judicial, el tercero en este caso suele ser un funcionario, un órgano judicial o administrativo; iniciado el juicio, la audiencia se celebra con intervención del juez.

La conciliación tiene en Latinoamérica consagración normativa en las mayorías de los países y

su núcleo de significación es similar, esta circunstancia se revela al efectuar un seguimiento en el derecho comparado. En algunos países es de orden constitucional y aparece en ordenamientos de fondo y de forma, constituyéndose así el ámbito de aplicación de la conciliación pre e intraprocesal.

Para Osvaldo Alfredo Gozaíni “La conciliación se puede hablar en dos sentidos: O proveniente del acuerdo de voluntades que se encuentra puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan sin que para ello intervengan terceros; o, también, de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar la las tensiones y desencuentros de las partes. En el primer caso la conciliación es el resultado de actitudes libres y privadas. En el segundo supuesto, el tercero (conciliador) puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente.”

4.2 Derecho Comparado Latinoamericano:

4.2.1 Definición. Legislación. Aspecto Constitucional. Materias Conciliables.

- BOLIVIA: Es el mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite a personas naturales o jurídicas dar solución de mutuo acuerdo a cualquier controversia susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial. Ley de Arbitraje y Conciliación - Ley 1770, Art. 85.
- CHILE: Judicialmente, es la institución jurídica que faculta al juez de todo juicio civil, en que legalmente sea admisible la transacción, de llamar a las partes a dirimir su controversia proponiéndoles bases de arreglo. Código de Procedimiento Civil, Art. 262.
- COLOMBIA: Extrajudicialmente, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. Constitución Política, Art. 116 Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Art. 1º Ley 446, Art. 64
- ECUADOR: No contempla su utilización en el ámbito judicial ni extrajudicial.
- PERU: La conciliación extraprocesal es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un Centro de Conciliación

o al Juzgado de Paz Letrado, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. La conciliación, a nivel procesal es el acuerdo entre las partes para poner término al proceso en cualquier estado del mismo, siempre y cuando no se haya dictado sentencia en segunda instancia. Ley de Conciliación - Ley N° 26872, Art. 5 Código Procesal Civil, Art. 323 al 329

- VENEZUELA: En Venezuela la institución de la conciliación como mecanismos para la solución de controversias está limitada al ámbito de los procesos judiciales. Es definida como una institución jurídica que permite en cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, al juez poder excitar a las partes a la conciliación. Se puede conciliar tanto en lo principal como sobre en una incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, debiéndose exponer las razones de conveniencia. Código de Procedimiento Civil, Art. 257

4.2.2 Regulación Constitucional

- BOLIVIA: No existe reconocimiento expreso a nivel constitucional. Es la Ley de Arbitraje y Conciliación la que establece el ámbito normativo de su aplicación, reconociéndole la calidad de medio alternativo de solución de controversias que, facultativamente, pueden adoptar los sujetos jurídicos antes de someter sus litigios a los tribunales ordinarios durante su tramitación judicial.

- CHILE: No existe reconocimiento expreso en el ámbito constitucional. Sin embargo, se infiere del texto del Art. 73 de la Constitución que existe la permisibilidad para instituir la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Tal artículo señala que: «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley».

- COLOMBIA: La Constitución faculta a los particulares para ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores habilitados por las partes y proferir fallos en los términos que determine la ley. Constitución Política de 1991, Art. 116

- ECUADOR: No existe reconocimiento a escala constitucional. Sin embargo, el Art. 118 de la Constitución deja abierta la posibilidad de su implementación al señalar que «Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias».

- PERU: No existe reconocimiento a nivel constitucional. Sin embargo, la Ley 26872, Ley de Conciliación, la instituye como requisito de procedibilidad en determinados procesos. Esta obligatoriedad está suspendida hasta enero del 2001, fecha en que entrará en vigencia la Ley, en tanto es facultativa.
- VENEZUELA: La Constitución Política de 1999, en su Art. 253 establece que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Reconoce que el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio. Entre tanto se desarrolle legislativamente este dispositivo constitucional, el ámbito de aplicación de la conciliación seguirá restringido a los procesos civiles regulados por el Código de Procedimiento Civil de 1987.

4.2.3 Marco Jurídico

- BOLIVIA: Constitución Política de 1967, con las modificaciones efectuadas al 6 de febrero de 1995, Art. 116. Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley 1770 (1997). Ley de Organización Judicial. Principios y Disposiciones Fundamentales (6 y 12). Ley de Organización Judicial, Ley 1455 (1993). Ley General del Trabajo de 1939, modificada en 1942. Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo, Decreto 244 (1943). Código de Procedimiento Civil, Libros Primero y Tercero (1976). Código de Comercio, Libros Primero y Cuarto. Código Penal, Título III (1973). Ley de Entidades Aseguradoras, Ley 15516, Título VI (1978) Ley de Inversiones, Ley N° 1182, Capítulo II (1990) ? Procedimiento del Código de Ética de la Abogacía, D.S.11788, Capítulo I (1974). Ley de Derecho de Autor, Ley N° 1322, Título XIV (1992).
- CHILE: Constitución Política de 1980, Art. 73 , Código Civil, Título XL del Libro IV, Arts. 2446 al 2464 (1994) , Ley 19, 334. Código de Trabajo, Ley 19,250, Art. 435 En materia de menores, Ley 14,907 y Ley 14,908. En los juicios sumarios, Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, Arts. 680 al 692. En los Juzgados de Policía Local, Ley 15,231. Código de Procedimiento Penal, Arts. 10 al 14, 30, 572,574,577 (1942).

- COLOMBIA: Constitución Política de 1991, Art.116 , Ley 23 de 1991, permite la creación de mecanismos para descongestionar los despachos judiciales. Resolución 1116 de 1991, establece el trámite y fija los requisitos para la organización y funcionamiento de los centros de conciliación, arbitraje y amigable composición de las asociaciones, fundaciones. gremiaciones, corporaciones y cámaras de comercio. Decreto 800 de 1991, reglamenta la Ley 23 de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales. Decreto 2157 de 1992, estructura el Ministerio de Justicia. Ley 80 de 1993, regula la solución de las controversias contractuales. Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Decreto 1818 (1998). Decreto 2511, de 1998, reglamenta la conciliación extrajudicial contencioso administrativa en materia laboral

- ECUADOR: Constitución Política de 1998, Art. 191.

- PERU: Constitución Política de 1993, Art. 139 , Ley Orgánica del Poder Judicial. Arts. 1, 2 y 64 (1993). Código Procesal Civil, Arts. 323 al 329 (1993). Ley 26872, Ley de Conciliación (1997). Reglamento de la Ley de Conciliación D.S. 001-98-JUS.

- VENEZUELA: Constitución Política de 1999, Art. 253 Código de Procedimiento Civil, Arts. 82 y 257 (1987). Ley Orgánica de Justicia de Paz, Arts. 3 y 45 (1994).

4.2.4 Calidad y Efectos de los Acuerdos

- BOLIVIA: El procedimiento de conciliación concluye con la suscripción de un documento llamado Acta de Conciliación. Este incorpora el acuerdo celebrado por las partes y especifica en forma expresa los derechos y obligaciones a cargo de cada una de ellas o la suscripción de acta que establezca la imposibilidad de alcanzar la conciliación. El Acta de Conciliación surte los efectos jurídicos de la transacción y tiene entre las partes y sus sucesores a título universal la calidad de cosa juzgada para fines de su ejecución forzosa. Ley de Arbitraje y Conciliación, Art. 92.

- CHILE: Los efectos que produce los acuerdos materia de conciliación entre las partes en conflicto son: ? Dar por superado el conflicto y asegurar a las partes una convivencia armónica y en paz, cumpliendo lo pactado. ? Produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. ? Tiene mérito ejecutivo, es decir, la parte, a quien no se ha cumplido lo pactado, puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación y acorde a la justicia ordinaria para exigir su cumplimiento.

Código Civil Arts. 2460, 2461 Código de Procedimiento Civil, Art. 267.

- COLOMBIA: El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo. Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Art. 3 (1998) Ley 446, Art. 66 (1998).
- ECUADOR: No contempla su utilización a escala judicial ni extrajudicial.
- PERU: Extraprocesalmente, el acta de conciliación tramitada siguiendo el procedimiento de la Ley, tiene el mérito de título de ejecución similar al de una sentencia judicial o a un laudo arbitral. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha acta son exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. Judicialmente la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia, tiene la autoridad de cosa juzgada. Ley 26872 - Ley de Conciliación, Art. 18 Código Procesal Civil, Art. 328.
- VENEZUELA: La conciliación culmina con la firma de un acuerdo, el cual tiene el valor de sentencia y debe ser firmado por los interesados y por el Juez de Paz. Este acuerdo establecerá los derechos y obligaciones de cada interesado y los medios y plazos para ser cumplidos, no pudiendo ser revisable. Ley Orgánica de la Justicia de Paz, Art. 45.

4.2.5 Materias Conciliables

- BOLIVIA: Por regla general la conciliación puede ser adoptada por personas naturales o jurídicas, para solucionar cualquier controversia susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial. Procesalmente, se aplica a: Procesos civiles, siempre que no sea parte el Estado. Las municipalidades, establecimientos de beneficencia, entidades de orden público, e incapaces de contratar. Procesos administrativos seguidos ante las entidades aseguradoras. Procesos ante los Juzgados de contravenciones en materias de Policía y de Tránsito. Procesos laborales Código de Procedimiento Civil en los 180 al 183 Ley de Entidades Aseguradoras Arts. 180 al 183 Ley de Organización Judicial, Arts. 188 al 196 Ley General del Trabajo, Arts 105 y 113 Decreto Reglamentario del 23 de agosto de 1943, Arts. 149 y 158. Ley de Arbitraje y Conciliación Art. 85.
- CHILE: Es admitida en los procesos judiciales sobre: Contratos y obligaciones en general. Materia laboral en la etapa administrativa de las inspecciones del trabajo. Derecho de menores.

Juicios sumarios. De Policía local. Materia penal, surge a razón de la acción civil derivada de un delito, el que es susceptible de transacción o conciliación y en los casos específicos de injuria y calumnia. Mínima cuantía, en los casos de resolución de controversias civiles cuya cuantía no exceda a un monto fijado anualmente por la Corte Suprema. Arrendamiento de predios urbanos. Código Civil, Título XL del Libro IV, Arts. 2446 al 2464 Ley 14,907 Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, Ley 14,908 Ley 15,231. Ley 18287, de 1984, Art. II Ley 18101 Código de Procedimiento Penal, Art. 574.

· COLOMBIA: Por regla general son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción y desistimiento. En el ámbito procesal, su utilización es procedente en: En materia civil, cuando se trate de procesos ordinarios, abreviados y de ejecución Materia penal, en los casos que admitan desestimiento Materia de familia, deberá intentarse antes de la iniciación del proceso judicial, ante el Juez de Familia, el Defensor de Familia, el Comisario de Familia, o en su defecto ante el Juez Promiscuo Municipal Ante el Defensor de Familia competente, en los siguientes asuntos: a) La suspensión de la vida en común de los cónyuges b) La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores c) La fijación de la cuota alimentaria d) La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico e) La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges; y f) Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorios. Materia laboral, se intenta ante las autoridades administrativas del trabajo en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda. Contencioso administrativa, se intenta por personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, en las etapas prejudicial o judicial. Asuntos agrarios, donde se establece la obligatoriedad de procurarse la conciliación, que será en todos los procesos declarativos de índole agrario. En asuntos de tránsito, en el momento de ocurrencia de los hechos, o durante la actuación contravencional. En reclamos por incumplimiento de servicios turísticos. En casos para la indemnización de perjuicios causados a víctimas de la violencia a los derechos humanos. Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Art. I al II4 Ley 446 de 1998, Art. 103 Código del Menor, numeral 4º del 277 Ley 23 de 1991, Art. 47 Ley 446 de 1998, Art. 88 Código de Procedimiento Laboral, Art. 19 Ley 23 de 1991, Art. 19 que modifica el 251 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Código Contencioso Administrativo, Arts. 85, 86 y 87 Decreto 2303 de 1989, Art. 35 y S.S. Ley 300 de 1996, Art. 67. Ley 288 de 1996, Art. I.

· ECUADOR: No contempla su utilización judicial ni extrajudicial.

· PERU: Son materia de Conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En asuntos relacionados al derecho de familia se someten al procedimiento establecido en la presente ley las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar. No se someten a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieren a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. En materia laboral los derechos del trabajador, cuando no se trate de derechos intangibles. Esto se aplica tanto en el derecho individual como en el derecho colectivo. Ley de Conciliación - LEY 26872, Art. 9 Decreto Ley 25593 Ley Procesal Laboral 26636.

· VENEZUELA: El Código de Procedimiento Civil de 1987 limita su aplicación a los procesos civiles.

4.3 Naturaleza Jurídica y Efectos de la Conciliación

El asunto que se plantea para establecer la naturaleza jurídica de la conciliación es el de establecer si la conciliación es un acto del proceso (o procesal), o si se trata de un avenimiento entre partes donde puede haber renunciaciones bilaterales y, en su caso, transacción propiamente dicha.

La naturaleza del acto conciliatorio debe diferenciarse del acto resultante que puede tener respuestas diferentes según lo hayan dispuesto las partes (transacción, desistimiento sin costas, reconocimiento mutuos y parciales, conciliación estricta, etc.).

Igual diferencia debe trazarse allí donde la conciliación se halle establecida como etapa del proceso anterior a él; de aquellos sistemas que la reglamentan como una mera facultad del órgano judicial. De estas distancias cifradas de la misma organización surge que cuando la conciliación se impone como etapa previa a la introducción en el proceso, su naturaleza preventiva tiende a señalarla como proceso autónomo cuando logra alcanzar el objetivo de avenimiento.

De este modo sería posible confirmar que existe un proceso de conciliación independiente porque tiene partes, tiene un órgano que intermedia y pacifica (como eran las funciones del juez de paz, o del Inspector de Trabajo, actualmente la audiencia previa de conciliación en materia laboral, en materia de manutención de menores, etc.) y consigue un resultado útil y efecto al interés de los comparecientes.

Según Guasp, se designa con el nombre de proceso de conciliación «a los procesos de cognición especiales por razones jurídico-procesales, por los que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes. A su entender, sería un proceso particular porque existe un reclamo jurisdiccional que provoca una auténtica intervención judicial. El hecho de no resolver el fondo del problema, no le priva de singularidad procesal porque justamente el destino de la conciliación es la concertación pacífica».

En síntesis, la autonomía procesal de la conciliación sería obtenida desde la especialidad de su objeto. Es decir que no interesa el objeto material que discute la litis sino el acuerdo logrado desde el acto de avenencia. Sería un caso típico de especialidad por razón, no de derecho material, “sino de derecho procesal” (Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, página 1234).

Otros autores, por el contrario, sostienen la tesis de que la conciliación responde a una manifestación de la jurisdicción voluntaria. No sería propiamente un proceso, porque la ausencia de una demanda unida a la inexistencia de postulación y substanciación que provoquen la sentencia o una resolución judicial, derivaría en asumirla como un acto de procedimiento por el cual se intenta que las partes entre las que existe discrepancia, lleguen a una avenencia o convenio que precisamente evite el litigio.

Los efectos de esta concertación serían similares a los que se obtienen transaccionalmente, circunstancia que hace pensar a cierta doctrina que el acto sería puramente convencional; pero sin menospreciar la actividad jurisdiccional por cuanto el juez tiene activa participación y el arreglo se concreta en sede del proceso. Estas características permiten sostener a Satta que la conciliación es “fruto de la actividad jurisdiccional contenciosa” (Salvador Satta, *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, ed. Ejea, Bs. As., 1971, página 292).

Esas posiciones reflejan, de alguna manera, el destino institucional que se asigna al derecho procesal, y específicamente, a esa manifestación actual de la función jurisdiccional. En suma, o la justicia se consigue resolviendo el conflicto exclusivamente, o bien se permite obtener también un objetivo, cuando la institución es útil y eficaz, logrando soluciones pacíficas en los conflictos intersubjetivos. Evidentemente, la conciliación preprocesal (pero jurisdiccional) tiene sustento procesal porque se instala como un presupuesto de admisibilidad de la demanda cuando aquel se dispone como obligatorio. Si fuere, por el contrario, facultativa, tampoco

perdería su condición como acto del proceso, porque si las partes están en condiciones de transigir los intereses y resuelven hacerlo ante un juez, y no como un negocio de carácter privado, justamente esa intervención da sentido, utilidad y eficacia, al mismo acto de avenimiento. Y si la composición se alcanza en una audiencia (conciliación intraprocesal), sin hesitación alguna se obtiene idéntica conclusión. Es el caso de países cuya legislación le da facultad a los tribunales para que puedan disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito, sin que la mera proposición de fórmulas conciliatorias importe prejuzgamiento (Artículo 36, inciso 4, del Código Procesal Civil y comercial de la Nación Argentina).

También podemos clasificarla:

1. Por su relación en el proceso legal:

- Conciliación procesal: cuando se lleva a cabo en el marco de un procedimiento legalmente regulado, como es el caso de la conciliación realizada dentro de un proceso judicial o arbitral.
- Conciliación extra procesal: se desarrolla en los demás casos, como cuando, se adelanta ante un centro de conciliación o ante un conciliador de equidad.

2. Por la calidad del conciliador:

La conciliación puede adelantarse ante:

- Funcionario Público en el ejercicio de sus funciones. Tal es el caso de los jueces civiles.
- Conciliadores particulares de centros de conciliación, sean éstos abogados u otras personas inscritas ante centros de conciliación, agremiaciones o asociaciones, estudiantes de las facultades de derecho adscritos a los Consultorios Jurídicos, Etc.
- Conciliadores en equidad
- Mediadores particulares e independientes, habilitados por las partes

3. Por el número de partes y conciliadores:

- Bilateral
- Multilateral
- Unitaria

4. Por la iniciativa para su celebración:

- Conciliación facultativa: se adelanta por iniciativa de las partes
- Conciliación obligatoria: el trámite se desarrolla en atención a un mandato legal.

5. Por el resultado del trámite:

- Conciliación total: el acuerdo conciliado comprende la totalidad de las materias en disputa.
- Conciliación parcial: comprende únicamente algunos aspectos discutibles
- Conciliación fracasada: cuando no se logra acuerdo sobre ningunos de los puntos discutidos.

Efectos del acto conciliatorio

Según los resultados que se obtengan, es posible dividir las cuestiones en dos posibilidades diversas. En primer término corresponde atender qué efectos cursa la conciliación cuando se frustra el objetivo tentado; y en segundo lugar, cuáles son las consecuencias que surgen si hubo avenimiento. Respecto a la primera posibilidad, nadie puede dudar de la conveniencia de intentar la conciliación, porque si es preprocesal, servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera, qué probables alternativas de composición tenga en prospectiva. Si fuese jurisdiccional, la ventaja inmediata está en el conocimiento que toma el juez del problema que deberá afrontar y de quienes son las partes encontradas. El expediente perderá la frialdad de su contenido para convertirse en un juego de emociones y sensaciones conocidas, tendrá una cara a recordar y una inteligencia a deducir. El comportamiento de las partes no siempre se convierte con precisión de las lecturas de alegaciones, siendo menester convenir que la intermediación consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que le dieron vida.

Por otra parte, si la conciliación no fue alcanzada, la misma audiencia debe servir para depurar la materia en controversia, fijar los hechos en discusión, incorporar otros que no fueron motivos atendibles al tiempo de promover la demanda, propiciar los medios de demostración más precisos y convincentes, etc. Por su parte, si fuese lograda la avenencia entre las partes deberá el juez encuadrar la figura concertada con las previstas al efecto por el código civil (aquiescencia, transacción, novación, etc.), y las que obren con relación al derecho procesal.

No debemos limitar nuestro estudio al terreno de la autocomposición, porque si atendemos únicamente lo realizado o hecho por las partes, estaremos limitándonos a presenciar un negocio jurídico de carácter privado que el juez homologa dando satisfacción a una pretensión compartida por los litigantes. En cambio, si priorizamos el suceso mismo de la audiencia, la participación

del órgano jurisdiccional y las partes, y en conjunto, la unidad que inspira la mecánica de la conciliación, tendremos que concluir que la avenencia es el producto de un acto procesal. La diferencia trasporta a la teoría general del derecho procesal un problema que incide en la resolución que merecen los actos que desenvuelven voluntades de quienes los realizan y que tienen a producir efectos jurídicos a partir de la convalidación judicial. La cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplidos por algunas de las partes. Esta cualidad de la sentencia debe considerársela producida tan pronto como el acto de conciliación se verifica. Al respecto, dice Guasp, en la obra *ut supra* indicada que “no se admite en la ley, ni sería compatible con el régimen jurídico general del acto, la posibilidad de un recurso en relación las actividades que en el acto realizan tanto el juez como las partes. La celebración del acto de conciliación, con o sin avenencia, extingue el procedimiento y no da margen a la posibilidad de un nuevo proceso para que se revise lo que en la conciliación se haya hecho o se hubiera debido hacer. Por lo tanto, hay que entender que la firmeza del resultado del acto de conciliación, sin perjuicio del remedio que a continuación se señala, se obtiene inmediatamente, y qué recursos, en cuanto tales, no existen contra lo que en el acto de conciliación se pueda realizar” (obra citada, página 1248).

Por lo que podemos afirmar que el procedimiento de conciliación culmina de alguna de las siguientes formas:

- a. Con la firma de un acta que contiene el acuerdo logrado, especificando con claridad las obligaciones a cargo de cada uno;
- b. Con la suscripción de un acta en la cual las partes que hayan asistido y el conciliador dejan constancia de imposibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio.

4.4 Modalidades de la Conciliación. Conciliación Judicial y Extrajudicial

Está admitido que la conciliación puede tener lugar tanto en el ámbito puramente procesal o de forma privada. De ahí que algunos autores hablan de conciliación preprocesal y la conciliación procesal.

Veamos:

a. La conciliación preprocesal

Suele denominársele también como conciliación extrajudicial, porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa. Se trató aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas en virtud de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados. La conciliación extrajudicial analizada en el concierto jurídico que ofrece el derecho comparado muestra posibilidad de distintas gestación. A veces se impone como condición prejudicial y es obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos; en otras, pervive en la disposición de los interesados, es facultativa, pero efectiva y útil para resolver sin la crisis y fatiga jurisdiccional, problemas de singular relieve y presencia. En el anteproyecto de nuevo Código civil se postula instalar el acto conciliatorio antes de promover la demanda, a cuyo fin se crean funcionarios conciliadores que, dentro de la estructura judicial competente, intentarán solucionar pacíficamente el conflicto. La idea es responder al llamado de eficacia y seguridad que ofrece la jurisdicción, debiendo ponderarse un uso prudente pero necesario, porque seguramente redundará en una saludable docencia y clarificación, suministrando criterios válidos de solución al margen de la falta de certeza que la vastedad de los conflictos suscita en los operadores jurídicos. Este acto preventivo es un medio autocompositivo que se ofrece a las partes. Si logra el objeto de acercamiento y avenencia, la solución se trasunta en el desistimiento, el allanamiento o la transacción. Francia sufrió un repliegue en el manejo del proceso, “por cuanto la “grande conciliation” ejercida por los jueces de paz fue tornándose a etapa del proceso, en razón de los sucesivos cambios que abolieron a la misma conciliación y luego a la justicia de paz” (Ada Pellegrini Grinover, Conciliación y juzgados de pequeñas causas, en “Jus”, No. 40, pág. 40. Denti y Vigoritti, Le Role de la conciliation comme moyen d’éviter le proces et de résoudre le conflit, Rapport général al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Wurzburg, 1983, p- 354.

b. La conciliación procesal

La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses. La pacificación provocada por el activismo judicial sobre la base de la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva. Posicionar la conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir

el estado litigioso. Por otra parte, la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuicio, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta. Asimismo, instalada en el proceso, el juez puede ordenar o no la comparecencia al avenimiento, porque las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, tanto como si fuese prohibida la disposición por no ser materia transigible, sería inútil e inoficioso propiciar la vía. Creemos que éste es el justo camino para la conciliación, un acto poder para el juzgador, y un derecho absolutamente dispositivo para las partes.

4.4.1 Características

1. Es un proceso voluntario, donde la negociación asistida es el elemento preponderante, y en donde el conciliador no emite ninguna decisión.
2. Tiene un procedimiento rápido, poco formal y que supone el contacto y la participación de las partes.
3. Es de estricta confidencialidad. En consecuencia todo aquello actuado dentro del proceso de conciliación, no puede ser utilizado como prueba para un proceso judicial subsiguiente. La conciliación niega el principio de publicidad en sus actuaciones.
4. La conciliación es un proceso de negociación entre dos partes en el que el tercero es imparcial. Evidentemente esta característica otorga al conciliador un mayor margen de accionar, pudiendo éste reunirse indistintamente por separado con los actores del conflicto.
5. Los acuerdos adoptados en el proceso de conciliación carecen de mérito ejecutivo. A esta característica escapan como excepción los casos que puedan constituir transacción. Estos acuerdos solamente tendrán mérito ejecutivo cuando la ley expresamente así lo reconozca.

4.4.2 Los Derechos de las Partes y la Fórmula Conciliadora

Las partes en proceso de mediación tienen derechos que no pueden hacer valer en un proceso de juicio común, ellas pueden abandonar el proceso cuando lo desean. Y el hecho de no existir pautas rígidas a seguir, ni plazos fatales, las pocas reglas que enmarcan el proceso le permiten entablar un diálogo positivo y civilizado, y ayudados por las técnicas que aplique y domine el conciliador.

Las partes tienen, pues, el derecho de la autodeterminación, ya que el proceso depende de la voluntad de ambas y podrán, además, sentirse libre, porque el conciliador debe de guardar reserva sobre la información que se obtengan en las sesiones. Por lo que se puede decir que las partes tienen el derecho de expresar sus soluciones.

4.5 El Juez Conciliador

La ley ha instituido en casos específicos la conciliación obligatoria antes de las partes discutir judicialmente el litigio. Las mismas deben de presentarse ante el tribunal, y las partes involucradas en un conflicto serán asistidas por un juez designado por la legislación, a los fines de facilitarle la comunicación y la discusión de un posible acuerdo, con capacidad para proponer fórmulas conciliatorias, que a la larga se utilizarán para tratar de lograr una solución concertada.

En nuestro anteproyecto de Código Civil, se hace una adaptación del Nuevo Código Civil francés, texto este último que en su artículo 21 dispone que «Entre las misiones del juez está la de conciliar las partes». El juez en ese sistema de derecho posee el poder de intentar la conciliación en el «lugar y en el momento que estime favorable», a todo lo largo de la instancia, por lo que válidamente podrá invitar a las partes a conciliarse por aplicación del referido artículo (Rouen, 15 de septiembre de 1992. Gaz. Pal. 25 junio de 1994, Somn).

Con este nuevo sistema el juez podrá levantar un «proceso-verbal suscrito por el juez y las partes» (Art. 130); y los extractos de los procesos verbales de comprobación de la conciliación pueden ser expedidos válidamente, y ellos valen como título ejecutorio (art. 131).

Proceso este que constata el acuerdo entre las partes no podrá ser objeto de ningún recurso. De ahí que «la sentencia que ha dado acta no es una decisión judicial contenciosa, porque se limita a constatar simplemente el acuerdo intervenido entre las partes, al cual se le confiere la forma auténtica» (París 6 de junio de 1980).

4.6 Reglas, Técnicas y Habilidades de la Conciliación

Las partes pueden ir a conciliación ya sea de manera voluntaria u obligatoria, en esta última situación la ley traza la regla que deben observar para agotar esta fase previa al juicio. Cuando es voluntaria es más flexible, las partes pueden fijar el procedimiento, el lugar y cuando realizarán los encuentros, tienen el dominio de las reglas a seguir.

Pero en la conciliación, al igual que en la mediación, debe mediar la confidencialidad, los argumentos y medios de prueba utilizados en ella no deben ser usados para el juicio posterior en caso de haber arreglo, de lo contrario se perdería la confianza y la posibilidad de que las partes se abran lo más posibles a los fines de llegar a un acuerdo satisfactorio.

El funcionario o la persona encargado de realizar la conciliación puede usar técnicas evaluativas y facilitativas; algunos especialistas aconsejan empezar con técnicas limitativas y luego ampliar.

Debe ser neutral, comunicativo, una persona con habilidad para proponer soluciones, obtener de las partes las debilidades, y las posibilidad de ceder, con el propósito de que ellas lleguen a un acuerdo sin necesidad de agotar el procedimiento adversarial de la adjudicación.

4.7 La Conciliación Laboral

Fue consagrada de manera previa y obligatoria a todo conflicto laboral en nuestro país, con la promulgación del Nuevo Código de Trabajo, y exige, en resumen, la celebración de una audiencia preliminar de conciliación, con la finalidad de darle a las partes la oportunidad de arribar a un avenimiento antes de iniciarse la instrucción del litigio.

Hoy en día es un instrumento que facilita a las partes realizar un diálogo, con la ayuda del juez, para tratar de llegar a una solución amigable de la controversia. Las partes deben, en sentido amplio, estar vinculadas por un contrato de trabajo y tiene la característica la negociación de los asuntos protegidos por el orden público laboral. Es una fase obligatoria de las instancias de fondo en materia laboral.

Este tema será abordado con mayor amplitud en el título dedicado a la mediación laboral.

Pero no debemos quedarnos sin criticar que dicho procedimiento no tiene privacidad y las partes muchas veces no están presente de manera personal, sino representada por sus abogados, circunstancias que dificultan las soluciones amigables de las querellas y conflictos laborales.

4.8 Ventajas de la conciliación

Cuando las partes tienen la posibilidad de resolver el conflicto en la fase de la conciliación, obtienen múltiples ventajas que no le ofrece el procedimiento adversarial de la adjudicación, el cual como vimos suele ser traumático, lento y costoso, en cambio la conciliación:

- Permite que las partes interviniente salgan ganando ambas;
- Todos participan en la elaboración de un resultado positivo;
- No se pierde tiempo, los problemas se solucionan rápidamente.
- Se ahorra dinero, los trámites son sumamente económicos;
- Se termina con un problema que causa a las partes intranquilidad y preocupaciones.

Capítulo 5. Otros Procedimientos de RAD

Uno de los aspectos más interesantes de la resolución alternativa de disputas es la flexibilidad que ofrece a los abogados y a sus clientes, de diseñar el método o proceso más apropiado para solucionar un problema en particular y resolver una disputa.

A pesar de que la conciliación y la mediación son los métodos de Resolución de Disputas mejor conocidos y utilizados con mayor frecuencia, no existe regla que limite a las partes o a sus abogados a construir el proceso que pudiese ser más eficaz para la solución de su controversia. De modo que la RAD no tiene límites, existen tantos modos o procesos como la inventiva y la creatividad que los actores pudiesen tener capacidad de generar. La necesidad que tenemos hoy día de alcanzar acuerdos negociados en todos los aspectos de la vida, hace de la RAD una fuente inagotable de donde se puede extraer y combinar elementos claves de varios procesos, para crear la mejor oportunidad o el mejor proceso para resolver una disputa en particular. Como los métodos de RAD son utilizados en todos los sectores de la vida social desde la familia, la escuela, el vecindario, la empresa, etc, es imposible dar una lista limitativa de los mecanismos alternos, ya que son numerosos los métodos que la imaginación de las partes han creado.

En este capítulo nos proponemos darles una breve explicación de algunos de los más conocidos y en consecuencia de uso más frecuente, especialmente en los Estados Unidos donde la implementación de estos mecanismos en la última década ha ido en constante aumento tanto dentro del ámbito judicial como fuera de él.

5.1 La Negociación

Es la manera más simple de terminar un conflicto, y ocurre cuando dos o más partes se ponen en comunicación para intentar la obtención de un acuerdo, ya sea en relación con un contrato o con una controversia.

Podemos decir también, que la negociación es un proceso que le ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo conjunto para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo.

5.2 Meb-Arb

Un esfuerzo para mediar, el cual, si fuera necesario, será seguido de un arbitraje obligatorio.

Es un híbrido de mediación y arbitraje, en el cual las partes inicialmente usan la mediación para resolver la disputa. Si las partes encuentran dificultades insuperables en la fase de mediación, se someten a arbitraje en los puntos en que están estancados. Entre otras cosas, las partes deben decidir si desean usar el mismo individuo como mediador y árbitro, o si prefieren usar dos individuos, y también si desean celebrar ambos procesos el mismo día o en días diferentes.

5.3 Mini-Juicio

Decisión tomada por un panel nombrado por las partes con la ayuda de un tercero neutral.

Un mini-juicio es un proceso más formal que la mediación, pero que también permite que las partes determinen el resultado. En un mini-juicio, los abogados de las partes hacen una presentación breve de su "mejor alegato" ante un panel que generalmente consiste de un ejecutivo, por cada una de las partes, con plena autoridad para tomar decisiones y llegar a un acuerdo, y un tercero que servirá de asesor. Al final de esta presentación (que con frecuencia se limita a uno o dos días) los autorizados para tomar decisiones se reúnen para tratar de resolver la disputa. Si no pueden llegar a un acuerdo, el asesor puede servir de mediador o pronunciar una opinión no obligatoria sobre lo que probablemente resultaría si el caso se litigara, con respecto a asuntos específicos de ley, de los hechos y pruebas, como también referente al resultado probable, en general, de un proceso judicial. Armados con la opinión del asesor, los disputantes entran en otras negociaciones confidenciales, intentando llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Un mini-juicio es particularmente útil cuando las partes desean controlar la posible resolución extrajudicial de una disputa pero (1) prefieren un procedimiento más formal y legalista para llegar a ese resultado (2) desean educar más formalmente las decisiones con respecto a los puntos fuertes y débiles de sus posturas y (3) pueden necesitar la opinión de un tercero sobre la base jurídica de una causa.

5.4 Conferencia Moderada para Resolución Extrajudicial

Una Evaluación hecha por Abogados con Experiencia.

En la conferencia moderada para resolución extrajudicial, cada una de las partes con sus abogados presentan su postura ante un panel de terceros neutrales, que generalmente son abogados. Pueden presenciarse, de forma limitada, el testimonio de testigos y documentos de prueba. Entonces el panel dicta un fallo consultivo que puede lidiar con la responsabilidad, los daños, o ambos. Las partes pueden utilizar el dictamen del panel como ayuda en el debate para resolver la disputa.

5.5 Juicio Abreviado con Jurado

Panorama del Caso a Través de los Ojos de un Jurado Simulado.

El juicio abreviado con jurado es como un mini-juicio, pero con la participación de un jurado simulado. El proceso se lleva a cabo en una sala de tribunal con un juez que lo preside y un jurado simulado (que generalmente consiste de seis miembros) elegido por el juez de una lista de "jurados verdaderos". Los abogados de las partes hacen la mejor presentación acelerada de sus pruebas que sería admisible en un juicio. El jurado pronuncia un veredicto consultivo a las partes, el cual ellas pueden usar como base sobre la cual pudieren llegar a un acuerdo. Después del juicio abreviado con jurado, el juez se reúne con las partes y con los abogados para aconsejarles que lleguen a un acuerdo.

5.6 Determinación Neutral de los Hechos

Un Tercero Neutral Investiga y Determina los Hechos Clave.

La determinación neutral de los hechos representa un proceso alternativo para resolver asuntos complejos como aquellos relacionados con temas científicos, técnicos, sociológicos, empresariales o económicos. En este proceso, o bien las partes o el juez seleccionan un perito neutral, que investiga el asunto o asuntos en discusión y presenta un informe no obligatorio, o testifica en el tribunal. Este proceso puede ser voluntario o involuntario. Si el proceso es voluntario, las partes pueden decidir si aceptarán o no las recomendaciones del perito como obligatorias.

Una ventaja importante de la determinación neutral de los hechos es el poder seleccionar a una persona neutral, capaz de adoptar decisiones y peritos en las áreas técnicas que son objeto de la disputa. El uso de un perito neutral como investigador de los hechos en este tipo de casos puede fomentar una resolución rápida justa sin ofuscación sobre los puntos en disputa ni una actitud presuntuosa sobre el litigio que pudiera de otra forma resultar.

5.7 Evaluación Neutral Oportuna

Un Tercero Neutral se Concentra en la Esencia del caso y se Convierte en Administrador del Caso.

La evaluación neutral oportuna se está usando con mucho éxito en tribunales por todo los EUA y PR. En este foro los abogados presentan los puntos esenciales de la disputa ante un tercero neutral en presencia de las partes. Esto ocurre después que se ha elevado la demanda pero antes de la revelación de pruebas. El tercero neutral presenta entonces una evaluación sencilla de los puntos fuertes y débiles del caso. En ese momento, puede llegarse a un arreglo. Si este proceso no resulta en tal arreglo, el tercero neutral ayuda a precisar los puntos de la disputa y sugiere pautas para la revelación de pruebas.

5.8 Arbitraje

Decisión Formal Tomada por Tercero(s) Neutral (es)

El arbitraje es la alternativa a los juicios civiles más comúnmente conocida y utilizada. El arbitraje puede ser voluntario o forzoso, obligatorio o no obligatorio. Si es obligatorio, este proceso le brinda a las partes un control mínimo sobre el proceso de toma de decisiones y sobre el resultado. En el arbitraje, cada una de las partes tiene la oportunidad de presentar las pruebas y alegatos del caso en una audiencia que tiene cierta formalidad, pero es menos formal

que el laudo de un tribunal. El proceso está diseñado para ser menos costoso y más rápido que ir a juicio, y a decisión queda en manos de un árbitro o panel de árbitros que son peritos en el área substantiva de la disputa.

Los llamados “arbitrajes de béisbol” y ‘arbitrajes de alto y bajo” son variaciones del arbitraje tradicional. En el arbitraje del béisbol, cada una de las partes propone un laudo y el árbitro debe escoger uno de los propuestos. En arbitraje de alto-y-bajo, las partes están de acuerdo en restringir el alcance del laudo de un árbitro, de manera que los límites altos y bajos del laudo son fijos. El laudo nunca excederá la cantidad mayor dentro de los límites ni estará por debajo de la cantidad más baja. Esto brinda a las partes una oportunidad de hacer “apuestas compensatorias” y ejercer cierto control sobre los resultados finales.

Tal como señalamos al principio de este capítulo, existe una variedad ilimitada de métodos alternos, los cuales están siendo usados cada vez más como poderosas herramientas para la solución de conflictos sin tener que recurrir a la justicia; sin embargo, conforme a un estudio comparativo de la experiencia en la implementación de la RAD en América Latina y en los EUA, presentado en la Segunda Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, celebrado en el mes de Mayo de 1996, “Existe una carencia de terminología común para los distintos procesos de RAD y de un entendimiento uniforme de sus propósitos y objetivos. Por ejemplo, en Estados Unidos, un proceso que se presume que es mediación en un estudio particular, podría de hecho ser otro proceso de RAD tal como evaluación de caso o alguna mezcla de mediación y arbitraje”.²

A pesar de esto, los esfuerzos que han venido produciéndose en la última década al interior de los poderes judiciales como en numerosas instituciones de sector privado de toda América Central y del Sur, con los resultados obtenidos en los Estados Unidos, nos demuestran que la RAD se afianza cada día como un complemento válido del sistema legal formal que puede mejorar notablemente el acceso equilibrado a la justicia de los ciudadanos.

² William, Davis E y Madeline Crohn, Lecciones aprendidas. Experiencias con Resolución Alternativas de Disputas. Mayor 1996.

Capítulo 6. Rol del Juez y del Abogado en la RAD

Sin ninguna duda, una de las ventajas más notoria de los mecanismo alternativos de resolución de disputas es el control que las partes involucradas pueden tener sobre la solución del mismo; control que no sólo ayuda a la satisfacción de las partes en conflictos, sino que se refleja en la paz social, aspiración legítima de toda sociedad.

En el proceso conciliatorio, la presencia de las partes contribuye enormemente a lograr éste propósito, ya que estando ellas presentes y no representadas, el conciliador o el juez conciliador puede escuchar de sus propias voces, sus puntos divergentes, sus coincidencias, sus aspiraciones, sus frustraciones, sus propuestas, en fin, la realidad, lo que le permitirá apreciar sin intermediarios las emociones, los gestos, las inflexiones de sus voces, etc. ayudando con su presencia a una mejor solución concertada.

Cuando las partes no asisten personalmente a la conciliación, deberá el conciliador escuchar de boca de un representante, que a su vez ha escuchado de la parte afectada, los hechos, circunstancias y situaciones que ella ha vivido, perdiéndose en esa transmisión partes fundamentales de lo sucedido; nadie puede narrar algo tan real como quien lo ha vivido.

El éxito del proceso de conciliación está pues, en que las partes asistan personalmente ante el conciliador y decidan por sí misma qué dejar de lado, en qué ceder, en qué convenir, sin perjuicio de que estén asistidas de su (s) abogado (s) que les oriente, sobre todo al momento de redactar y suscribir el acuerdo final, sin que en ningún momento corresponda a este tomar la decisión, solo así se puede lograr conciliaciones efectivas.

Como la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes. Estas pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador, por ello, en la conciliación al igual que en la mediación, la solución

del litigio depende, finalmente de la voluntad de las partes.

Por esta razón, la presencia de las partes es tan importante ya que de otro modo la conciliación se convierte en una mera formalidad previa dentro del proceso, que se agota a fin de dar cumplimiento a un requisito legal, pero sin que la misma contribuya a solucionar controversias ni a descongestionar el sistema judicial somos de opinión que la no obligatoriedad de la presencia de las partes en la conciliación, ha sido la causa primordial del fracaso de la conciliación en la jurisdicción laboral en nuestro país unido además a la falta de cultura pacifista de nuestros abogados, a quienes les alienta un profundo espíritu de litigiosidad, pues solo conocen el litigio como el medio único para dirimir los conflictos.

En contraposición a esto, la conciliación que se celebra en los juzgados de Paz en los procesos de pensión alimenticia, donde se hace comparecer personalmente a las partes ha tenido tradicionalmente un porcentaje de acuerdos o conciliaciones exitosas, que demuestra por qué la presencia de las partes debe hacerse obligatoria si se quieren lograr conciliaciones efectivas; por lo que se ha preciso en estos momentos en que no contamos con una norma que así lo disponga, el alentar a los abogados a que concurran a las audiencias de conciliación acompañadas de sus clientes.

En la legislación Argentina, la conciliación se encuentra entre las facultades ordenatorias de los jueces, toda vez que puede disponer en cualquier momento la comparecencia de las partes, para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.

Dado que la mediación deja el control del arreglo en manos de las partes en litigio, propiciando no sólo la comunicación directa de las mismas, sino también con los abogados que las asisten y con el mediador neutral, y debido a que las partes, y no el juez, son las responsables de resolver la disputa, y en consecuencia, son más propensas a cumplir con el acuerdo final, en cuya creación desempeñaron un papel activo; podemos concluir que no puede existir mediación sin la presencia de las partes, ya que la técnica de este método alternativo está reducida a una o varias reuniones, que enfrentando "cara a cara" a las partes, pone en relieve sus posiciones, punto de conexión y distancias, constituyéndose el mediador en un facilitador para que las partes puedan hablar francamente y dejar de lado sus posiciones adversas llevándolas mediante preguntas apropiadas y técnicas adecuadas a sus puntos coincidentes, lo cual facilitará un acuerdo, sin olvidar que el mediador no puede tomar ninguna decisión, porque no puede

obligar a las partes a aceptar nada que ellas no estén de acuerdo.

El tema que ha sido objeto de discusión por los estudiosos de esta materia es la obligatoriedad o no de estos mecanismos alternativos para las partes y el juez.

Respecto de la obligatoriedad de la mediación, el Dr. Donald Peters, director del Instituto para la solución de Disputas y de la clínica de Derecho Civil Virgil Hawkins de la Universidad de la Florida sostiene lo siguiente: “Creo que los programas de mediación más exitosos de Estados Unidos son los de mediación obligatoria. Por cierto que la mayoría de los tribunales estatales inclusive los de la Florida, el sistema con el que estamos más familiarizados, cuentan con mediación obligatoria”³. En la Argentina, el artículo I de la ley que instituye la medición previo a todo juicio, fue objeto de duras críticas por la doctrina que sostenía que esta obligatoriedad desvirtuaba uno de sus principios esenciales, que es la voluntariedad, a este respecto señalan los autores de la ponencia “Medios alternativos de solución de conflictos” presentado en el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal: “Creemos que por lo menos en una primera etapa es conveniente que la misma sea obligatoria porque, como se ha dicho, es necesario crear una cultura en una sociedad no acostumbrada a la mediación sino de la litigiosidad”.⁴

6.1 Asistencia Letrada. Obligatoria o No

En la mayoría de países donde la RAD es una realidad cotidiana en la administración de justicia, la participación de los abogados ha resultado decisiva para su éxito y desarrollo.

Esta participación ha llevado consigo un cambio en el papel que los abogados han asumido tradicionalmente; hemos pasado, del abogado litigante al abogado conciliador componedor; del profesional que debe debatir y contrariar las pretensiones de sus contrarios con amplios conocimientos jurídicos, al profesional que busca la cooperación y la comprensión del problema por parte del otro, acompaña y orienta con su consejo a su cliente en la búsqueda racional de respuestas para superar la crisis.

³ Mediación anexa a los tribunales. Temas de la Democracia. Periódico Electrónico del Departamento de Estado, Vol. 4, No. 3 Diciembre de 1999.

⁴ Toledo, María Alicia, María Elena Zelarayán y Juana Elena Prieto de Sólamo. Simplificación Procesal. XI Encuentro panamericano de Derecho Procesal

Al igual que en el proceso judicial, las partes pueden acudir a los procesos de RAD asistidas de sus abogados, quienes las ayudan a obtener el acuerdo más favorable a sus intereses.

La presencia del abogado en los procesos de RAD en muchos países, no está consagrada como obligatoria, en cambio, en otros países como la Argentina la asistencia letrada será obligatoria para ciertas etapas del proceso, en especial aquellas en que las partes deberán firmar acuerdos o levantar acta en que se haga constar que las mismas no arribaron a él.

En los EUA, en aquellos centros privados que promueven la conciliación y la mediación comunitaria, la asistencia letrada no es obligatoria, pero nada impide que las partes soliciten la oportunidad de consultar un abogado antes de la firma de la cuerdo. De hecho entra dentro de los deberes del conciliador o mediador, informar a las partes que a ellas les asiste el derecho de estar acompañadas de un profesional del derecho o consultarlo en cualquier etapa del proceso.

Para algunos autores, la necesidad de encontrarse las partes asistidas de abogados, cuando el mecanismo alternativo escogido por éstas es anterior al proceso parecería innecesaria, a menos que una de las partes estuviese representada, entonces, a fin de resguardar la igualdad, tendría que permitirse o proveerse un abogado a la parte contraria.

El tribunal de pequeñas causas de Brasil, un ejemplo, cuenta con un servicio de asistencia jurídica, con el objeto de proveer de una defensa técnica al litigante que concurra a la conciliación sin abogado, cuando su contraparte se hace asistir de su propio abogado.

Sin embargo, cuando el uso del mecanismo alternativo se produce en la etapa procesal, la mayoría de estudiosos de esta materia están conteste, en que la asistencia letrada resulta provechosa para las partes debido a que en muchas ocasiones se formulan proposiciones de acuerdos de forma escrita, que hace necesario el conocimiento técnico de este profesional para lograrlo, de manera que permitan que posteriormente puedan ser homologados por la autoridad judicial. Las grandes ventajas de los métodos alternativos de solución de conflictos, ha generado un clima de confianza que ha hecho, que no solo las partes acudan a ellos con mayor frecuencia, sino, que los abogados han acrecentado su participación activa en los mismos.

Los abogados desempeñan un papel importante en la preparación de los litigantes, para su comprensión de las características de cada uno de los procesos o métodos alternos; lo cual

incluye darles explicación completa de los procesos, sus diferentes etapas, la obligatoriedad o no de llegar a un acuerdo, la confidencialidad de sus revelaciones, etc. El abogado además asiste a las partes y participa como negociador, así como en el trazado de las estrategias a seguir, lo cual no impide llevar a juicio, los casos que según sus criterio y los de sus clientes, fueren necesario conocer por la vía judicial.

6.2 Papel del Abogado durante la Conciliación

Partiendo de que conciliación tiene como finalidad, conciliar intereses opuestos que miran una misma situación, despejadas del marco litigioso y formal del rigorismo procesal, podemos decir que la actitud de las partes durante el desarrollo del proceso es la de arrimar a posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, por lo que subsiste y pervive en ella el hábito de contienda.

La conciliación contraria a otros métodos alternativos de resolución de Disputas, puede considerarse un acto trilateral, integrado por las dos partes y el conciliador; recordando siempre que éste no actúa como juez imponiendo su decisión, aunque sí debe, proponer alternativas concretas y sugerir fórmula específicas. Numerosos autores están de acuerdo en señalar, que contrario a la mediación que persigue llegar a un acuerdo cualquiera; la conciliación busca el acuerdo o solución justa, de donde se advierte que el papel que desempeña el abogado en el proceso conciliatorio, no solo tienen como objetivo el de acompañar a las partes, sino ayudarlas y asesorarlas en escoger el acuerdo o alternativa más justa.

Pero más allá de obtener ese acuerdo justo, el abogado está llamado sobre todo a despersonalizar las pretensiones de sus clientes despojándolas de toda mezquindad, a calmar los ánimos exacerbados entre las partes, a despojar el conflicto de preconceptos, logrando así las mejores actitudes, las soluciones compartidas, la pacificación rápida de la crisis, en fin conciliación de los intereses opuestos.

Como señala el Dr. Roberto O. Berizonce: “El profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; debe procurar componer el conflicto antes de pleitear; la de perseguir la composición conciliadora; habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concertar los objetivos en la búsqueda y sugerencias de

soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realistas para los específicos y calificados conflictos que toleran encauzamiento por las vías que nos ocupan: no como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversia”.⁵

En conclusión, la participación de los abogados en su nuevo rol de conciliadores y pacificadores de conflictos, los coloca hoy, ante una gran disyuntiva: evitar o promover el proceso. Lo que es necesario admitir, es que, sí existe cierta resistencia entre esta clase profesional, hacia la conciliación y demás métodos alternativos, esto se debe a la escasa difusión de éstas instituciones en nuestro país y al desconocimiento de sus ventajas frente al proceso adversarial tradicional; y si a esto, sumamos el fracaso o mal uso de la conciliación en la esfera laboral, la confianza de estos actores solo podrá lograrse, generando una mayor conciencia de las formas alternativas, enfatizando sus ventajas, preparando a los jueces y abogados en las técnicas propias de estos mecanismos; organizando programas de información pública, al tiempo de crear programas pilotos de implementación de la RAD, tanto en los tribunales y cortes, como a nivel comunitario.

6.3 El Abogado Mediador

De manera general, los autores están en su mayoría de acuerdo, en que la mediación parte de un supuesto diferente al de la conciliación; mientras en la última, se trata de conciliar intereses opuestos, en la primera lo que se busca es, acercar la comunicación entre las partes, con el objetivo de conducir un proceso de interpretación sobre las necesidades e intereses de los sujetos en conflictos.

Por esto, se entiende que la mediación tiene un sentido más cooperativo, pues su idea es eliminar el enfrentamiento, encontrando las coincidencias con alguien con el que se debe continuar una relación y convivencia social.

El mediador trabaja para acercar los contendientes y no para resolver el conflicto como lo hace un juez; algunos consideran al mediador como un negociador espiritual, que busca

⁵ Berizonce, Roberto Omar. “El abogado negociador” Comunicación al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santiago del Estero 1993.

despejar una crisis entre las partes.

El profesional del derecho tiene hoy día, una nueva área donde prestar servicio, orientando a las partes hacia la formación de un acuerdo aceptable a través de la mediación.

Para asumir ese reto, el abogado mediador debe tener algunas peculiaridades distintivas: a) captar la situación y capacidad de crear un clima de comprensión y de disponibilidad para el acuerdo; b) comprender las razones por las cuales las partes actúan de ese modo singular que ha configurado la controversia; c) fijar los puntos del conflicto; d) buscar los acuerdos que dejen a ambas partes conformes y e) está obligado a mostrarle a las partes, todas las soluciones posibles, convenciéndolas que acepten la más equitativa. Esta descripción, que en modo alguno es limitativa, nos presenta al mediador como un profesional que debe tener habilidades particulares, que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico, de ahí que para poder lograrlas es necesaria una capacitación y un entrenamiento especializado.

En vista de que el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, sin que sus decisiones se sostengan en la aplicación del derecho positivo, muchos se preguntan ¿Es indispensables que el mediador sea un abogado? La respuesta es simple, los conocimientos jurídicos que tienen un abogado, en nada se relacionan con la capacidad para mediar o negociar; sino más bien, las aptitudes y habilidades naturales para el manejo de las relaciones humanas, son las necesarias.

En la mayoría de países son los abogados, los profesionales más interesados en el entrenamiento en las técnicas necesarias para la mediación; sin embargo, cada día son más los profesionales de otras ramas que se interesan por adquirir el entrenamiento preciso a través de cursos aprobados por los órganos judiciales y las asociaciones de abogados; maestros, educadores, orientadores, psicólogos, administradores, ect, han resultado ser excelentes mediadores. Muchas legislaciones que en principio exigían como condición para ser mediador, el ser abogado con ciertos años de experiencia y haber aprobado el curso de capacitación, después de hacer una evaluación de la exclusión de otros profesionales, han reformado sus leyes, a fin de dar una participación igualitaria para todos los interesados.

En este cambio, han influido de manera decisiva las experiencias logradas a nivel comunitario, auspiciadas no solo por el sector justicia, sino por grupos de profesionales, fundaciones, ONGS, etc. mediante los cuales la participación del ciudadano común, en el rol de mediador

ha dado un resultado excelente. He aquí un nuevo reto que enfrentamos los abogados dominicanos, solo nos faltan los conocimientos necesarios y el ejercicio constante de esta disciplina para lograr el desarrollo de estas habilidades; las cuales permitirán al abogado local incursionar en una nueva área, que además de lo satisfactoria que resulta por la naturaleza misma de su propósito, se consolida como una de las actividades mejor remunerada en términos económico que los abogados realizan en la actualidad.

6.4 Mediadores Oficiales o Privados

En un capítulo precedente expusimos de manera general acerca de la mediación y sus ventajas, así como acerca del perfil de ese tercero neutral que se encarga de llevarla a cabo, mejor conocido como mediador.

La mediación al igual que la conciliación puede ser una instancia judicial obligatoria, ya sea como previa al juicio, lo cual obliga a las partes en conflicto a agotar este mecanismo y si no llegan a una transacción, entonces pueden acudir al juicio ordinario. En la República de Uruguay este es el modelo que se usa. En Washington por el contrario, el sistema es voluntario, ya que después que el tribunal recibe la demanda, antes de la primera audiencia, se invita a las partes a intentar la mediación. El otro modo es el extrajudicial, mediante el cual la mediación se desarrolla formalmente, pero de forma paralela al poder judicial, pues los centros de mediación están bajo la vigilancia del ministerio de justicia, es así como funciona en la Argentina. En la Florida en cambio, los jueces remiten los asuntos a mediar a centros especializados que funcionan de manera independiente a las cortes.

Que la mediación se lleve a cabo previo al juicio o dentro del juicio, anexa al sistema judicial o fuera de el, tiene sus críticos y adeptos entre los conocedores de esta materia, pero lo que realmente ha sido tema de debate entre ellos es ¿De que órgano deben depender los mediadores? Algunos estudiosos sostienen que el cuerpo de mediadores deben ser una dependencia del poder judicial, otros opinan que su actividad debe permanecer en el ámbito privado. No hay un criterio uniforme al respecto, incluso algunos sostienen el criterio que debería depender del Poder Ejecutivo a través de alguna dirección ejecutiva; los que defienden el criterio de que el cuerpo de mediadores debe ser una dependencia del poder Judicial, argumenta que esto no representan ningún inconveniente, siempre que su tarea sea independiente de la labor que realicen los jueces; aceptando que la ley puede ordenar al juez que emplee la mediación en aquellos casos en que entiendan que pueden tener éxito, otros por el contrario, consideran que

esto constituye una injerencia en el ámbito de los poderes y facultades de los jueces. Lo cierto es que la experiencia en la implementación de los mecanismos de RAD, en América latina y los Estados Unidos, nos enseña que no hay un modelo único para un país o región, sino que cada nación vive una realidad diferente, tiene su propia cultura jurídica, sus leyes nacionales, que hace imposible una forma única en la implementación, desarrollo y administración de la RAD.

En algunos países, los programas han sido impulsado desde el Poder Ejecutivo logrando éxito, en muchos otros, es desde el Poder Judicial que se han impulsado programas pilotos que debido a su éxito, han dado lugar a transformaciones legislativas que han consagrado la RAD dentro del sistema judicial. En uno y otro sistema, el sector privado ha sido un gran apoyo a través de programas comunitarios y de las cámaras de comercio que han logrado dar a conocer la RAD en amplios sectores de la población.

El ideal es lograr involucrar a todos los poderes, a todos los sectores sociales, económicos y políticos, al igual que a las comunidades organizadas o no, en un proyecto común, ningún proyecto podrá tener suficiente éxito, si es responsable de él, uno de los poderes del estado, hay que agrupar todas las instituciones en una gran red que apoyen el proyecto.

Que los mediadores sean una dependencia oficial o que operen de manera privada e independiente, no es lo importante o decisivo para la difusión y desarrollo de la RAD, a condición de que en uno y otro caso, los mismos cuenten con los controles necesarios para realizar sus funciones.

Con el objetivo de ilustrarle, presentamos a modo de ejemplo las experiencias de Argentina, Colombia y Estados Unidos, en sus modalidades de implementación.

Argentina: En el año 1988 se inició la mediación comunitaria a través de la oficina del ministerio de justicia, auspiciando iniciativas en Buenos Aires para promover valores democráticos a través de la participación civil; posteriormente en el año de 1991, un grupo de jueces, abogados y trabajadores sociales establecieron la fundación Libra, una ONG diseñada para promover la RAD. Desarrollando proyectos anexos a las cortes civiles en Buenos Aires. En el año de 1994 el Ministerio de Justicia auspició programas pilotos anexos a las cortes civiles usando de 10 a 100 jueces, demostrando por su éxito que los procesos de RAD podían ser integrados dentro del sistema judicial. Esto esfuerzos llevaron a una nueva ley, la cual requiere medición para ciertos conflictos antes del juicio civil. Conjuntamente a estos proyectos se

afianzaron otros en el ámbito comercial con la asesoría de AAA y a nivel comunitario se iniciaron programas en escuelas y centros de vecinos.

Colombia: Fue el primer país latinoamericano que adoptó la RAD, el Ministerio de Justicia de Colombia creó centros de conciliación en todo el país a principio de los años noventas. En el año de 1994, ese ministerio abrió las casas de justicia, comenzando programas pilotos con otras comunidades del interior del país encontrándose en dificultades propias de la cultura institucional, resistencia a la capacitación del personal, desconfianza de la comunidad y problemas operacionales, sin embargo se logró un índice de resolución de un 70-80%. Existen aproximadamente unos 103 centros de conciliación y arbitraje, casi todos desarrollados a mediados de 1990, pero en la actualidad permanecen marginados debido a la falta de apoyo. Colombia es el país que ha creado el único programa en la región para la conciliación de conflictos administrativos.

Estados Unidos: Durante los años 70, los activistas de la comunidad junto a fundaciones privadas, abogaron por la participación directa de la comunidad en la resolución de conflictos. En el año 1979 se propuso al Congreso Estadounidense un decreto de Resolución de Disputas, para acelerar el desarrollo de programas pilotos de RAD, pero los fondos nunca fueron asignados, un consorcio de fundaciones privadas creó el Instituto Nacional para Resolución de Disputas (NIDR), el cual propició en un período de 10 años el desarrollo y expansión de la RAD dentro y fuera de los tribunales.

Para mediados de los años 90, ya existía algún tipo de programa de resolución de litigio en cada uno de los 50 estados y más de la mitad de ellos ha adoptado programas integrales de RAD anexos a las cortes utilizando procedimientos como: facilitación, evaluación neutral temprana, mediación, conciliación, arbitraje, mediación – arbitraje, mini-juicios.

Estos progresos fueron acogidos a nivel federal. Tanto el estado como las agencias locales se dirigen a centros de mediación a fin de solucionar pleitos complejos que involucran a varias partes, igualmente centros privados ofrecen "Juicios privados" para casos que involucran intereses comerciales y corporativos. La RAD se enseña en las escuelas de derecho, de negocios, de planificación y de políticas públicas. También se enseña y se usa en la escuela básica y secundaria.

Los dos programas más conocidos y empleados, que funcionan como complementando al

sistema de justicia son: el arbitraje anexo a la corte y la mediación comunitaria, los cuales han logrado una gran aceptación en los usuarios.

En el sistema federal, el 56% de los jueces consideraron que la RAD produce resultados más justos.

La RAD se ha transformado en una parte integral del Sistema de Justicia de los EUA conforme a reglas de operatividad claramente definidas, acorde a normas éticas y profesionales que contribuyan a aumentar la confianza de los ciudadanos en estos agentes del cambio, en estos operadores de la paz social a través de los mecanismos de resolución de disputas.

6.5 Registro de Mediadores

Ya sea que la mediación se implemente anexa a las cortes o que la misma esté a cargo de instituciones privadas, para ambos casos es usual la creación de un registro de mediadores, en el cual se encuentran suscritas las personas calificadas para desempeñarse como tales. La mayoría de países se ocupan mediante leyes o reglas de todo lo relativo al proceso de certificación; normalmente esta requiere: adiestramiento en mediación, aprendizaje, cumplir con ciertos requisitos educativos y tener experiencias previas en áreas relacionadas.

Los tribunales que tienen programas de mediación anexas, exigen a los que quieren ser miembros de su registro, que reciban capacitación. Además en numerosos países, servicios privados de educación continua en derecho, ofrecen programas de mediación.

A veces, es el mismo tribunal el que provee la capacitación, la cual consiste en programas de varios días de conferencias y prácticas en simulación, que permiten a los estudiantes actuar como mediadores en simulacros.

En la Florida, por ejemplo, el tribunal selecciona al mediador certificado de una lista rotativa. En los casos de familia, si la misma es de bajos ingresos se hace la designación de lo que se llama “un mediador de programa”. Cuando se usan mediadores privados, los abogados deben seleccionar al mediador (a) sugiriendo la “regla de los 10 días”, es decir tienen 10 días para ponerse de acuerdo ambas partes en la designación del mediador (as), una vez emitida la orden de referimiento.

Cuando un tribunal refiere un caso a un centro de mediación de conflictos en Puerto Rico, las partes tienen las siguientes opciones: a) Seleccionar de común acuerdo el mediador (a) escogiendo de una lista provista por el tribunal; b) seleccionar cualquier persona o entidad pública o privada que preste servicios de mediación, aún cuando no figure en el listado y c) en caso de que las partes no logren acuerdo, el tribunal designa al mediador (a) o a la entidad que preste el servicio, de una lista preparada por el negociado de métodos alternos.

6.6 Formación del Abogado de Hoy

Cuando una persona requiere del consejo y orientación de un conocedor de asuntos jurídicos procura un abogado. Son estos profesionales lo que buscan las pruebas, exponen los hechos, argumentan sobre el derecho, colaborando con el esclarecimiento de la verdad y en consecuencia con la justa decisión del proceso.

Al dirimir una controversia, es este profesional el que se encuentra en mejores condiciones de serenidad para aportar las razones de hecho, al margen del apasionamiento y perturbaciones psicológicas que motivan a las partes.

Debido a que la abogacía es la profesión que de una manera directa contribuye al mantenimiento de la paz en las sociedades, estos profesionales deberían enfocar los conflictos en una forma diferente a la que tradicionalmente han aprendido, siendo necesario en la actualidad encausar su preparación de manera distinta. El abogado está llamado hoy a asumir un nuevo rol para el que no ha sido entrenado, papel que ha sido ajeno a su formación académica.

Es necesario instrumentar nuevos contenidos para la enseñanza formativa de los abogados, que le permitan insertarse en un modelo distinto de justicia que privilegia las soluciones compartidas y negociadas.

Se hace imprescindible preparar y entrenar adecuadamente a los futuros abogados y jueces, en el manejo de las técnicas específicas de los mecanismos alternativos de solución de disputas. Debe incluirse en el contenido de los programas de estudios de derecho, el aprendizaje de la disciplina y el entrenamiento en los métodos de resolución – negociada de los conflictos.

A este respecto, en una ponencia del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal encontramos lo siguiente: "... fuimos instruidos para el "combate" para el litigio, nuestras facultades nos legaron programas de guerrero y durante años estudiamos Derecho Procesal,

cómo actuar ante los tribunales y cómo ganar y obtener “justicia” para nuestros clientes, derrotando la “pretensión” de la contraparte y a su guerrero abogado. Nunca tuvimos, salvo brevemente y en algunos temas de los programas de pocas de las materias de la carrera, ninguna enseñanza profundizada sobre los diferentes métodos alternativos para la resolución de los conflictos, cierto es que fuimos moldeados por una cultura que consustanciada con principios autoritarios y adversariales formada en los claustros universitarios, abogados listos para luchar, ganar o perder”.⁵

Es preciso que nuestras universidades ofrezcan programas de pre-grado y post – grado basado en estos temas, bien de negociación, conciliación o mediación.

Se requiere una constante superación de los abogados en la actualización del derecho y en la necesidad de una especialización.

Es recomendable que tanto el Poder Judicial como los colegios de abogados, asuman roles protagónicos impulsando los programas tendente a la implantación de los medios alternativos, así como a su difusión, pues solo con la participación activa de los abogados en sus nuevas misiones de conciliadores, mediadores y pacificadores se puede asegurar la efectiva instauración de estas instituciones.

La resistencia al cambio es común en casi todas las actividades, el Derecho no es una excepción. Los abogados se resisten y se asustan pensando en sus honorarios y en la posible pérdida de su rol protagónico frente a su cliente y dentro del proceso.⁶

En definitiva, el abogado debería ser el primer comprometido con esta empresa, pero existe un gran temor al cambio, ya que este implica, una transformación total de mentalidad frente al conflicto, una sustitución de su rol y de su actuación profesional. Al tiempo que las facultades de derecho están llamadas a asumir una responsabilidad e iniciativa más activa para contribuir al desarrollo de una reestructuración del sistema educativo orientándolo hacia el reconocimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos.

⁶ Rossjansi, Nora Adriana, Adriana Beatriz Secchi – Mediación: Un desafío que requiere el valor de aceptar un cambio cultural que implica. XI Encuentro Panamericano de derecho Procesal .

Capítulo 7. Promover la Cultura de la Paz

Vivimos en un mundo interpedendiente en el que los pueblos y las personas viven cada vez más próximos. Los avances científicos de los últimos años han traído consigo un progreso enorme en el campo de los conocimientos y un impacto en todos los ámbitos de la vida en nuestras sociedades, al mismo tiempo que hemos logrado estos avances, la maquinaria de la destrucción se ha acrecentado con una capacidad inimaginable estando hoy lejos de haber disminuido la intolerancia, la guerra, la miseria y el caos.

Convivir, es principalmente vivir en comunidad, estableciendo pautas y normas que favorezcan la ayuda, seguridad, colaboración y cooperación necesaria para, en primer lugar, satisfacer las necesidades humanas básicas a través del trabajo y el reparto equitativo de bienes; y en segundo término, para resolver eficazmente los conflictos de relaciones que se producen en el seno de esa comunidad.⁷

El deseo de convivir de manera pacífica, es un anhelo universalmente reconocido que ha sido expresado a lo largo de la historia. A lo largo del tiempo encontramos distintas versiones sobre la paz, diferentes modo de concebirla y organizar el mundo resolviendo y enfrentando los conflictos, concepciones de paz negativa como ausencia de guerra o de paz positiva como la construcción de la justicia social.

Hace más de trescientos años en su tratado político Spinoza escribió “La paz no es la simple ausencia de guerra”. La paz en su concepción positiva implica la construcción de la justicia en las relaciones entre las sociedades y el reconocimiento de la igualdad en dignidad de todos los pueblos y todas las culturas. Es sinónimo del respeto de los derechos humanos y de las

⁷ Concepto de Desarrollo Humano, Introducido en 1990 en un informe por el programa de Naciones Unidas para el desarrollo.

libertades fundamentales, de la libre determinación de los pueblos, del bienestar y del desarrollo no solo económico social, sino fundamentalmente humano.

La paz como aspiración y necesidad humana significa no sólo una disminución de todo tipo de violencia, sino la transformación de los conflictos en formas no violenta. Los pueblos y los individuos crean la paz en la medida que son capaces de transformar los conflictos en cooperación, reconociendo los oponentes y utilizando el método del diálogo.

Tal como expresara Ortega y Gasset “no se puede ignorar que si la guerra es una cosa que se hace, también la paz es una cosa que hay que hacer, que hay que fabricar...” De igual modo, en la Constitución de la UNESCO se expresa: “Puesto que la guerras nacen en las mentes de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben edificarse los baluartes de la paz”.⁸

Al ser la paz un Derecho Humano corresponde el deber de su construcción a todos los seres humanos; por que la paz es un proceso que implica una forma de relación de los seres humanos entre sí, a través de distintas formas de organización social que excluye la violencia en todas sus manifestaciones. Se inicia con el reconocimiento del derecho de los demás, se lleva adelante a través del diálogo.

En La Declaración del Congreso Internacional celebrado en Costa de Marfil en el año 1989 se expresa lo siguientes: a) La paz es esencialmente el respeto de la vida; 2) La paz es el bien más precioso de la humanidad; 3) La paz es más que el fin de los conflictos armados; 4) La paz es un comportamiento; 5) La paz es una adhesión profunda del ser humano a los principios de libertad, justicia, igualdad y solidaridad entre todos los seres; 6) La paz es también una asociación armoniosa entre la humanidad y la naturaleza.

Pero es imposible alcanzar la paz mundial si las personas no poseen los conocimientos y habilidades necesarias que les permitan comprender correctamente el mundo; el aprendizaje de la paz supone la adquisición de conocimientos, actitudes y valores. Por lo que la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia son consideradas en la actualidad una necesidad para hacer frente a los cambios y buscar alternativas a los problemas mundiales; es preciso construir una cultura de la conciencia basada en un modelo de justicia llamado paz.

⁸ Cita tomada de “Hacia una perspectiva global de la Educación para la paz” Derechos Humanos, retos para el siglo XXI José Tuvilla Payo. Centro Internacional de Formación en la enseñanza de los Derechos Humanos y la Paz (CIFEDHOP), Ginebra.

La Resolución alternativa de Disputas se encuentra entre las principales instrumentos y proyecto puestos en acción para promover la cultura de la paz en nuestros países. Ya que el objetivo de la misma, es promover valores, actitudes y conductas en pro de hallar solución pacífica a los conflictos, promoviendo la participación activa y el acceso a la justicia de aquellos que no pueden financiar el costo de un litigio en la jurisdicción ordinaria.

A través de la RAD estamos construyendo la paz en nuestros hogares, en las escuelas, en nuestros centros de trabajo, pues ella nos enseña a aceptar el lado positivo del conflicto, nos da la oportunidad de aprender a mejorar relaciones o situaciones; a través de la conciliación y la mediación estamos aprendiendo a expresar nuestro enojo, a admitir que somos iguales pero diferentes, que se pueden reducir tensiones y llegar a acuerdos negociados; así como a prevenir e identificar problemas que en el futuro pudieren ser más profundo. La solución voluntaria de conflicto nos está educando en la cooperación, el respeto y la tolerancia, valores indispensables para la convivencia segura y pacífica.

Estamos llamados a ser agentes de cambios y promotores de la paz a través de la difusión y la puesta en marcha de la Resolución alternativa de Disputas, como la vía más fácil y económica de participación de todas las ciudadanos en la solución de sus problemas, normalizando las relaciones de las personas en el seno de la sociedad, posibilitando el bienestar y la felicidad del ser humano, cimientos de una cultura democrática basado en la libertad, el diálogo o debate y la participación.

7.1 La Tarea Juzgadora

Tal como explicamos en un capítulo anterior, la tarea juzgadora es aquella que realizan los jueces y magistrados cada día ejerciendo la "jurisdicción", es decir aplicando la norma genérica a los casos concretos que se someten a su jurisdicción.

Como promotores de la cultura de la paz, es preciso asumir la tarea juzgadora desde una perspectiva distinta a como se ha hecho hasta este momento.

Es necesario despojarse de la idea del juez que con su decisión y autoridad se impone entre dos partes en litis, sin importar que la misma sea justa o no, satisfaga las pretensiones de las

partes o no, dirima el conflicto o lo acreciente, que genere enemistad o muerte.

Para juzgar a sus semejantes el juez debe razonar, interpretar, aplicar las normas constitucionales y las leyes vigentes, decidir, elegir, imponer. Para ello, es su deber el de estudiar profundamente y mantenerse actualizado, en la jurisprudencia y nuevas legislaciones.

Hasta hoy se ha asumido la tarea juzgadora con un ajustado y estricto apego a la norma, olvidando por completo que el juez como ser humano es un receptor de virtudes y defectos como los demás y debe ser sensible ante el sentir y pensar de aquellos que acuden ante él, en busca de justicia.

No se admite con humildad que como humanos, son sujetos de errores, debilidades, indecisiones y pasiones que muchas veces le llevan a apartarse de la ley y la justicia.

Se carece de la debida conciencia para comprender, que ese ciudadano que acude ante él en busca de justicia, tuvo que pagar una suma de dinero para ser representado por un abogado, que como consecuencia de su conflicto o disputa, tanto él como su familia alteró su tranquilidad emocional, unido por demás a la desconfianza que le genera la administración de justicia, suma de las informaciones recibidas por los medios de comunicación y la experiencia frustrante vivida por personas conocidas y de su entorno.

Hemos sido llamados a cambiar esa forma tradicional de impartir justicia, mediante la cual se ha olvidado el porqué del sentir y la conducta de las partes en conflictos.

La tarea juzgadora del juez promotor de la cultura de la paz, dimensiona al ser humano que clama por justicia, a través de un juzgador más humano, más democrático, más sensible, más educado, más atento, más sencillo, abierto al diálogo y amante de la conciliación.

Deponer actitudes y distancias, fomentar la comunicación y el diálogo sincero, dimensionar la sensibilidad por el que se juzga, es la tarea en adelante, solo así se estará cumpliendo con el don cuasidivino de juzgar a sus semejantes.

7.2 La Tarea Conciliatoria

Casi todas las legislaciones modernas atribuyen al juez el rol de conciliador. La función o tarea conciliatoria, es fundamental en el juez, por la autoridad social que reviste este funcionario judicial, lo cual le da peso a su dirección y proposiciones.

La presencia del juez conciliador mantiene el equilibrio entre las partes asegurando su igualdad y evitando que el acuerdo derive en una imposición del más fuerte.

Todo conciliador debe estar atento a que en cualquier momento del pleito, se pueda avenir a las partes a través de una conciliación, lo cual contribuye a alejar la tradicional pasividad y apatía del juez.

Los jueces arrastran una tradición de actitud pasiva, basada en el temor de perder la imparcialidad, desperdiciando así las oportunidades de convertirse en directores del proceso; el tribunal debe desempeñar un papel, activo en la negación, no debe contentarse con procurar el acercamiento de las partes, sino en fomentar sus propias propuestas.

La labor conciliadora en nada afecta la imparcialidad del juzgador, si éste se limita a inducir o motivar a las partes para que se avengan; ya que si el juez propone los términos del acuerdo, necesariamente responderán a una visión objetiva e imparcial.

Generalmente, los que critican la función conciliadora del juez, olvidan la calidad humana de quienes ejercen esta función; jueces – conciliadores humanistas, solidarios, con un espíritu abierto, tolerantes y amantes de la paz y justicia social.

7.3 La Conciliación y la Mediación en el Proyecto de Nuevo Código de Procedimiento Civil

Siguiendo la herencia y tradición legislativa francesa, el legislador dominicano no se ha preocupado en establecer en nuestro derecho positivo, los mecanismos que permitan la resolución alternativa de los conflictos.

Como país carecemos de la conciencia real acerca de las ventajas que estos métodos nos ofrecen, como vías económicas, rápidas y flexibles para resolver satisfactoriamente nuestras

controversias.

Desde el año de 1959, en que fue eliminada la conciliación obligatoria antes de todo litigio de nuestro código de procedimiento Civil, sólo en la jurisdicción laboral se ha usado la conciliación como alternativa viable para evitar los litigios.

El arbitraje consagrado en el código de procedimiento Civil dominicano y en nuestro código de comercio, se ha convertido en letra muerta, esporádicamente utilizado.

Sin embargo, en el proyecto del nuevo código procesal civil que permanece en las cámaras legislativa para su estudio, ponderación y posterior aprobación, existen propuestas concretas a fin de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico sistemas alternativos de resolución de Disputas, de manera particular, la conciliación, la mediación, el arbitraje y el requerimiento conjunto.

A continuación haremos algunas puntualizaciones sobre el contenido del mismo.

Respecto de la conciliación, el artículo 36 del capítulo IX del título I, consagra que “pertenece a la misión del tribunal conciliar a las partes”, reconociendo la conciliación como un principio director del proceso.

Señala además, que las partes podrán conciliarse, ya sea a iniciativa del juez o de ellas mismas, en cualquier etapa del proceso y siempre ante un juez conciliador, que no estaría llamado a conocer del fondo de las contestaciones en caso de litigio, a menos que ambas partes convengan en lo contrario.

El juez conciliador será designado por el presidente de la corte de Apelación de cada Departamento judicial, incluyendo uno para la corte de apelación escogido de entre sus miembros; uno para las Cámaras Civiles y Comerciales del juzgado de Primera Instancia, escogido de entre los jueces del mismo grado; y uno para el juzgado de paz, escogido de entre los jueces de paz del distrito judicial al cual corresponda el conocimiento del caso, todo salvo acuerdo contrario entre las partes, caso en el cual predominará lo que ellas acuerden.

El acta acuerdo, debidamente firmada y expedida por el juez, equivale a una sentencia con autoridad de cosa irrevocablemente juzgada, de lo contrario, se levantará acta de no conciliación y se remitirá a las partes, ante la jurisdicción correspondiente. Señalando, que el procedimiento

conciliatorio se hace libre de costas.

En relación a la mediación, el proyecto pretende que el juez apoderado de un asunto, puede después de haber obtenido el acuerdo de las partes, designar una tercera persona a fin de entenderla y de confrontar sus puntos de vista, para permitirles encontrar una solución. De acuerdo a esta modalidad, el juez no queda desapoderado del caso, teniendo pleno control del desarrollo de la mediación, pudiendo incluso ponerle fin en cualquier momento, a fin de evitar dilaciones o desnaturalización del proceso.

Tanto en la conciliación como en la mediación las comprobaciones hechas por el mediador y las declaraciones que él recoja, no podrán ser invocadas en la continuación del proceso sin la autorización de la partes.

Sobre el arbitraje se prevé que cuando las partes hagan constar la intención de someterse al arbitraje en una cláusula compromisoria o en un compromiso según este contenido en el contacto que liga a las partes, o se suscriba en ocasión de la controversia, se deben seguir las reglas de los artículos 1504 y siguientes. La innovación del proyecto, la constituyen las regulaciones relativas al arbitraje internacional.

El requerimiento conjunto, es el método mediante el cual, las partes de común acuerdo apoderan a un juez para que decida con relación a sus respectivas pretensiones. Las partes pueden en su requerimiento conjunto, otorgar al juez la misión de estatuir como un amigable componedor, es decir, con la facultad de fallar en equidad, o, restringirlo a calificaciones y puntos de derecho a los cuales ellas entienden limitar el debate.

Debido a que el marco regulatorio es de vital importancia para la construcción de un sistema de RAD, entendemos esencial que el mismo responda a las necesidades locales y sobre todo que pudiere recoger aspectos, que en otros países han contribuido al éxito, desarrollo y afianzamiento de estos métodos en la población.

En este sentido, nos atrevemos hacer algunas puntualizaciones sobre el contenido del referido proyecto:

- a. Encontramos una carencia total de definición de los mecanismos consagrados; lo cual es de gran utilidad y contribuirá a evitar confusiones acerca de las similitudes y diferencia entre uno y otro.

- b. No contiene una enumeración de los factores más relevantes a tomar en cuenta por el juez, al momento de seleccionar un caso y referido a cualquiera de los mecanismos alternativos.
- c. Aprendiendo de la experiencia, debería consagrarse de manera expresa, la obligatoriedad de la presencia de las partes en estos procesos.
- d. Olvida detallar de manera aún más clara todo lo relativo a las costas y honorarios profesionales, no solo del mediador sino de los abogados que asesoran a las partes; y
- e. En el caso de la medición, no se indica la forma de selección del mediador (a), las condiciones y requisitos para su formación y certificación, así como los deberes y obligaciones a su cargo.

Es mucho más lo que se podría aportar para mejorar el proyecto antes de su aprobación; es tiempo de que incluyamos en nuestro sistema jurídico la RAD, como una vía segura y efectiva que nos ayudará a superar muchos problemas en nuestro sistema judicial.

7.4 Educar para la Paz

Estamos llamados a promover la cultura de la paz, evitando los conflictos, las desigualdades fruto de la injusticia, defendiendo los derechos fundamentales de los individuos, transformando los conflictos en cooperación, adhiriéndonos a la justicia y la libertad. Pero esto no serviría de mucho, sino logramos constituirnos en verdaderos multiplicadores: Educando para la paz.

La educación para la paz, es la educación participativa y dialógica, que no trata de educar para estar en paz, sino todo lo contrario, educa en la afloración y confrontación de conflictos, lo cual supone participación, comunicación de experiencias, elección y disenso, apreciación y comprensión del otro, en fin un compromiso moral y cívico para participar en la construcción de un mundo más justo y solidario.

Fuimos educados y formados en las aulas universitarias para el litigio, más hoy, estamos comprometido a reconocer y afrontar las situaciones de conflicto desde la reflexión serena sobre sus causas, tomando decisiones negociadas para solucionarlas de una forma creativa, tolerante y no violenta; la RAD pone a nuestro alcance esas formas creativas a través de los múltiples mecanismos de resolución permitiéndonos desarrollar la afectividad, la ternura y la sensibilidad hacia quienes nos rodean.

Al participar, difundir y promover la RAD en el ámbito judicial y fuera de él, estamos potenciando relaciones de diálogo, de ayuda, de paz y de armonía, valorando la convivencia pacífica con los demás, favoreciendo el entendimiento y comprensión, rechazando el uso de la fuerza, apreciando los mecanismos de diálogo, del acuerdo y de la negociación.

La educación para la paz debe hacerse presente en todas nuestras comunidades, en nuestra familia, en las escuelas, ect.

Educamos para la paz cada vez que aunando esfuerzos, la conciliación se hace presente entre el empresario y el trabajador, cuando a través de la mediación una pareja divorciada depone actitudes antagónicas y dialoga en beneficio de la salud emocional de sus hijos, nuestras comunidades educativas deberán asumir el reto de educar para la paz, fomentando la mediación escolar, como la vía más segura para reducir la violencia dentro de las aulas.

La Resolución alternativas de disputa ofrece a la comunidad jurídica dominicana un excelente vehículo para educar para la paz, puesto que la única paz verdadera, es aquella que surge cuando no hay vencedores ni vencidos.

MODULO II:

LA COMUNICACION

AUTOR:FEDERICO FERNÁNDEZ

La comunicación es un tema central del proceso de la mediación. La disputa considerada como una de las etapas del conflicto, es un proceso comunicacional. Se desarrolla en la comunicación, se conduce en la comunicación y, si se logra un acuerdo, éste es también un acto comunicacional.-

La mediación se da dentro de un contexto, y por lo tanto la comunicación entre el proceso de mediación y el contexto en el cual se da, también es importante.

Se le llama al siglo XX el siglo de las comunicaciones, ésto debido a que en los últimos Cincuenta años se han producido importantísimos adelantos, en alguna medida apabullantes, en este campo.-

Pero no menos importantes son los adelantos que se han producido en el campo de las teorías de la comunicación.

Los progresos tecnológicos que se han registrado en estos años son en gran medida los responsables de estos adelantos. Vamos a recordar brevemente esta historia. El punto de bifurcación parte de la incorporación del concepto de computación en su sentido más amplio, a la tecnología. Esto se debió a la posibilidad de concreción del principio de retroalimentación en la tecnología. La conceptualización de la causalidad circular y el fenómeno de la retroalimentación fueron los que permitieron a Norbert Wiener crear en 1948 una nueva disciplina, la cibernética, que en sus comienzos generó adelantos increíbles en la tecnología de las computadoras en la información y en las máquinas autorreguladas, pero Wiener, junto con los otros integrantes de las "Conferencias Macy's", no se detuvieron en esto, sino que llevaron los conceptos cibernéticos mucho más allá de los campos de la tecnología, y los generalizaron a los dominios biológico y social.

Simultáneamente - y/o a consecuencia de esto - se dio un cambio paradigmático en la comunidad científica, que nos ha llevado desde el paradigma de la simplicidad al paradigma de la complejidad. La causalidad lineal ha quedado como una parte de la causalidad circular. La palabra "paradigma", como tantas otras, tiene múltiples significados. Kuhn ha privilegiado dos de ellos y la tomamos en ambos sentidos: en el primero en tanto que por "paradigma", se entiende una constelación de creencias, valores y técnicas que no afecta a un tema sino a una comunidad científica o un grupo dentro de ésta; en el segundo, en tanto que el nuevo paradigma se constituye en modelo paradigmático.

Hemos dicho que no sólo se produjo un cambio en los medios técnicos que permiten la comunicación, y en las teorías que posibilitan la construcción de dichos medios, sino que también se ha producido un cambio importantísimo en las reflexiones acerca de la comunicación en general y especialmente de la comunicación humana.

Siendo la mediación un proceso comunicacional, no podemos abordarla sin reflexionar acerca de este tema.

Se podrá objetar que, de forma innata, todos sabemos comunicarnos. Es cierto, pero si queremos ser más efectivos en nuestros abordajes, si queremos comprender mejor y más rápido a las personas que están con nosotros en el proceso de la mediación, si queremos que nuestras preguntas sean bien entendidas, si queremos trabajar profesionalmente no podemos obviar reflexionar acerca del único instrumento que utilizamos en la tarea de la mediación, la comunicación.

Es un tema que nos concierne a todos, y especialmente a aquellos que trabajamos en el campo de las ciencias sociales. Los sociólogos, los psicólogos, los psicólogos sociales, las escuelas de derecho, han reflexionado acerca de dicho tema, y sus aportes lo han enriquecido. Para los mediadores la comunicación es esencial, y en la actualidad no podemos obviar las conceptualizaciones basadas en la causalidad circular; Objeto de estudio en otro capítulo, quizá podamos no estar de acuerdo, pero es indispensable que conozcamos esta forma de verla, para comunicarla, criticarla o modificarla y, quizás complejizarla más.

Comenzaremos esta comunicación partiendo de conceptos cotidianos acerca de este tema, que nos permitan el planteamiento de preguntas. Luego nos referiremos a la “Teoría de la comunicación humana” tal como fue desarrollada y sistematizada por Paul Watzlawick, quien lo hizo a partir de los primeros trabajos realizados por Bateson y el “Grupo de Palo Alto”. Incluiremos en esta sección aportes de otros estudiosos tales como Maturana, Satir, etcétera. Y finalizaremos con los recientes aportes realizados específicamente al tema de la mediación por el comunicólogo Barnett Pearce.

Se dice que estamos en la “era de la Comunicación”. Los avances que han surgido en este siglo, en este campo, son apabullantes. Pero al haber crecido tanto, creo que hemos perdido la claridad de su conceptualización.

Es imposible procesar la cantidad de información que por día llega a través de estos medios. No hay tiempo material para ello. Si a esto le sumamos las revistas de Comunicación masiva y las revistas especializadas, el problema crece en proporción geométrica. Y si a esto agregamos la cantidad de libros, algunos acompañados con videos, podríamos necesitar un año o más para ver, leer y procesar toda la información que llega a nuestras casas en una semana, por ejemplo, sólo gratis recibimos Tres periódicos matutinos y uno vespertino.

Surgen entonces las siguientes preguntas: ¿La radio, la televisión, los diarios, las revistas, los libros, etcétera, son medios de comunicación? ¿Qué es la comunicación? ¿Cómo era antes de esta era? ¿Hay comunicación con el gato? ¿Quién le da sentido a una comunicación; El que la emite, el que la recibe, los dos? ¿Cuáles son los “efectos” que tiene en los seres humanos?.- Los seres humanos vivimos en medio de la comunicación. Somos lo que somos en virtud de la comunicación. Debemos, por lo tanto, reflexionar sobre este tema, intentar encontrar respuestas a todos estos interrogantes y plantear nuevos interrogantes acerca de qué es esto que llamamos comunicación.

La mediación surge para conducir problemas de comunicación, y esta condición se resuelve “en” la comunicación.

Como la comunicación es nuestro tema, todo lo que hemos dicho y lo que digamos a continuación va a estar referido al mundo de los seres vivos, al mundo biológico, en el cual los sucesos son causados por la percepción de las diferencias, y en el cual la ausencia es una especie de diferencia, al mundo físico de las cadenas de causa-efecto, en las cuales las causas son los impactos físicos directos, como el caso de las bolas de billar.

Para los abogados y jueces conociendo divorcios, es común escuchar, bastante a menudo, la siguiente frase:

“Nuestro problema es que no nos comunicamos”.

Queremos comunicarnos acerca de la comunicación. Por lo tanto antes de comenzar a tratar de explicar cómo se entiende lo que los diferentes investigadores han pensado acerca de cómo ella “funciona”, antes de contestar las preguntas que hicimos, vamos a tratar de aclarar el significado de estos términos que se utilizarán durante este trabajo.

Debemos estar absolutamente convencidos de que el significado de las palabras no es algo en si, sino que es producto de una convención, de una interacción, de una construcción, por lo que propongo construir el léxico de la comunicación, para poder comunicarnos mejor sobre ella. Mi parte está en tratar de definir los términos; la de ustedes en aceptarlos y utilizarlos con esta significación. Si esto se logra al menos con alguna persona bueno, con esta persona nos estamos “comunicando de Forma clara”. Si nadie lee esto, este escrito será sólo letra en un papel, pero no un mensaje, porque los mensajes dejan de Serlo cuando nadie puede leerlos.

¿Será éste el verdadero significado de las palabras? No, no es el único, ni el verdadero ni el inmutable; si logramos un acuerdo será el significado acordado entre nosotros para estas palabras, pero que permitirá que nos entendamos.

Muchos han sido los campos que intervinieron en las reflexiones sobre este tema. Esto ha enriquecido indudablemente a estos estudios, al aportar las diferentes miradas sobre el mismo, pero también han creado dificultades semánticas, ya que un mismo término tiene connotaciones diferentes de acuerdo con cada campo.

Uno de dichos problemas se presenta cuando hablamos del término “interacción”. ¿Qué es una interacción? La primera idea que surge es: acción recíproca. Esto implica, por lo menos, dos elementos A y B y una acción que afecta a A y a B. Esto marcaría una diferencia entre acción e interacción. La acción puede ser teóricamente de un solo elemento, por ejemplo el gesto que hago a solas, la edición del diario que nadie lee, es decir: A y la acción, pero sin un B que lo reciba. Pero cuando existe un otro que recibe la acción (simultánea o sucesivamente) siempre hay una interacción, y sea cual fuere la respuesta del otro, afectará las futuras acciones de A. O sea que para los fines didácticos podemos decir que tenemos a A, que realiza una acción, que la recibe B, quien reacciona y realiza una nueva acción, a la cual llamaremos retroacción, que acciona sobre A. El cual a su vez retroacciona. Podemos decir que A y B están interaccionando. Como veremos más adelante, determinar cuál es la acción y cuál la retroacción va a depender de la puntuación que hagamos de la secuencia.

Bateson dice que: “la unidad mínima de interacción contiene tres componentes... Llamaremos a estos tres componentes ‘estímulo’, ‘respuesta’ y ‘refuerzo’. De ellos el segundo es el refuerzo del primero y el tercero es el refuerzo del segundo”.

Éste es, obviamente, un esquema muy simplificado, porque siempre son procesos complejos, en los cuales además de la interacción de A y B están las interacciones de cada uno de estos elementos con el contexto.

En realidad nosotros, los seres vivos, estamos siempre en interacción, y cuando dejamos de estar en interacción dejamos de ser; nos morimos. Pero esta idea de que estamos en permanente interacción con nuestra biosfera es un concepto relativamente nuevo para la intimidad. Los hombres creyeron que podían hacer cualquier cosa, que el planeta era algo inagotable, y ahora estamos pagando las consecuencias, y si no modificamos esta actitud el futuro de la humanidad y del planeta en su totalidad está en grave peligro. Hemos estado accionando y el planeta nos está retroaccionando, y recién en los últimos años estamos retroaccionando a la retroacción del planeta. Nosotros y el planeta pertenecemos al mismo sistema, al mismo ecosistema, y todo sistema se caracteriza porque sus elementos están en interacción.

Cuando el sistema está formado por seres humanos, a esta interacción la llamamos comunicación humana.

¿Y qué es la relación? En la mayor parte de la bibliografía sobre el tema están considerados como sinónimos, pero Bateson en sus últimos escritos considera a la relación como “una cualidad emergente” un producto de la doble descripción.

“Es correcto (y constituye un gran avance) comenzar a pensar en los dos bandos que participan en la interacción como dos ojos, cada uno de los cuales da una visión monocular de lo que acontece, vivimos en una visión binocular en profundidad. Esta doble visión es la relación.”

No hay posibilidad de observar nada, ningún objeto, sí no es en relación. En la relación, la unidad es por lo menos dos. No existen objetos aislados, porque si están aislados; ¿de qué están aislados? El estar aislado es ya una relación. Una relación de aislamiento, pero relación al fin.

Nuestro lenguaje nos lleva a engaños, decimos que la leche es blanca y el café es negro, como si fueran verdades de las cosas o de las personas. Y lo que ocurre es que estamos siempre realizando comparaciones, o sea relaciones comparativas y no nos damos cuenta de que las hacemos, invisibilizamos al otro elemento de la comparación, al otro elemento de la relación.

También hablamos de interrelaciones. La interrelación sería la relación entre las relaciones. Es una idea de tercer orden, porque como dice Bateson, sólo tenemos ideas y nada más que ideas; dentro de nuestra cabeza —o dentro de nuestro corazón o donde fuere— no tenemos cocos sino la idea de cocos, pero siguiendo con el ejemplo de Bateson, tenemos también la idea de palmera y entonces teniendo estas dos ideas podemos construir otra idea de segundo orden: Los cocos se caen de las palmeras (ésta sería una relación de segundo orden). Pero si también tengo las ideas de uvas y de parra, y de la relación entre ellas, o sea que tengo la idea de que las uvas también se caen de las parras (otra idea de segundo orden), entonces puedo construir una idea de tercer orden que podría ser la siguiente: las uvas tardan más en caerse de las parras que los cocos de las palmeras. Estoy interrelacionando o relacionando dos relaciones.

Después de todo este recorrido sobre estas palabras podemos decir que, generalmente se utilizan como sinónimos las palabras Interacción, relación e interrelación (aunque podemos hacer las diferencias que hicimos, a efectos de precisar mas claramente los términos). O sea que, al leer los libros sobre comunicación, tendremos que contextualizar los términos y tratar de entender en qué sentido el autor los usó, si como sinónimos o teniendo en cuenta estas diferencias que hemos apuntado.

En la medida en que todo “concepto” es producto de una construcción social, muchas veces es deseable sacrificar su significación léxica debido al reconocimiento y difusión que ha alcanzado. La precisión lingüística no siempre da mayor rigor o mayor comprensión conceptual, pero creo que es bueno tener en cuenta estas diferencias para tratar de comprender este complejo tema; esta falta de exactitud en los términos no es más que una muestra de la complejidad del presente tema.

Capítulo I: La Comunicación Humana

Una de las formas de la comunicación humana es el lenguaje. ¿Pero qué es el lenguaje? Según el diccionario, “es el conjunto de sonidos articulados con el cual el hombre manifiesta lo que siente o piensa”. Si observamos los restos fósiles de los primates que vivieron en nuestro planeta hace aproximadamente 3,500,000 años, con un volumen cerebral de aproximadamente 430 centímetros cúbicos, y los comparamos con el volumen actual de los cerebros humanos, que es de aproximadamente 1,450 o 1,500 centímetros cúbicos, surge la pregunta: ¿A qué se debió este desarrollo? Para Humberto Maturana la transformación del cerebro se debe no al uso de las manos para la fabricación de instrumentos, como se había pensado, sino que está principalmente relacionado con el lenguaje. Maturana define al lenguaje como “un operar en coordinaciones de acciones consensuales de coordinación de acciones consensuales”. El entiende a las coordinaciones de acciones como comunicación, o sea cuando dos o más personas pueden coordinar sus acciones, se comunican (en este instante) para coordinar sus acciones futuras, por ejemplo: yo le hablo a él en este momento y él me escucha (coordinación de acciones), y lo que hacemos es coordinarnos para poder coordinar una salida juntos o separados mañana. Según Maturana, cuando se puede hacer esto estamos en el lenguaje, lenguajeamos. El lenguaje como fenómeno no co existe en un conjunto de reglas, sino que tiene lugar en el espacio de las relaciones y pertenece al ámbito de las coordinaciones consensuales de acción como un modo de fluir en ellas: no se da en la cabeza, en el cerebro o en la estructura de mi cuerpo, ni en la gramática, ni en la sintaxis.

El lenguaje surge cuando se incorpora al vivir, como modo de vivir, este fluir en coordinaciones conductuales de coordinaciones conductuales que surgen en la convivencia como resultado de ella, es decir, cuando las coordinaciones conductuales son consensuales, o sea que el lenguaje es típicamente humano y es un grado más elevado, más recursivo que la comunicación.

La comunicación es un proceso que en parte lo compartimos con los seres vivos en general y con los mamíferos en especial.

¿El lenguaje es sinónimo de hablar? No. Hablar es una acción. Podríamos compararla con el lenguaje. Pero el “habla” en realidad es un tipo de lenguaje, el lenguaje oral. Yo puedo coordinar mi coordinación de acciones a través del lenguaje escrito, por ejemplo a través de cartas o fax. Y por otro lado, no todo hablar es un lenguaje; muchas personas hablan pero no lenguajean, para lenguajean tiene que haber coordinación de acciones.

Desde esta perspectiva ¿Cuando lenguajeamos nos comunicamos? Sí. ¿Y cuando hablamos nos comunicamos? A veces sí, pero muchas otras veces no. Muchas son las palabras que se dicen y que nadie escucha, y por lo tanto nadie responde a esas palabras, por ejemplo lo que se habla o informa por los mal llamados medios masivos de comunicación.

Podemos concluir señalando que el lenguaje y la comunicación tienen en común el que los dos son formas de transmitir, de compartir ideas, pero el lenguaje es sólo uno de los tipos de comunicación, típicamente humano, pero no el único que tenemos los humanos.

La comunicación es un proceso, no es una acción, es un conjunto de acciones en la cual están comprometidos por lo menos dos seres vivos, que se relacionan y mutuamente producen modificaciones que son producto de interacciones, siendo la comunicación humana aquella en que se utiliza el lenguaje, lo que la hace más completa y a la vez más compleja.

1.1 Características de la Comunicación Humana

La comunicación humana es un proceso que se caracteriza por:

- a. Incluir a dos o más emisores – receptores,
- b. Entre los que circulan mensajes,
- c. En una serie de idas y vueltas,
- d. Por diferentes canales al mismo tiempo, al mismo tiempo o sucesivamente,
- e. Siendo, en el mejor de los casos, congruentes los mensajes que se envían a través de diferentes canales,
- f. Pero que siempre se influyen mutuamente,
- g. El proceso ocurre dentro de un contexto espacial,
- h. Y está afectado por un contexto histórico

- i. El conjunto de todo esto genera una historia o narrativa.

En un proceso de comunicación se construye una micro o macro historia o narrativa, la cual a su vez se transformará en contexto histórico y afectará las relaciones entre quienes se comunicaban y, por lo tanto, afectará los mensajes. A veces estas historias o narrativas construidas en el proceso de comunicación afectan retroactivamente historias pasadas.

Para poder comprender este tema de la comunicación humana, tenemos que estudiarlo dividido, tomando en cuenta las divisiones que se han realizado en la semiótica, o sea, Sintáctica, Semántica y Pragmática.

Capítulo 2: Sintáctica, Semántica y Pragmática

2.1 Sintáctica

Si entendemos por sintáctica de la comunicación los canales que utilizamos para transmitir información, nos encontramos con los siguientes:

1. Verbal (las palabras)
2. Para-verbal (tonos, volumen, etc...)
3. No-verbal (gestos, posturas, distancia, etc...)
4. Contexto

En nuestro idioma español, a diferencia de otros idiomas en donde la posición de las palabras determina si se está preguntando o no, lo único que diferencia una pregunta de una afirmación es el tono con que se realiza, por lo que resulta excesivamente importante la función sintáctica de los canales para-verbales y no-verbales en nuestra comunicación.

2.1.1 El Canal Verbal

El lenguaje, las palabras, etc..., son el componente digital de la comunicación. Nos sirven para nombrar las cosas. El canal verbal es el canal privilegiado para transmitir información acerca del contenido de la comunicación, es decir, lo que se quiere decir, por ejemplo, en este escrito las palabras ayudan a transmitir el qué del mismo. El hecho de que la humanidad haya accedido a este tipo de comunicación es lo que le ha permitido evolucionar más que a los otros mamíferos, porque se ha producido una transmisión más rica de información.

Como ejemplo de esto sólo tenemos que sentarnos a observar uno de esos programas de televisión, copias de aquel famoso y bien recordado “Dígalo Como Pueda”, en el que los

concurstantes, al verse privados de utilizar el lenguaje verbal, realizan cuantas peripecias podríamos imaginar tratando de transmitir ideas, conceptos o hechos, que al finalizar el concurso en cuestión de segundos son comunicadas, y de igual forma son comunicadas por nosotros decenas de veces en un día ajetreado.

Pero existe también lo que Virginia Satir llama “problema denotativo”, es decir, que a una misma palabra le asignamos distinto significado; una palabra puede denotar cosas diferentes. Denotar quiere decir “se refiere a”, por ejemplo la palabra mesa se refiere a la mesa donde comemos, pero también resulta que en nuestro país es un apellido “Mesa”, por lo que podríamos perfectamente decir “Mesa ven acá”, o al escuchar a dos mujeres en un hotel decir “cuarto para las dos”, no sabríamos si se refieren a que quieren una habitación doble, o están diciendo la hora.

También nos habla Satir de lo que resulta ser “el problema connotativo”, que resulta cuando una misma palabra nos sirve para calificar algo o a alguien de dos formas distintas, es decir, “es un tipo rápido”, dependerá del contexto determinar si se quiere decir que es un tipo inteligente, enamoradizo o ladrón.-

2.1.2 El Canal Para-Verbal y el No-Verbal

El tono de voz, volumen, ritmo, etc... (para-verbal), así como los gestos, posturas ritmos y cadencia de movimientos, etc... (no-verbal), son los componentes analógicos de la comunicación, los cuales tenemos en común con los animales, sobre todo con los mamíferos. Por este motivo es que podemos comprender qué relación quiere tener un animal con nosotros mirándolo; si mueve la cola podemos acercarnos confiados, pero si tiene los pelos erizados, debemos pensar en como alejarnos de él sin que nos ataque. Estos componentes analógicos son los más utilizados y más efectivos para transmitir información acerca de las relaciones. Están más rígidamente programados, son más inconscientes y más difíciles para simular.

Generalmente, entre los humanos, los canales no-verbal y para-verbal son utilizados para meta-comunicarse acerca de la forma como debe ser entendido lo que se dice en el canal verbal.-

2.1.3 El Canal Contextual

También constituye un canal de comunicación, nos da una pauta de cómo debemos entender lo que se dice. La misma afirmación expresada en un contexto o en otro se significa de forma diferente, por ejemplo “ Arriba las manos” dicho en el asalto de un banco, a cuando se dice en una clase de aeróbicos. La posibilidad de entender el contexto en el cual se da una comunicación, puede tener consecuencias en cuanto a la supervivencia. Ejemplos en la vida cotidiana sobran, pero películas como La Rosa Púrpura de El Cairo de Woody Allen, es un ejemplo maravilloso de los embrollos que pueden ocurrir cuando alguien se traslada de un contexto a otro, y nos muestra cómo las acciones que pueden resultar válidas en uno son aberrantes en otro.

2.2 Semántica de la Comunicación Humana

La semántica se interesa por la atribución de significado. En uno de los trabajos de BATESON titulado “Estilo, gracia e información en el arte primitivo” define el significado como el patrón que le permite a un observador conjeturar a partir de lo observado, con un éxito superior al previsible por el azar, qué es lo que hay del otro lado. O sea que la atribución de significado es una restricción en la medida en que limita las interpretaciones que podemos hacer de un significante. Cuanto mayor sea la restricción, más cargado de “significado” estará un significante.

En síntesis, podemos decir que dentro de las teorías de la comunicación el significado no es entendido como algo que esté unido al significante, sino que es algo que, como dicen las teorías pos modernas de la lingüística, se crea y recrea permanentemente en la comunicación humana, que involucra múltiples canales de transmisión de la información y también a los dos hemisferios que actúan en su procesamiento. Específicamente, la asignación de significados se da en la conversación en forma de diálogo, en la cual se producen nuevas restricciones en cuanto a la forma de entender un significante.

2.3 Pragmática de la Comunicación Humana

La pragmática de la comunicación humana consiste en los efectos que produce la comunicación en la conducta de los individuos que interactúan en la misma, toda vez que toda conducta en una situación de interacción tiene un valor de mensaje, es decir es comunicación.

Capítulo 3: Los Axiomas de la Teoría de la Comunicación

Se les llama axiomas a algunas propiedades simples de la comunicación que encierran consecuencias interpersonales básicas. Cuando las personas intentan dejar de lado estos axiomas surgen conductas que han sido calificadas como trastornos conductuales.

3.1 Primer Axioma: “No es posible no comunicarse”

Cuando estamos en presencia de otra persona no podemos dejar de comunicarnos. Cualquier conducta que el receptor de un mensaje haga o deje de hacer es interpretado como un nuevo mensaje que contesta al primero. O sea que entramos en el proceso comunicacional.

Frente a un mensaje tenemos un número limitado de reacciones posibles:

- a. Aceptar la comunicación, y entablar una comunicación aceptando ingresar en el proceso comunicacional.
- b. Rechazar la comunicación, o sea comunicarle que no queremos continuar la comunicación, ya sea de manea verbal o no.
- c. Descalificar la comunicación, que abarcará una amplia gama de conductas, tales como incongruencias, cambios de temas, autocontradicciones, oraciones incompletas, malentendidos, etc.
- d. Tener un síntoma, o sea le comunicamos que no nos comunicamos porque no podemos, algo nos lo impide, que es ajeno a nuestra voluntad, por ejemplo un dolor de cabeza, un desmayo, etc.
- e. “Negar” que nos comunicamos y luego negar que la primera comunicación fue una negación. Es el caso de la comunicación llamada esquizofrénica, en el cual se obliga al

interlocutor a elegir entre muchos significados posibles que no sólo son distintos sino que incluso pueden resultar incroguentes

3.2 Segundo Axioma: “Toda comunicación tiene un aspecto de contenido y un aspecto relacional, tal es que el segundo clasifica al primero y es, por ende, una meta-comunicación”

En toda comunicación hay dos niveles, el referido al contenido y el referido a la definición de la relación.

3.3 Tercer Axioma: “La naturaleza de una relación depende de la puntuación de las secuencias de comunicación entre los comunicantes”

Si tenemos en cuenta el carácter circular de la comunicación, y el hecho de que acontece dentro de un contexto histórico, nunca podemos determinar en que momento empezó, porque siempre se pondrá un hecho anterior, y a éste otro hecho anterior, y así hasta el infinito. Las personas en sus procesos comunicacionales suelen no iniciar desde el mismo punto la secuencia comunicacional y esto da lugar a una gran cantidad de malentendidos.

3.4 Cuarto Axioma: “Los seres humanos se comunican tanto digital como analógicamente”

La comunicación digital cuenta con una sintaxis, lógica sumamente compleja y poderosa, pero carece de una semántica adecuada en el campo de la relación, mientras que el lenguaje analógico posee una semántica pero no una sintaxis adecuada para la definición inequívoca de la naturaleza de las relaciones. El mayor obstáculo que encontramos es la dificultad para traducir desde lo digital hasta lo analógico y viceversa.

3.5 Quinto Axioma: “Todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios, según estén basados en la igualdad o

en la diferencia”

Según BATESON existen dos tipos de interacción:

- a. Simétrica: En la cual frente a una acción de A, B respondía una acción de igual tipo e intensidad, por ejemplo: él grita y entonces ella grita igual que él.
- b. Complementaria: En la cual frente a una acción de A, B respondía con la conducta opuesta. Por ejemplo: dominio-sometimiento: él grita-ella se calla.

Capítulo 4: La Comunicación Paradójica

El tema de la paradoja ha suscitado la atención de los pensadores desde la antigüedad. Un ejemplo de paradoja es: “todos los cretenses son mentirosos. Firmado Epiménides de Creta”. Si Epiménides era cretense, él también es mentiroso, por lo tanto está mintiendo, y entonces lo que dice (que todos son mentirosos) es verdad, pero si es verdad entonces es mentira y se entra de esta forma en un círculo vicioso.

La paradoja puede definirse como una contradicción que resulta de una deducción correcta a partir de premisas congruentes.

Podemos señalar tres tipos de paradojas:

1. Las paradojas lógicas o antinomias: son aseveraciones que desde el punto de vista de la lógica son contradictorias y demostrables.

2. Las paradojas semánticas, antinomias semánticas o definiciones paradójicas: son semejantes a las anteriores pero surgen de algunas incongruencias ocultas en la estructura de los niveles del pensamiento y del lenguaje. Quizá la más conocida de estas paradojas es: “estoy mintiendo”.

3. Las paradojas pragmáticas: son las que menos se han estudiado; surgen en el curso de las interacciones y determinan la conducta. Han sido divididas en:
 - a. Instrucciones paradójicas: Se le ordena a un soldado que afeite a todos los soldados que no se afectan ellos mismos. ¿dónde se ubica el soldado barbero?. Entre los que se afeitan a sí mismo, o entre los afeitados por el barbero que no es otro sino él. Las consecuencias pragmáticas de este tipo de paradojas hacen que se haga lo que se haga siempre se pierde, es decir que podríamos resumirlo en “pierde si lo hace- pierde si no lo hace”.

b. Predicciones paradójicas: Llevan a la imposibilidad del predecir que puede acontecer, en virtud de que los diferentes enunciados se contradicen entre sí, y si se acepta uno el otro se resignifica de otra forma, pero si se acepta el otro, el primero también se resignifica, y en ambos casos se pierde.

MODULO III:

LA NEGOCIACIÓN

AUTOR: FÉLIX MARÍA REYES

Capítulo I ¿Qué son Las Negociaciones?

Las negociaciones se encuentran en todas las expresiones de la vida, ya que esta se desenvuelve en medio de procesos constantes de intercambio de compromisos y promesas.

I.1 Concepto. Importancia. Características. Elementos-Condicionales.

Las Negociaciones son procesos de intercambios de promesas y compromisos hechos con la finalidad de satisfacer deseos y necesidades recíprocas.

Su importancia radica en que, esencialmente, es el medio básico para acordar voluntades para la resolución de un conflicto, ya que mediante estas se obtiene lo que queremos de los otros con su participación en la decisión.

Estas se caracterizan por:

- Ser una actividad permanente e inherente a todos los humanos.
- Es un proceso que implica comunicar nuestros puntos de vista, recibir los de los otros y mezclarlos en la búsqueda de la solución mas conveniente para todas las partes.
- Ser un proceso de intercambio en el que se cede algo, a cambio de recibir del otro algo.

La existencia de una necesidad, el interés de satisfacerla y el reconocimiento reciproco de cederse mutuamente algo, son los componentes de las negociaciones.

Para que hayan negociaciones deben existir las condiciones básicas siguientes:

- Un conflicto de interés.
- Imposibilidad de coercer para su solución.
- Más de una solución.
- Tener la oportunidad de hacerse concesiones satisfactorias recíprocas.

I.2 ¿Por qué son Necesarias?

El Conflicto-La Interdependencia- La Cooperación.

La existencia de un conflicto de intereses, la interdependencia de unos y otros, y la cooperación son los hechos y las circunstancias que hacen necesarias las negociaciones, como parte de la vida en sociedad.

Que haya un elemento de conflicto, en cualquier estado en que se encuentre, así lo requiere como un medio para acordar su disolución o superación.

Somos interdependientes porque recíprocamente dependemos, y a su vez otros de la nuestra, de la cooperación para obtener lo que queremos.

La cooperación se establece cuando obramos conjuntamente con otras personas en la búsqueda de objetivos comunes.

I.3 Los Estilos

Distributivo-Integrativo.

Existen diversos modos de hacer las negociaciones, pero en síntesis, estos se resumen a dos:

- Atributivo
- Integrativo

El estilo Atributivo también es conocido como Imperativo o Impositivo, tiene por objetivo que una parte gane a costa de que la otra pierda, y sus características básicas son las siguientes:

- Se fundamenta en el uso del poder para obtener ventajas frente a la otra parte .
- La lógica es la de “Yo gano, El pierde”, es decir, que la ganancia de una parte es igual que la otra parte solo pierda.
- Su razón es el regateo, porque se parte del supuesto que en las negociaciones los intereses son opuestos y lo importante es conceder lo menos a la otra parte.
- Utilización del poder para obtener ganancias.
- Aptitud inflexible y de desconfianza con la otra parte.

Al estilo Integrativo además se le llama Asociativo o Cooperativo, su objetivo es el de evitar la confrontación abierta, buscando una solución cordial y aceptable para las partes envueltas en

las negociaciones y sus características básicas son las siguientes:

- Se fundamenta en la confianza recíproca entre las partes que hacen las negociaciones.
- La lógica es la de “Ganar-Ganar”, en él ambas partes aportan todos los medios necesarios para encontrar soluciones válidas para satisfacer sus necesidades, lo que representa la ganancia de ambos.
- Su razón es el intercambio entre las partes, esto es hecho de forma cooperativa y flexible, obteniendo agregados.
- Lo esencial es que con la colaboración de ambas partes, fundamentado en la confianza y en la información, se busque una solución conjunta, tomando en consideración los intereses, las metas y las ganancias comunes.
- El conflicto se ve como una oportunidad para crecer en creatividad y opciones.

En pocas oportunidades se presentan estos estilos de forma pura, generalmente en los procesos de negociaciones se presentan de formas combinadas, mezclándose en proporciones, diferentes dosis de poder y de confianza, ya que aplicar un estilo distributivo conduce con facilidad a que se rompan las negociaciones y en contraposición hacerlo de forma contributiva puede llevar a un acuerdo desfavorable.

1.4 Los Condicionantes

El tiempo-La información-El Poder.

La posibilidad de que las negociaciones se produzcan, la forma en la que se desarrolle el proceso y sus resultados, son determinados por la posibilidad que tengan las partes de tener y usar el tiempo, la información y el poder.

El tiempo determina la oportunidad, la duración y el ritmo de las negociaciones, indicando el momento ideal para llevarlas a cabo, su intervalo y cuando hacer las concesiones.

La información proporciona el conocimiento para analizar las posibilidades y capacidad de las partes y tiene relación directa con la posibilidad del uso de los recursos materiales y humanos.

El poder visto como el conjunto de medios disponibles para lograr que se hagan las cosas, por su origen este puede ser de naturaleza coercitivo, remunerativo o normativo y por su nivel de aplicación es alto, intermedio o bajo.

1.5 El Proceso

Preparación-Etapas-Acuerdos.

El proceso de las negociaciones transcurre conforme a las fases siguientes:

- Preparación
- Negociaciones
- Acuerdos

La etapa de la preparación se desarrolla en dos fases, en la primera se recopilan, procesan y evalúan las informaciones disponibles, tanto generales como particulares, relativas a las negociaciones; y en la segunda se definen los objetivos básicos, especialmente, el objeto y los límites de las negociaciones, las posiciones propias y de la otra parte, las estrategias y las tácticas.

La etapa de negociaciones, que es el proceso de intercambio hecho a partir de propuestas conocidas y discutidas.

El acuerdo es el resultado de los intercambios convenidos, este debe ser claro, ordenado y preciso, mutuamente satisfactorio para las partes para que quede resuelto el conflicto.

1.6 El Método

La dinámica de las negociaciones se desarrolla conforme a un método que toma en cuenta las actuaciones siguientes:

- Separar las personas del problema.
- Concentrarse en los intereses, no en las personas.
- Reconocer que los demás tienen puntos de vistas propios y diferentes.
- Tener una visión ampliada del problema y complementada con la inclusión de los demás.
- Enfatizar los puntos en común que se tienen con los demás.
- Identificar y excluir las expectativas irreales.
- Ser flexible.
- Tener metas, propósitos y tiempos definidos.
- Reconocer cuando y por qué detenerse.
- Terminar de forma que siempre permita hacer posible negociar de nuevo.

1.7 Las Técnicas

Las técnicas más comunes utilizadas en los procesos de negociaciones son las siguientes:

- La interacción.
- Hacer preguntas

Con la implementación de la técnica de la interacción se tiene el propósito de negociar obrando en base al interés de la otra parte y las más conocidas son:

- Crear empatía adecuada.
- Escuchar activamente.
- Ser asertivo para hablar de las necesidades propias y de los resultados buscados.
- Evitar colocar a los demás en aptitud defensiva.
- Crear un clima apropiado para las negociaciones.
- Evitar las frustraciones, haciendo notar que no todos los objetivos son alcanzables.
- Ser claro y conciso en las expresiones.
- Defender las convicciones propias sin temor y sin ofensa.
- Atender al interés de los demás.

Haciendo preguntas se gana tiempo, permite a las partes exponer sus puntos de vista y se conocen sus reales intereses, éstas deben de hacerse de la forma siguiente:

- Hacer las adecuadas.
- En su oportunidad.
- Específicas.
- En su oportunidad.
- Dirigidas hacia las negociaciones.
- A vencer la resistencia a las negociaciones.
- A crear las condiciones propicias para las negociaciones.
- Autoafirmativas.
- Directas, evitando frases irritantes y de doble sentido.
- Utilizando la forma de la escucha activa, para conocer las necesidades, prioridades y preferencias son la base del punto de la otra parte.

I.8 Estrategias y Tácticas

El diseño del plan a desarrollar para las negociaciones obedecen a las estrategias y a las tácticas necesarias para la obtención de los resultados deseados.

La Estrategia es el plan de acción general a seguir, ella define como se harán las cosas y los medios a utilizar para hacerlas y se enmarca dentro de las aptitudes siguientes:

- Solución de problemas, ambas partes se esfuerzan en buscar alternativas aceptables.
- Competición, se fuerza a la otra parte para que acepte el punto de vista.
- Ceder, una parte concede o reduce su aspiración.
- Inacción, hacer lo menos posible en las negociaciones.
- Retirarse de las negociaciones.

La Táctica comprende a los elementos individuales del plan estratégico y es la que permite aplicar la estrategia, se manifiesta por medio a la utilización de las técnicas y las maniobras, esta puede ser de los tipos siguientes:

- Presión
- Cooperativas
- Conseciones
- Extraordinarias

Tanto la estrategia como la táctica están determinadas por los objetivos propuestos, la influencia de las limitantes y el estilo a seguir para las negociaciones.

I.9 El Negociador

Un hecho esencial de las negociaciones es su aspecto humano, ya que son personas quienes actúan en el proceso, a partir de lo cual se derivan varias situaciones, por lo que es preferible que los negociadores tengan, entre otros, los atributos siguientes:

1. Habilidad para planear.
2. Capacidad para pensar en situaciones de presión.
3. Inteligencia práctica y emocional.
4. Habilidad y facilidad de expresión.
5. Conocimiento de las cosas a negociar.
6. Integridad personal.
7. Habilidad para percibir y explotar el poder.

I.10 Las Negociaciones y la Cultura

La forma de comprender y hacer las negociaciones está estrechamente vinculada a la cultura , ya que cada una tiene conceptos, rituales y tradiciones que la influyen y determinan, estas pueden ser:

- Dimensiones culturales, ya que asignan valores que son los patrones de evaluación de las acciones y de sus consecuencias.
- Sistema de creencias, porque establecen preferencias inconscientes para determinada alternativa.
- Formas de pensamiento, implican una forma para decidir.
- Idiomática, influye en la manera de pensar.
- Gestuales, son las expresiones no verbales y cada cultura asigna una forma de asimilarlas.

MODULO IV:

TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN

AUTOR: SAMUEL ARIAS ARZENO

“...Interrogado un mediador sobre el sentido de su pregunta, contestó: “Estaba buscando el interés”, su co-mediador agregó: “Necesitaba conseguir más información para construir la historia alternativa”, otro mediador comentó: “Tenía que lograr reconocimiento para ese señor deslegitimado...”

(En ronda de mediadores)⁹

Una mediación o una conciliación, es una negociación organizada, en la cual un tercero neutral facilita la comunicación entre las partes para que éstas puedan alcanzar un acuerdo. De aquí, que los principios de negociación son aplicables a la mediación y a la conciliación.

Tres grandes corrientes han sido establecidas como modelos de técnicas de mediación, a saber:

- a. El modelo Tradicional o de Harvard;
- b. El modelo Transformativo de Bush y Folger; y
- c. El modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb.

Estos modelos y técnicas no son únicos ni mucho menos infalibles. Pretendemos describir a grandes rasgos el contenido de cada uno de ellos para permitir al conciliador o al mediador, ante un caso determinado, elegir el más adecuado para la solución del conflicto, sin descartar la posibilidad de que en un mismo caso pueda utilizar técnicas de un modelo o de otro.

La cita que figura en el encabezado extraída del artículo “Diseño Reflexivo en la Práctica de la Mediación”, de la autoría de las Profesoras Silvia Vecchi y Silvana Greco, no puede ser más ilustrativo. Ante la misma pregunta, los mediadores, en atención al modelo de su formación o preferencia encontrarán el sentido de sus preguntas. Como veremos más adelante, el modelo

⁹ VECCHI, Silvia y SILVANA GRECO. Diseño Reflexivo en la Práctica de la Mediación. Del libro Nuevos Paradigmas en la Resolución de Conflictos, perspectivas y prácticas. Ediciones Gránica, S.A. Buenos Aires (Argentina), 2000. Pág.235

tradicional de Harvard trabaja con los intereses de la partes; el modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb trabaja con la historia alternativa; mientras que el Modelo Transformativo de Bush y Folger trabaja con la transformación del conflicto en base a la revalorización y el reconocimiento.

En esta unidad de técnicas y herramientas, se utilizará indistintamente las palabras “mediador” o “conciliador”, que para los fines de este trabajo no presentan diferencia alguna, salvo algunas limitaciones que el juez, como conciliador, no debe traspasar, ya que en caso de no lograrse el acuerdo, podría comprometer su imparcialidad, y por lo tanto, descalificarse para resolver jurisdiccionalmente el caso. No obstante, este aspecto parece estar salvado en nuestro Proyecto de Código de Procedimiento Civil que prevé que la conciliación será celebrada por un juez que no se encuentre apoderado del fondo del litigio. De aquí que, como está concebida en nuestro proyecto, la conciliación no es más que una mediación en la que el mediador es un juez.

Capítulo I: El Modelo Tradicional o de Harvard

Durante una mediación, las partes necesitan estar informadas de que las negociaciones envuelven compromisos y que ningún lado recibirá todo lo que quiera. En una mediación típica, numerosas ofertas serán intercambiadas. En el modelo de reuniones individuales, el mediador irá proponiendo las ofertas entre las partes de forma separada. Durante este tiempo, el mediador hará un examen de la realidad de cada oferta y jugará al abogado del diablo.

Hoy conocido como el Método Tradicional de Mediación, empleado en la mayoría de los centros de mediación en los Estados Unidos de América, se tiene sus bases en un innovador método de negociación desarrollado por el Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard.

Nótese que este modelo, proveniente del campo empresarial, se centraliza en el acuerdo y se encuentra más en el ámbito de la negociación.

1.1 Premisas del Método Tradicional o de Harvard.

“Aunque se negocia todos los días, no es fácil hacerlo bien. Las estrategias estandarizadas para negociar, con frecuencia dejan a las personas insatisfechas, cansadas o alienadas –y a menudo las tres cosas a la vez.

“La gente se encuentra casi siempre frente a un dilema. Por lo común, observa dos maneras para negociar: la suave o la dura. El negociador suave procura evitar conflictos personales, y por eso hace concesiones con objeto de llegar a un acuerdo. Quiere una solución amistosa; sin embargo, a veces termina sintiéndose explotado y amargado. El negociador duro ve todas las situaciones como un duelo de voluntades, en el cual la parte que toma posiciones más extremas

y se resista por más tiempo es la que gana. Este negociador aspira a ganar; no obstante, con frecuencia acaba por emitir una respuesta igualmente dura que lo agota, agota sus recursos y lastima su relación con la otra parte.

“Además, hay una tercera manera para negociar, que no es ni dura ni suave, sino más bien a la vez dura y suave. El método de la negociación según principios desarrollados en el Proyecto de Negociación de Harvard, consiste en decidir los problemas según sus méritos, en lugar de decidirlos mediante un proceso de regateo centrado en lo que cada parte dice que va o no va a hacer. Sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y que cuando haya conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo, independientemente de la voluntad de las partes. El método de la negociación según los mencionados principios es duro para los argumentos y suave para las personas. No emplea trucos ni poses. La negociación según principios le muestra cómo obtener sus derechos y a la vez ser decente. Le permite ser justo y a la vez lo protege contra aquellos que estarían dispuestos a sacar ventaja de su justicia.”¹⁰

El formato sugerido para la negociación es utilizar el interés basado en acercamiento para negociaciones hecho famoso por Roger Fisher y William Ury del proyecto de negociación de la Universidad de Harvard. Este acercamiento, descrito en su libro, *Obtenga el sí: Negociando Acuerdos sin ceder*, se resume en los siguiente:

1. Separe a las personas de los problemas
2. Concéntrese en el interés no en las posiciones
3. Invente opciones donde ambos lados ganen
4. Insista en un criterio objetivo
5. Sepa cual es su mejor alternativa para negociar un acuerdo

1. Separe a las personas de los problemas. Es importante en una negociación no personalizar los puntos en desacuerdo. Los participantes deben ver el problema como uno a resolverse, no uno causado por un individuo particular. Sea duro con el problema, pero suave con las personas involucradas.

2. Concéntrese en el interés no en las posiciones. Una posición es lo que alguien quiere.

¹⁰ FISHER, Robert y William Ury. *Sí..De Acuerdo! Cómo Negociar Sin Ceder*. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Grupo Editorial Norma, 1993. Introducción, página XVIII y XIX

Intereses y necesidades enfocados de la forma en que un individuo quiere algo. Concéntrese en los intereses y las necesidades envueltas. Esto permite que las partes resalten sus necesidades e intereses y busquen la forma de satisfacerlos.

3. Invente opciones donde ambos lados ganen. En algún punto durante la negociación, las partes deben hacer un ejercicio mental en orden de buscar una variedad de opciones que puedan resolver los problemas. Esto permite a las partes determinar más adelante cual de las opciones son soluciones más viables y cuales no lo son.

4. Insista en un criterio objetivo. Generalmente, las partes no están de acuerdo sobre el criterio que debe ser usado para resolver el problema. Cada parte dará buenas razones por las cuales sus criterios deben de ser usados. Esto usualmente termina en una controversia. Si esto ocurre, las partes están motivadas a usar un estándar objetivo que no esté atado a ninguno de los dos lados. Este estándar independiente debe llevar a las partes lejos de sus posiciones y más cerca de un estándar neutral.

5. Conocer su mejor alternativa para un acuerdo negociado. Este es el estándar con el que debe medirse cualquier solución propuesta. Si una parte no conoce su mejor alternativa para un acuerdo negociado, no tiene nada con que medir la solución que le han propuesto. Conocer su mejor alternativa para un acuerdo negociado es la única forma que impide aceptar términos desfavorables de un acuerdo o rechazar términos que le convengan.

1.2 Técnicas de Mediación y Conciliación en el Modelo Tradicional de Harvard.

A continuación presentamos algunas técnicas de mediación propuestas por el Profesor Bobby Marzine Harges de la Universidad de Loyola en New Orleans, Louisiana¹¹, en su curso de Mediación y Arbitraje. Hemos tratado de adecuar las sugerencias del Profesor Harges con miras a la conciliación, que es más aplicable a jueces. Las orientaciones del Profesor Harges toman como base las técnicas desarrolladas por los Profesores R. Fisher y W. Ury de la Universidad de Harvard, y que fueron plasmadas en su mundialmente famoso libro “Obtenga el Sí”.

¹¹ HARGES, Bobby Marzine. Mediation Training Manual. New Orleans (Louisiana): 2000.

Comparten con el Profesor Harges este modelo tradicional de mediación las profesoras argentinas Gladys S. Alvarez y Elena I. Highton, desarrollado en su libro “Mediación para Resolver Conflictos”¹².

Lo que a continuación presentamos es una mezcla de las recomendaciones aportadas por los profesores Harges, Alvarez y Highton, en sus obras antes indicadas.

1.2.1 Fases de una Conciliación

1. Introducción del Conciliador
2. Declaración de las partes
3. Identificación de los hechos
4. Generación de opciones
5. Negociación
6. Acuerdo
7. Redacción del acuerdo

Los conciliadores que utilizan el modelo de “juntas” o “reuniones”, por lo regular tienen una reunión conjunta con las partes. Después de su introducción, las partes hacen sus respectivas declaraciones. Si los abogados están presentes, tanto ellos como las partes pueden hacer sus declaraciones iniciales. La identificación de los hechos y la generación de las opciones, por lo general, son hechas en secciones conjuntas. La negociación es realizada por el conciliador en secciones (juntas) separadas con cada una de las partes, sirviendo el conciliador como mensajero hasta que se logra el acuerdo. Una vez es logrado el acuerdo, el conciliador se reúne con todas las partes para verificar y/o redactar el acuerdo.

En el modelo de juntas o reuniones, los pasos son los siguientes:

1. Reunión Conjunta
2. Reunión Individual, Sección Individual, Sección Individual...
3. Reunión Conjunta II
4. Reunión Individual, Sección Individual (Si son necesarias)
5. Reunión Conjunta Final (Con o sin acuerdo)

¹² ALVAREZ, Gladys S., Elena I. Highton y Elías Jassan. Mediación para Resolver Conflictos. Buenos Aires (Argentina): Ad-Hoc S.R.L. págs. 243-332.

1.2.2 La Introducción en la Conciliación es Muy Importante.

En ella se establece los pasos de todo el proceso. Permite al conciliador explicar todo el proceso conciliatorio, el rol del conciliador y las reglas a seguir. Estas explicaciones son bastante útiles cuando las partes no saben lo que es la conciliación.

Aún en los casos en que las partes saben lo que es la conciliación, la introducción les servirá para empezar con las mismas expectativas. Es importante y útil explicar el procedimiento que se seguirá y cual es la finalidad que se persigue.

¿Qué debe cubrir la Introducción?

1. Presentación del Conciliador. Explique su profesión, su formación académica en el área y sus experiencias.
2. Explique como llegó a ser conciliador en este caso. Fue seleccionado por las partes, o por el juez.
3. Establezca la identidad y el rol de cada uno de los presentes. Determine si cada uno de los presentes es necesario para la celebración de la conciliación.
4. Explique su rol en el proceso. Usted no juzgará, y por lo tanto no impondrá una solución en el caso. Su rol básico es ayudar a las partes a negociar un acuerdo. Usted no resolverá el caso, las partes lo harán.
5. Explique el proceso de conciliación. La naturaleza confidencial del proceso. Las secciones conjuntas. Las secciones individuales (juntas) confidenciales. Usted podrá durar más tiempo en una sección individual con una parte que con la otra. La importancia de los abogados en la celebración de las juntas. Informe sobre las ventajas de la conciliación y su procedimiento informal y flexible.
6. Aclaraciones propicias, si existen. Es importante revelar su relación previa con alguna de las partes, así como cualquier hecho que pudiera cuestionar su imparcialidad. Declare que no existe prejuicio alguno y haga hincapié en su neutralidad e imparcialidad.
7. Revele conocimientos previos sobre el caso. Si se le ha comunicado, por el tribunal o por alguna de las partes. Algunas informaciones obtenidas pueden ser secretas, sea cuidadoso en

no revelarlas.

8. Describa las facilidades del entorno. Baños, salas de espera, teléfonos, cafeterías, área de fumadores, etc.

9. Explique las reglas del juego. La cortesía. Las no interrupciones. Hágalos saber que usted tomará notas durante el proceso.

10. Explique la confidencialidad y la necesidad del consentimiento de las partes para llegar a un acuerdo.

11. Explique el orden en que las partes expondrán sus argumentos.

12. Pregunte si existe alguna pregunta.

13. Inicie la reunión conjunta.

El propósito de la sección conjunta es permitir a las partes presentar sus consideraciones sobre el caso. Permite al conciliador reunir información y conocer la naturaleza de la disputa, para identificar los problemas y los hechos que deben ser conciliados. Se les permite a las partes hacer sus aclaraciones sobre los hechos y exponer sus puntos de vista sobre la disputa.

El conciliador guía las discusiones, hace preguntas para aclarar los hechos ambiguos para establecer los hechos no controvertidos y el área en que se desarrollará la negociación. En esta etapa el conciliador empieza a explorar las necesidades e intereses de las partes. Debe ser cuidadoso de permitir a las partes mantener sus posiciones, ya que será en las juntas individuales donde podrá reconocer los intereses y necesidades de las partes.

Durante esta primera sección conjunta el conciliador tiene por primera vez la oportunidad de observar la conducta de las partes y de sus abogados. Es preciso observar sus reacciones y respuestas a los argumentos y preguntas del conciliador y de la otra parte.

Cómo conducir una sección conjunta

- I. Establezca los hechos.
 - a. Usualmente el reclamante habla primero
 - b. Presentación del problema por los abogados
 - c. Presentación del problema por las partes
 - d. Haga énfasis en las reglas del juego. Las partes tienden a pelear.
 - e. Asegúrese de entender los hechos.
 - f. Pregunte para esclarecer ambigüedades.
 - g. Resuma su entendimiento de los hechos.

Permítale a los abogados y a las partes presentar el problema desde sus respectivos puntos de vistas. Los abogados, por lo general presentarán los hechos y el problema en términos legales, mientras que las partes presentarán los hechos y el problema en términos de facto. Después de cada presentación, formule las preguntas que sean necesarias para aclarar ambigüedades. No se avergüence de preguntar cualquier hecho o término legal que no entienda. Este intercambio de información es terapéutico para las partes.

La sección conjunta permite a las partes responder las acusaciones y esclarecer los malos entendidos. Por la tendencia natural de las partes a pelear, el conciliador debe recordarles las reglas del juego.

2. Defina el problema
 - a. Separe las personas de los problemas; ataque solamente los problemas
 - b. Separe los intereses de las posiciones
 - c. Pregunte "Por qué" cada parte mantiene una posición
 - d. Establezca los hechos no contestados
 - e. Resuma su entendimiento del problema

3. Obtenga la historia de la disputa
 - a. ¿Cuándo?
 - b. Fecha de la demanda
 - c. ¿Alguna oferta?
 - d. ¿Monto?

4. El conciliador debe...

- a. Escuchar atentamente
- b. Formular preguntas
- c. Observar el lenguaje corporal de las partes y abogados
- d. Mantener contacto visual
- e. Observar la conducta de los presentes

Roles del Conciliador

1. Facilitador. Facilita la negociación entre las partes. El conciliador debe ayudar a las partes a negociar, haciéndolas comprender el proceso de negociación. Formulando preguntas y guiando las discusiones, el conciliador hace la negociación más fácil para las partes.

2. Educador. El conciliador debe ser capaz de entender las necesidades, los intereses y las preocupaciones de cada una de las partes para así poder explicarla a la otra parte.

3. Estimulador. Estimular la discusión entre las partes. El conciliador debe ser capaz de mantener viva la discusión.

4. Traductor. El conciliador debe ser capaz de traducir las propuestas, ofertas y sugerencias de las partes, en términos entendibles para las otras partes.

5. Facilitador Neutral. Manténgase neutral todo el tiempo. Manteniéndose neutral usted gana la confianza de las partes.

6. Agente de realidad. El conciliador debe desinflar las posiciones extremas y las demandas irrazonables.

7. Examinador de realidad. El conciliador debe llevar a las partes a colocarse del otro lado de la contienda. Las partes perciben los hechos de manera diferente. Es útil llevarlos a pensar como la otra parte ha llegado a asumir la posición que defiende en la contienda.

8. Animador. El conciliador debe mantener una actitud positiva acerca de la posibilidad de acuerdo. Deberá, siempre, hacerle saber a las partes que un acuerdo es posible.

1.2.3 Reunión Individual

Es una reunión privada entre el conciliador y una de las partes. En ella es donde el mediador realmente aprende sobre las necesidades e intereses de las partes. La reunión individual permite al conciliador crear opciones y explorar posibles acuerdos. Durante ésta, el conciliador debe observar más allá de las posiciones de las partes. El conciliador debe lograr que todas las partes expliquen y piensen sobre sus peticiones y posiciones y las mediten como si fueran la otra parte.

Durante las reuniones individuales el conciliador es un intermediario diplomático, lleva y trae opiniones y propuestas, intercambiando ofertas y argumentos, minimizando el punto de desacuerdo hasta que las partes lleguen a una solución. Al menos que el conciliador vea avances considerables para otra sección conjunta, usualmente se mantendrá celebrando reuniones individuales sin acordar una sección conjunta mientras dure el proceso de negociación.

Al inicio de la reunión individual, el conciliador debe explicar su compromiso de confidencialidad. Es importante enfatizar que nada de lo revelado al mediador en la reunión individual será revelado a la otra parte sin el permiso de la parte que ha revelado algo. El conciliador debe mantener este voto de confidencialidad. El conciliador debe también explicar la posibilidad de diferencia entre la cantidad de tiempo dedicada en una u otra reunión individual y que eso no tiene importancia. Lo que sí es importante es que cada parte alcance un progreso en el camino de resolver la disputa. Al final de cada reunión individual el conciliador debe distinguir entre la información que es confidencial y la que no lo es.

Debemos señalar que algunos conciliadores nunca usan la reunión individual. Otros, sólo cuando las partes están en un punto donde las negociaciones no avanzan o han dejado simplemente de comunicarse. Cuando la reunión individual no es utilizada, el conciliador debe aprender sobre las necesidades e intereses de las partes, ayudar a las partes a buscar opciones y explorar posibilidades de acuerdo en una sección conjunta.

La mecánica de la Reunión Individual

1. Explicar confidencialidad.
2. Lograr que cada lado explique sus exigencias y posiciones.
3. Hacer preguntas para asegurarse que entiende los intereses de cada parte.
4. Lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra; con el objetivo de que cada una entienda lo que la otra está diciendo.
5. Lograr que cada parte entienda los argumentos de la otra.

6. Lograr que cada parte explique como la otra parte llegó a esa postura.
7. Lograr que cada parte se enfoque en su mejor alternativa para negociar un acuerdo.
8. Lograr que cada parte se enfoque en su peor alternativa para un acuerdo negociable.
9. Lograr que cada parte se enfoque en la mejor alternativa para negociar un acuerdo, de la otra parte.
10. Lograr que cada parte se enfoque en la peor alternativa para negociar un acuerdo, de la otra parte.

En la medida que el conciliador hace preguntas y aprende más sobre las necesidades e intereses de cada parte, debe estar capacitado para determinar cuáles son los puntos importantes para cada parte. Con el conocimiento de esos puntos importantes, el mediador debe traducir la información que ha aprendido en la reunión individual, en términos que sean entendibles para la otra parte. Las preguntas hechas por el conciliador deben reflejar su conocimiento del tema así como en las necesidades e intereses de cada parte. En lo que el conciliador se comunica con ambas partes, prueba la realidad de las ofertas y posiciones así como comunica los avances hechos por cada parte. La reunión individual permite al mediador usar una de sus funciones más importantes, que es crear una duda en la mente de las partes sobre la validez de sus posiciones. Esta duda debe cuestionar a las partes su deseo de obtener alternativas. En la medida en que el mediador se comunica con ambas partes, las reuniones individuales se hacen más cortas y las diferencias entre las partes desaparecerán. El mediador no debe sentirse desanimado si una de las partes mantiene una posición fuerte durante ese tiempo. La paciencia del conciliador es una virtud.

Durante la reunión individual, el mediador hace preguntas probatorias para obtener información de una parte que tal vez no revelaría en la presencia de la otra parte. El mediador debe en todo momento recordarles su voto de confidencialidad. Luego de unas cuantas reuniones individuales, el mediador debe tener una muy buena idea de lo que tomará conciliar el caso. No es bueno acelerar el proceso. Toma tiempo a las partes considerar y reconsiderar las ofertas.

Cuando el mediador ha logrado un acuerdo entre las partes, las invitará a una sección conjunta para obtener una ratificación del acuerdo que las partes han logrado por separado.

Criticas al uso del Modelo de Reuniones Individuales

Argumento: El uso de la reunión individual es para crear un sentimiento de soledad y exclusión en la parte que no está en el proceso de la reunión con el mediador por la falta de conocimiento

de lo que ocurre con la parte opuesta.

Respuesta: El mediador puede prevenir el sentimiento de soledad si explica en el discurso de apertura que la cantidad de tiempo que gastará en una u otra reunión individual no es importante. Adicionalmente, el mediador debe ser sensible a la duración de las reuniones individuales para evitar que se vuelva desproporcionadas.

Argumento: Las reuniones individuales crean una barrera entre las partes porque las partes no pueden oír y responder directamente a los argumentos de sus oponentes. El argumento es que ese tipo de mediación trabaja mejor si las partes se encuentran cara a cara en un intento de trabajar sus diferencias. Respuesta: La reunión individual facilita las negociaciones porque el mediador puede estar capacitado para traducir ofertas y contraofertas, propuestas y contrapropuestas de forma positiva sin el riesgo de dañar las negociaciones. El mediador está capacitado para traducir reacciones negativas en ofertas con respuestas positivas que mantienen las negociaciones en marcha. Por ejemplo, el mediador puede comunicar una respuesta negativa como “el demandante debe estar loco” a “dile al demandante que no es poco realista en su posición”. Para el demandante, eso no es un insulto por lo tanto evita una confrontación. Finalmente, en el proceso de reunión individual, las partes son dadas a conversar en un ambiente de mayor libertad sobre sus casos. Si las partes confían en el mediador, son más propensas a divulgar información confidencial al mediador, en consecuencia el mediador tendrá una mejor idea de los problemas. Este, al final, dará al mediador una mejor posibilidad de asistir a las partes en el logro de un acuerdo.

Argumento: El uso de las reuniones individuales podría causar a las partes desconfianza en el mediador por miedo a que éste pueda intentar manipular a las partes.

Respuesta: Este problema puede ser descartado si el mediador explica en su introducción que durante cada reunión individual, él realmente va a probar cada oferta y jugar al “abogado del diablo”. Finalmente, el mediador debe aclarar su posición de neutralidad temprano y continuar en una posición neutral durante la mediación.

Argumento: Si la reunión individual es utilizada, hay posibilidad de que el mediador inadvertidamente revele información confidencial.

Respuesta: La confidencialidad es esencial en el proceso de mediación. El mediador debe explicar la confidencialidad en su discurso de apertura y al comienzo de la primera reunión individual con cada parte. Siempre, el mediador debe confirmar y al final de cada reunión individual la información que debe ser mantenida confidencial.

Ejemplos de preguntas que deben ser preguntadas y el tipo de afirmaciones que deben ser hechas durante las reuniones individuales.

Al comienzo de la reunión individual (pregunta de apertura y cierre)

- ¿Qué usted piensa?
- ¿Qué usted piensa sobre la posición de X o su afirmación?

Sobre los puntos a discutir

- ¿Cómo se siente con relación a ese punto? Es este un punto fuerte o débil para usted? Explique.
- ¿Cómo puede ese punto afectar sus posibilidades en un tribunal?

Sobre costos y honorarios

- ¿Cuánto tendría que gastar si se va a juicio? En costos? En honorarios de expertos? En honorarios de abogados? En apelación?
- ¿Cuánto se ahorraría si este caso fuera solucionado hoy?

Sobre las posibilidades de Victoria

- Si tiene suerte, ¿qué podría obtener en un juicio?
- ¿Y con mala suerte?
- ¿Cuáles son sus posibilidades de ganar?
- ¿Cuáles son las posibilidades de perder?
- ¿Cuáles son sus posibilidades de batear un home run?

Sobre acuerdos

- En una mediación, el compromiso esta envuelto. Será muy difícil arreglar este caso basado en un buen día de juicio.

Luego de una reunión individual extensa

- Lamento el retraso. Fue un tiempo bien utilizado. Creo que estamos haciendo progresos substanciales.

Presentando los argumentos de la otra parte

- Ellos van a argumentar.

- Ellos están muy seguros sobre este punto.
- Ellos no tienen una buena opinión sobre su argumento.
- Ellos dicen que tiene serios problemas con ese punto.
- Esto es como ellos evalúan el caso.
- Si estuviera en sus zapatos, ¿argumentarías esto? ¿Por qué? ¿Por qué no?
- ¿Usted entiende lo que están diciendo?

Jugando al abogado del Diablo – Probando la realidad

- ¿Podría el (juez o árbitro) creer lo que están diciendo?
- ¿Podría el (juez o árbitro) sentir pena por el demandante?
- ¿Podría el juez creer a los testigos?
- ¿Podría el juez no creerle a sus testigos?
- ¿Cómo planea usted probar esos puntos en el juicio?
- ¿Podría el juez no creerle nada a su cliente? ¿Por qué no?
- Si el juez no cree en su historia, ¿podría ponerle “cero”?
- Póngase en su posición, ¿usted entiende como podrían sentirse de esa forma?
- ¿Usted tiene alguna evidencia de que ha tenido un problema previo de cuello o espalda?
- Usted ha ofrecido RD\$ 9,000.00, ¿usted cree que él aceptaría eso? ¿Por qué?
- ¿Cuál es el peor escenario para su caso? ¿Y el mejor?
- ¿Por qué usted cree que el juez le va a creer...?

Enfatizando el Progreso (Animador)

- Tenemos algún avance
- Estamos haciendo progreso
- Ellos han bajado de su posición inicial
- Ellos han subido otros 10 mil
- Ellos redujeron su oferta por 10 mil
- Estoy optimista, creo que su caso puede ser arreglado (Sólo si realmente lo esta)

Al final de la reunión individual (para reforzar la confidencialidad)

- ¿Hay algo de lo que acabamos de discutir que no deba ser compartido con la otra parte?
- ¿Qué sobre X? ¿Estaría bien si les digo eso?

Sobre fuerza y flaqueza

- ¿Cuáles son los puntos fuertes de su caso?

- ¿Cuáles son los puntos débiles de su caso?
- ¿Cuáles son los puntos fuertes de la otra parte?
- ¿Cuáles son los puntos débiles de la otra parte?
- ¿Qué hechos no le gustan? ¿Qué hechos a usted le gustaría cambiar?

Sobre los posibles resultados de un juicio

- ¿Cuáles serían los posibles resultados de un juicio?
- ¿Cuánto sería lo máximo que un juez le podría otorgar?
- ¿Cuánto sería lo mínimo que el juez le podría dar?

Sobre riesgos y beneficios (en avanzadas reuniones individuales)

- Este es un análisis riesgo - beneficio. Yo quiero ponerme a tono con usted. Vamos a conversar sobre tu caso.

1.2.4.- Comunicación

La comunicación efectiva es una parte esencial para cualquier negociación. Algunas veces, ciertas barreras para la comunicación efectiva existen. Es importante para los participantes en una negociación estar al tanto de estas barreras para que las mismas puedan ser evitadas.

Algunas de las barreras más comunes son:

No prestar atención: Cuando los individuos están preocupados con otros asuntos, usualmente no prestan atención única a su expositor. Eso causa malos entendidos y confusión.

Saltar a conclusiones: Cuando nos comunicamos con otros, particularmente con aquellos que no conocemos, es importante no saltar a conclusiones. Permitir a la otra persona suficiente tiempo para exponer su punto antes de formularnos en nuestras mentes cuales son sus intenciones. Esto va ayudar seguro a que usted entienda lo que otra persona esta diciendo.

Juzgar: Ocasionalmente, una persona es juzgada por como habla o se expresa. Esto puede seriamente afectar una comunicación efectiva.

Diagnosticar: Mientras escuchamos a otros hablar, algunas veces la persona que escucha intenta mentalmente resolver el problema porque en su mente, ha estado ahí antes y sabe como exactamente qué necesita para resolver su problema. Esto es un error. Dos personas nunca son

iguales. Y las personas reaccionan diferente a los mismos problemas. No diagnostique el problema mientras la otra personas esta hablando. Escúchele.

Diferentes valores: Algunas veces, los valores del que escucha, al ser diferente de aquellos del que habla, interfieren en la comunicación efectiva.

Cuestionamiento Excesivo: Mientras las preguntas sean una parte importante de la comunicación, cuestionamientos excesivos tienden a inhibir al que habla, y por tanto cierran los medios de comunicación. Existe un balance delicado entre hacer preguntas y juntar información y preguntas excesivas que dominan las conversaciones, llevando a una comunicación inefectiva.

Diferencia en Vocabulario/Lenguajes: Las palabras tienen diferentes significados en personas diferentes. Es importante que las partes envueltas entiendan el lenguaje y la terminología de los otros. Algunas veces, un intérprete podría ser necesario.

Contestando mentalmente los argumentos del orador: Este es un serio bloqueo para la comunicación efectiva. Cuando esto ocurre, el que escucha no puede comprender lo que el orador esta diciendo.

Técnicas para la comunicación efectiva

Existe un número de herramientas que el mediador puede usar para facilitar la discusión de las partes.

A. Escuchar: El mediador debe utilizar mucho de su tiempo escuchando a las partes para focalizar sus intereses y necesidades. Existen algunas técnicas para escuchar que el mediador debe usar para adquirir información.

B. Escuchar Activamente: Las técnicas para escuchar activamente son declaraciones hechas por el mediador que restan las sustancias y emotividades asociadas con las declaraciones del orador. Escuchar activamente incentiva al orador a continuar hablando.

- Repitiendo una palabra clave para clarificar

Orador – El accidente ocurrió en el día de año nuevo del 1994

Mediador – ¿El día de año nuevo?

Ahí se motiva al orador a decir lo que paso el día de año nuevo

- Resumiendo y Parafraseando

El mediador resume una narrativa hecha por el orador. Ayuda al mediador a comunicar al orador que él lo está escuchando. También permite al mediador determinar si su entendimiento de la afirmación del orador es correcta.

- Escuchar con empatía (mostrando empatía)

- Usted siente que....

C. Escuchar Pasivamente: La técnica de escuchar pasivamente motiva al orador a continuar hablando sin que el mediador interrumpa. Esas técnicas incluyen:

- a. Asentamiento con la cabeza
- b. Contacto visual
- c. Palabras o frases como “ok”, “uh”, “eso es interesante”, “de acuerdo”
- d. Silencio
- e. Sonrisa

D. Hacer Preguntas: Durante la mediación, el mediador hará un número de preguntas. Las preguntas deben ser hechas en forma neutral sin someter a las partes a un careo. La forma y el tipo de preguntas son muy importantes.

Tipo de Preguntas

1. Preguntas de apertura cierre – “Dígame sobre ...” “Por favor explíqueme”
2. Preguntas aclarativas – “Usted dijo martes o miércoles?”
3. Preguntas de si o no – “Su espalda le duele, cierto?”
4. Preguntas hipotéticas – “Que tal si...?”
5. Preguntas informativas – Quién, Qué, cuándo, dónde, por qué, cómo?
6. Preguntas sugestivas – Usted dijo ante que...?

En la medida que mediador hace preguntas, debe asegurarse que sean hechas de forma neutral. Sea cuidadoso durante la reunión individual para que no se convierta en el abogado de la parte ausente.

Técnicas de Comunicación durante las diferentes Fases de una Mediación

1. Declaración de introducción del mediador

- La credibilidad es muy importante
- No lea la declaración de apertura
- Puede usar un borrador con los puntos a tratar
- Aparente estar calmado y en control
- Mantenga contacto visual con todas las partes
- Informe a las partes que tomará notas
- Luego de la introducción, pregunte a las partes si tienen alguna pregunta

2. Declaración de las partes y sus abogados

- Tome notas ocasionalmente – ponga atención a las partes
- Permita a las partes decir su historia – las partes necesitan sentir que ellas están siendo escuchadas
- Utilice escuchar activamente
- No permita interrupciones – recuérdelas las reglas básicas
- Haga las preguntas necesarias para aclarar las declaraciones
- Permita a las partes hacerse preguntas entre ellas
- Resuma su entendimiento de la disputa
- Pregunte a las partes si lo que usted entendió es correcto

3. La Reunión Individual

- Declaración de confidencialidad
- Tome notas ocasionalmente - ponga atención
- Utilice escuchar activamente
- Haga las preguntas necesarias para aclarar las declaraciones
- Explore los intereses de las partes
- Resuma su entendimiento de los intereses
- Pregunte a las partes si lo que usted entendió es correcto
- Muestre empatía
- Genere opiniones
- Al comienzo de una nueva reunión individual, comuníquese el progreso hecho
- Discúlpese por el retraso

4. Elaborando el acuerdo

- Resuma las áreas donde las partes han logrado un acuerdo
- Use términos que son familiares a las partes
- Permita a las partes ayudarlo a hacer el borrador del acuerdo
- Aclare todas las ambigüedades
- Reduzca el acuerdo de forma escrita

5. Durante la mediación

- Siempre use un lenguaje positivo: ejemplo, diga: “cuando alcancemos el acuerdo” en vez de: “si alcanzamos un acuerdo”
- Enfatique el interés común de disputas: ejemplo “Recuerden que ambos seguirán siendo los padres de Susi” o “Ustedes seguirán trabajando juntos por lo próximos seis meses”
- Ignore las expresiones sarcásticas y despreciativas, que puedan hacer daño a la mediación
- Observe el lenguaje corporal
- Si es posible, use el lenguaje de las partes
- No use lenguaje técnico, a menos que sea absolutamente necesario
- Pregunte a las partes qué ellas harían para resolver el problema: ejemplo, si tuvieras una varita mágica, ¿qué harías?
- Recuerde concentrarse en el futuro
- Ayude a las partes a comunicarse más efectivamente: ejemplo, haga que las partes digan “yo” en vez de “él”, “ella” o “tú”; en vez de decir “él siempre pone esa música muy alta”, diga, “Yo no puedo estudiar cuando la música esta muy alta”.

1.2.5.- Confianza en la mediación

Durante el proceso completo de la mediación, el mediador debe trabajar para ganar y preservar la confianza de las partes. Si el mediador se gana la confianza de las partes, ellos estarán más cómodos con él y más deseosos de comunicarse con el mediador, que es algo que no viene automáticamente. El mediador debe ganarse la confianza y el respeto de las partes. Durante la mediación, las partes van a evaluar al mediador.

Técnicas para ganar la confianza

Cuidadosamente explique el proceso de mediación y cuáles son sus expectativas con relación a las partes, deje a las partes:

- Saber que es su disputa
- Explicar tu experiencia y credenciales – hágales saber quién es usted
- Explicar la confidencialidad y no viole las confidencias
- Manténgase neutral e imparcial en todo momento
- No menosprecie o intimide a las partes
- Muestre empatía
- Fomente la comunicación abierta
- Sea paciente – no acelere el proceso
- No reaccione a posiciones extremas o declaraciones extremas
- No profese conocer todas las respuestas – si usted no entiende una declaración o concepto, hágaselo saber a las partes
- Haga hincapié en el progreso hecho durante la mediación
- Mantenga el control sobre el proceso
- Sea sensitivo a las necesidades de las partes

1.2.6.- Guías para conducir una mediación

Cosas que debe hacer el mediador

1. Ser paciente – No acelere el proceso
2. Manténgase neutral todo el tiempo
3. Escuche cuidadosamente
4. Haga hincapié en los progresos logrados.

Cosas que no debe hacer el mediador

1. No resuelva el problema por las partes. El problema es de ellos –usted esta presente para ayudarlos a resolver su problema.
2. No tome el problema para usted. El principio de la autonomía de la voluntad es un dogma central de la mediación.
3. No dé su opinión.
4. No salte a conclusiones, como establecer quien está en lo correcto y quien está equivocado.
5. No salte a conclusiones de cómo la disputa debe ser resuelta.

Capítulo 2: El Modelo Transformativo de Bush y Folger

A diferencia del Modelo Tradicional de Harvard, la mediación o conciliación en el Modelo Transformativo, desarrollado por R.A. Baruch Bush y J.P. Folger en su libro “La Promesa de Mediación”¹³, pretende no solamente el acuerdo entre las partes, sino que tiene por objetivo el mejoramiento de las situaciones de las partes comparado con lo que era antes. En el enfoque transformador, la mediación alcanza éxito cuando las partes cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en el proceso.

La mediación transformadora pone el acento en la revalorización y el reconocimiento.

El modelo transformativo de mediación es básicamente utilizado, por sus principios, para la resolución de los conflictos en el ámbito educacional¹⁴.

2.1 Premisas del Método Transformativo

“Una premisa distinta sugeriría que las disputas pueden ser consideradas no como problemas, sino como oportunidades de crecimiento y transformación moral. Este concepto diferente es la orientación transformadora del conflicto.

“En esta orientación, un conflicto es primero y principalmente una ocasión de crecimiento en dos dimensiones críticas e interrelacionadas de la moral humana. La primera dimensión implica el fortalecimiento del yo. Se la obtiene mediante la comprensión y el fortalecimiento de la

¹³ BARUCH BUSH, Robert A y Joseph P. Folger. La Promesa de Mediación.. Buenos Aires (Argentina): Granica 1994. 416 páginas. ISBN 84-7577-400-8

¹⁴ www.mediacioneducativa.com.ar/notas5.htm

capacidad humana intrínseca de cada uno para afrontar las dificultades de toda clase comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencionales. La segunda dimensión implica superar los límites del yo para relacionarse con otros. Se lo consigue comprendiendo y fortaleciendo la capacidad humana inherente del individuo para experimentar y expresar interés y consideración por otros, y especialmente por aquellos cuya situación es “distinta” de la que uno mismo tiene.

“En la orientación transformadora, la respuesta ideal a un conflicto no consiste en resolver “el problema” sino en ayudar a transformar a los individuos comprometidos, en ambas dimensiones del crecimiento moral.”¹⁵

Nótese que este modelo transformativo se centra en las relaciones entre las partes, independientemente del acuerdo, con lo que se aproxima al campo de la terapia psicológica. Reviste gran utilidad en el campo de la resolución de conflictos en el área educacional.

2.2 La Revalorización

Señalan los profesores Baruch Bush y Folger¹⁶, que “el compromiso en el conflicto afecta de manera semejante a todos. Es típico que las partes en disputa estén conmovidas, confundidas, temerosas, desorganizadas e inseguras acerca de lo que deben hacer. En consecuencia, se sienten vulnerables y excedidas por la situación. Esto vale tanto para los “poderosos” ejecutivos y los funcionarios, como para los consumidores, los miembros de la familia o los escolares. Las partes se ven fortalecidas en la mediación cuando superan esta debilidad relativa, recuperan la calma y la claridad, adquieren confianza, capacidad organizativa y poder de decisión y, por consiguiente obtienen o recobran cierto sentido de su fuerza como para asumir el control de la circunstancia.”

- Una parte resulta revalorizada en la mediación, por referencia a las metas, cuando:
 - I. Alcanza una comprensión más clara comparada con la situación anterior, de lo que le importa y por qué, al mismo tiempo que una comprensión en el sentido de que aquello que le importa, en efecto es importante

¹⁵ BARUCH BUSH, Robert A y Joseph P. Folger. La Promesa de Mediación.. Buenos Aires (Argentina): Granica 1994. págs. 129 y siguientes.

¹⁶ BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. Folger. Op cit; págs.135 y sigtes.

2. Comprende más claramente cuales son sus metas y sus intereses en la situación dada, por qué persigue esas metas, y que ellas son importantes y merecen consideración
- Una parte se revaloriza con relación a las alternativas, cuando:
 3. Cobra conciencia de la gama de alternativas que puede garantizarle total o parcialmente la obtención de sus metas, y de su control sobre esas alternativas
 4. Comprende que existen decisiones con respecto a lo que debe hacer en la situación y que ejerce cierto control sobre dichas decisiones
 5. Comprende que puede elegir si continuar la mediación o abandonarla, si acepta o rechaza el consejo jurídico o de cualquier otro carácter, si acepta o rechaza una posible solución
 6. Comprende que, al margen de las restricciones externas, siempre se le ofrecen algunas alternativas, y el control sobre las mismas es exclusivamente suyo
 - Se revaloriza en sus habilidades, cuando:
 7. Acrecienta o aumenta sus propias habilidades en la resolución de conflictos
 8. Aprende a escuchar, comunicar, organizar y analizar cuestiones, presentar argumentos, utilizar técnicas como la lluvia de ideas, evaluar soluciones alternativas, y después fortalecer esas cualidades utilizándolas prácticamente en la mediación.
 - Una parte se revaloriza en sus recursos, cuando:
 9. Toma conciencia de los recursos que posee.
 10. Comprende más claramente que antes que retener algo valioso para la otra parte; posee la capacidad de comunicarse o persuadir eficazmente, puede redistribuir sus recursos de modo que tengan más alcance; sus recursos son suficientes para promover una solución que antes no contempló; puede aumentar sus recursos explotando una fuente suplementaria de apoyo a la que antes no había contemplado.
 - La revalorización, con respecto a las decisiones, ocurre cuando:
 11. Reflexiona, delibera y adopta decisiones conscientes por sí misma acerca de lo que

quiere hacer, incluyendo decisiones acerca de lo que hará en las reuniones de la mediación, y a la posibilidad de acordar y el modo de hacerlo, o de los restantes pasos que dará.

12. Evalúa plenamente las cualidades y las debilidades de sus propios argumentos y de la otra parte, las ventajas y desventajas de las posibles soluciones y alternativas que excluyen el acuerdo y adopta decisiones a la luz de sus evaluaciones.

2.3 El Reconocimiento

“En el calor del conflicto, es típico que cada parte en disputa se sienta amenazada, atacada y agredida por la conducta y las pretensiones de la otra. En consecuencia, concentra la atención en la autoprotección: adopta actitudes defensivas, suspicaces y hostiles frente al “contrincante”, y es casi incapaz de ver más allá de sus propias necesidades. Desde este punto inicial de relativa concentración en el yo, las partes llega al reconocimiento cuando eligen voluntariamente abrirse más, mostrarse más atentas y empáticas, y más sensibles a la situación del otro”¹⁷.

El conflicto trae como consecuencia que las partes se sientan amenazadas, atacadas y agredidas por las actitudes y pretensiones de la otra parte, es por ello que las partes llegan al reconocimiento cuando logran abrirse más, estar más atentas y empáticas y sensibles a la situación del otro.

- Una parte considera dar reconocimiento en mediación cuando:
 1. Comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer la situación de la otra parte, no solo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro.
 2. Comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte. Puede “ponerse en el zapato del otro”.
- Una parte desea otorgar reconocimiento en mediación, cuando:
 3. Asume que no sólo tiene la capacidad de comprender la situación del otro, sino que tiene el deseo real de hacerlo.

¹⁷ BARUCH BUSH, Robert A. y Joseph P. Folger. Op cit; págs.140 y sigtes

4. Advierte que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentando y encontrar el modo de reconocer esa experiencia a través de su comportamiento en las reuniones.
- Una parte otorga reconocimiento en el pensamiento, cuando:
5. Puede ver a la otra parte, y su comportamiento, bajo una luz diferente y más favorable que antes.
 6. Logra reinterpretar la conducta y el comportamiento anterior de la otra parte, de un modo nuevo y más condescendiente.
 7. Renuncia conscientemente a su propio punto de vista y trata de ver las cosas con la perspectiva de la otra parte.
- Una parte otorga reconocimiento verbal en mediación, cuando:
8. Admite francamente que cambió su interpretación del otro y/o decide comunicárselo.
 9. Admite ante el mediador, aunque sea privadamente cómo ve ahora de un modo distinto lo que sucedió y puede reconocerlo en presencia del mediador o directamente a la otra parte.
 10. Puede excusarse “por haber pensado lo peor” acerca de la otra parte, y /o por su propio comportamiento con sesgo de “represalia”, que se basó en su áspera interpretación del comportamiento del otro.
- Una parte actúa en reconocimiento, cuando:
11. Decide, a la luz de su comprensión diferente de la conducta anterior del otro y su situación, promover cierta adaptación concreta al otro por referencia al modo en que se afrontan las cuestiones en disputa. Si un primer ofrecimiento de adaptación no es suficiente, decide obtener una solución satisfactoria para ambos, para promover una adaptación ulterior.
 12. Aún si sus propias circunstancias son tan compulsivas que no le es posible adaptarse lo suficiente como para resolver el asunto, expresa sincero pesar en vista de la situación.

Capítulo 3: El Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb

3.1 Generalidades y Fundamentos

Para Celia González Capitel¹⁸, este modelo parte del supuesto –común a muchas ciencias sociales en la actualidad- que la experiencia se organiza mediante la narrativa; la realidad social se construye mediante el “relato de historias” o narrativa.

¿Qué tan importante son las narrativas en nuestras vidas? Quizás nunca se nos ocurrió hacernos esa pregunta, pero para el neurólogo Oliver Sacks, en ocasión de ser cuestionado sobre que entendía que era un hombre normal, señaló que “un hombre normal quizás era aquel capaz de contar su propia historia. Sabe de dónde procede (tiene un origen, un pasado, una memoria ordenada), sabe adónde está (su identidad), y cree saber dónde va (tiene proyectos, y la muerte al final). Está situado, por lo tanto, en el curso de un relato, es en sí mismo una historia, y puede contarse”¹⁹

Bajo esta perspectiva, los conflictos son el producto de la coherencia entre las historias que los refieren. Las historias de conflictos se autopropietúan por que exhiben clausura, básicamente estabilizando ciertos lugares de la narrativa que pudieran comprometer su coherencia.

La relación entre las partes es estudiada a partir del sistema que las contiene, y donde la conducta de uno de las partes influye sobre la otra y viceversa. Se trata de un sistema humano que no responde a una causalidad lineal sino circular. Es decir: la tendencia nuestra de buscar una sola causa del conflicto y en una sola persona la tendríamos que dejar de lado (al igual que

¹⁸ GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia. Manual de Mediación. 2da. Edición. Barcelona (España): Atelier, 2001. pág.67 y s

¹⁹ CARRIERE, Jean-Claude. El Círculo de los Mentirosos. 4ta. Edición. Barcelona (España): Editorial Lumen, S.A., 2001. pág. II.

la idea de víctima-victimario), para pasar a pensar y a aumentar la mira de nuestra observación, teniendo en cuenta que la conducta (intencionada o no) de cada uno de los integrantes del sistema actúa como estímulo para el comportamiento del otro, y este último interactúa en calidad de estímulo para la de los demás, y podemos llegar a la conclusión de que no hay en las relaciones causas primeras y otras finales, sino causas interactuantes: es todo un movimiento, un fluir de situaciones que van conformando un “proceso” donde es difícil encontrar el comienzo y determinar su fin y donde las leyes no son fijas ni inamovibles, ni las personas que conviven están separadas, sino que existe una “interacción permanente” entre todos los integrantes del sistema²⁰.

La comunicación circular²¹ es entendida como un todo en el cual están dos o más personas y el mensaje que se transmite. Incluye los elementos verbales “comunicación digital”, que tienen que ver con los contenidos, y los elementos para-verbales (corporales, gestuales, etc.) “comunicación analógica”, que tiene que ver con las relaciones. Al tomar la comunicación como un todo, las partes no pueden “no comunicarse”. Los elementos analógicos son, generalmente, considerados como metacomunicativos, o sea que califican al contenido²².

Corresponde al mediador, en aplicación de este modelo, romper la coherencia de la narrativa de las partes para dar paso a una nueva narración alternativa co-construida con las partes. Este aspecto de la co-construcción de la narración es uno de los puntos más criticados ya que pone en entredicho la neutralidad e imparcialidad del mediador. No obstante este modelo resulta bastante útil para los casos de conflictos familiares.

En una apretada síntesis sobre el fundamento teórico del modelo Circular Narrativo, proveniente del campo de la psicología²³, podemos decir que:

- a. En el campo de la psicología se ha trabajado con las terapias sistémicas en ocasión de conflictos familiares. Así como las terapias psicoanalíticas se basan en lo intrapsíquico, las terapias sistémicas se basan en lo interaccional.

20 REIDEL, Graciela. Familia: La Convivencia. www.redpsicoterapeutica.com.ar/0009.htm

21 SUAREZ, Marínés. Mediación. Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas. Primera reimpresión. Buenos Aires (Argentina): Pados, 1997. Pág. 61.

22 En su reciente libro “Mediando en Sistemas Familiares” (. Primera Edición. Buenos Aires (Argentina): Pados, 2002. Pág. 73 y siguientes), Marínés Suarez, en materia de mediación ya no utiliza el vocablo “comunicación”, sino el de “conversación”. Explica que en esta última, a parte de encontrar el elemento comunicacional, también encontramos el elemento emocional. Explica que “Las emociones..., el reconocimiento de su existencia y utilización, no su control, serán necesarios para la conducción de los procesos de mediaciones familiares. Esto significa un cambio importante, ya que la negociación que se lleva a cabo en una mediación no es únicamente un proceso racional. Tampoco es un proceso únicamente emocional, sino que lo afectivo, específicamente lo emotivo, y lo racional son componentes presentes en toda negociación”.

23 SUAREZ, Marínés; op cit; pág.165 y siguientes.

b. Se sostiene que no es necesario cambiar la totalidad del sistema; la introducción de un cambio, por pequeño que sea, si es mantenido, produce efectos en la totalidad del sistema (no obstante la visión de sistema en su totalidad no puede perderse).

c. En cuanto a la construcción del problema se clasifica en dificultades y crisis; las dificultades son aquellas en las que es suficiente una conducta en sentido contrario a aquella que es definida como el problema, para su solución, sin modificar el sistema; en cuanto a las crisis, la aplicación de una conducta opuesta no solo no disminuye el problema, sino que, por el contrario, lo aumenta.

d. Existen tres formas erradas de enfocar las dificultades o crisis: 1) se intenta una solución negando que el problema lo sea en realidad: es preciso actuar, pero no se emprenden acciones, son los llamados terribles simplificadores; 2) Se intenta un cambio para solucionar una dificultad cuando desde el punto de vista práctico es inmodificable, o bien inexistente; se le llama el síndrome de la utopía; y 3) Mediante las paradojas pragmáticas se intenta un cambio, pero en un nivel equivocado, o sea que frente a una verdadera crisis se intenta un tipo de cambio que correspondería a una dificultad. El error en el abordaje de estas situaciones generalmente ocurre por tomar una parte del sistema en lugar de tomar al sistema en su totalidad.

3.2. Objetivos

Señala Marinés Suares²⁴ que este modelo circular-narrativo tiene por meta:

- Fomentar la reflexión;
- Cambiar el significado;
- Transformar las historias o relatos que traen las partes a las sesiones; y,
- Lograr un acuerdo, aunque ésta no es la meta fundamental.

3.3. Etapas

El proceso de mediación, bajo la perspectiva del modelo Circular Narrativo, cuenta de cinco etapas:

I. Pasa en primer lugar por una pre-reunión en la que se explica las características del proceso de mediación;

24 SUAREZ, Marinés. Op. Cit.. Pág. 63.

2. Una primera etapa en la que se encuadra el proceso y se establecen las reglas de la mediación;
3. En la segunda etapa se procede a las reuniones individuales o privadas, en las que las partes proceden a desarrollar su narrativa circular y con la ayuda del mediador se procede a reposicionar a las partes; Es importante en este modelo de mediación que las historias relatadas por las partes sean narradas en sesiones separadas ya que de lo contrario, estaríamos en presencia de que la primera historia sería acusatoria y la segunda historia se limitaría a ser defensiva.
4. En una tercera etapa, el mediador y su equipo procede a reflexionar sobre las historias narradas por las partes, y a construir la historia alternativa cuidando de encontrar una posición positiva para todas las partes; y,
5. En una cuarta y última etapa, se procede a narrar a las partes la historia alternativa y establecer los posibles acuerdos.

3.4. Técnicas Utilizadas

Como señalamos anteriormente, este modelo es utilizado con mucha frecuencia y eficacia en mediaciones en sistemas familiares. Muchas técnicas utilizadas por los mediadores en el modelo Circular Narrativo provienen del campo de la psicología, y especialmente utilizadas en la terapia familiar sistémica, entre ellas tenemos²⁵:

1. Reformulación. Que implica dar una nueva formulación, diferente de la dada por una o ambas partes. La nueva formulación no es más correcta o verdadera que la que traen las partes, sino que posibilita continuar el diálogo.
2. Connotación Positiva. Consiste en darle un significado positivo a una declaración o hecho presentado de forma negativa, o con atribuciones de intenciones y /o características negativas, por alguna de las partes. Su utilización permite a las partes a expresar el desacuerdo en el contenido, lo cual permite aclarar los diferentes puntos de vista de cada parte, y esto puede llevar a un cambio en la relación. También es utilizada para crear localizaciones positivas en el proceso de mediación. Cuando se utiliza de esta forma referida a las posiciones se llama "legitimación".

²⁵ SUAREZ, Marines. Ob Cit. Pág 170 y siguientes.

3. Re-encuadre o re-contextualización. Mediante esta técnica se trabaja directamente sobre los contextos o marcos que metacalifican a los hechos. Cuando se varían los contextos se varía la significación de los hechos.

4. Externalización. Es más que una técnica, un proceso mediante el cual las partes proceden a exteriorizar sus relatos. Se entiende que son las historias que las personas crean sobre sus vidas las que constituyen y/o moldean éstas. Las narraciones o historias no son nunca completas, sino que para realizarlas han debido dejar de lado determinados aspectos, en tanto que otros han sido resaltados. Estos aspectos resaltados son tanto las secuencias como los personajes y los temas tomados como valiosos, que constituyen la historia dominante, que, en el proceso de mediación, debe ser cambiada por la historia alternativa. Mediante la externalización también se logra la internalización del protagonismo de los individuos afectados en el problema.

5. Preguntas Circulares. Se parte de que no hay una relación lineal causa – efecto, sino que las causas y los efectos se encuentran circularmente unidos y lo que era efecto puede transformarse en causa y viceversa. Mediante su uso se persigue, por una parte, la obtención de datos, por otra parte, la re-contextualización. Algunos de los temas siguientes pueden servir para confeccionar preguntas circulares:

- Solicitar a las partes ejemplos específicos de la conducta que ellas definen como un problema y qué ocurrió antes; qué hizo cada parte antes de que ocurriera la situación que definen como problema.
- Preguntar cuándo fue la primera vez que se presentó el conflicto (lo cual deja implícito que hubo un momento anterior en el cual no existió esa conducta).
- Preguntar por las reacciones entre las partes cuando observan la existencia de esa conducta definida por las partes como problemática.
- Preguntar por la forma como la persona B reacciona después que la persona A ha reaccionado a la acción de B.
- Preguntar por los efectos de la conducta – problema en las relaciones entre otros miembros, que no son las partes implicadas, y por la forma como las reacciones de estos otros miembros influyen sobre las partes.
- Preguntar qué relaciones eran buenas antes y después de que el problema apareciera.
- Preguntar acerca de triangulaciones intergeneracionales (abuelos y nietos contra padres, o padre e hija contra madre, director-alumnos contra maestro, gerente-empleado contra jefe, responsable del año-alumno contra coordinador, etcétera).
- Preguntas que incluyan más o menos.

- Preguntas que incluyan antes o después.

Hay algunas preguntas que pueden ser absolutamente circulares aún en su construcción como:

- “¿Qué piensa usted que él pensaba cuando usted comenzó a pensar en esa solución, que luego desencadenó el conflicto?”.
- Preguntar para crear situaciones hipotéticas como “¿Qué piensa usted que le pasaría a la otra parte si llegasen a un acuerdo?”.
- Dos preguntas que pueden ser muy efectivas: “¿Qué piensa usted que es lo que la otra parte no puede escuchar de lo que usted le está diciendo?”, y, “¿Qué piensa usted que es lo que la otra parte le ha estado queriendo decir y que usted no ha podido escuchar?”.

MODULO V:

MEDIACION FAMILIAR

AUTOR: SARAH VERAS

El abandono del período de la Venganza Privada, en la cual cada quien hacía justicia por sus propias manos, dió vida a tan fundamental principio de nuestro ordenamiento jurídico, que reza: “Nadie puede hacerse justicia por sí mismo”. Es por esto, que para la solución de nuestras controversias, como producto de la vida en sociedad, sean estas de naturaleza Civil, Penal, Laboral o Administrativas, ha de acudirse a los tribunales.

A medida que la sociedad en sus componentes evoluciona, por el cambio en sus valores y metas, nuevos y complejos conflictos surgen. Hoy hablamos de delitos cibernéticos, clonación y fecundación in vitro y las consecuencias provocadas por estas situaciones en lo relativo al Parentesco, Filiación y Patrimonio.

La sed de parte de los ciudadanos de buscar una salida a sus problemas se ha traducido en un entaponamiento de nuestros tribunales, que pese a los esfuerzos realizados, personal capacitado y apoyo logístico, no son aun suficientes para satisfacer estas necesidades. No olvidemos lo lento, complicado y costoso de muchos procedimientos, lo que trae como consecuencia, que al finalizar el litigio las partes se encuentran agotadas, mermados sus recursos y, es posible que la solución en este punto ya no le sea satisfactoria.

Frente a todo lo antes expuesto, surge un aliciente, el denominado RAD (Resolución Alternativa de Disputas), cuyas modalidades, conceptos básicos y evolución, han sido tratados magistralmente en el tema introductorio.

Cabe destacar, que lo que se busca con estos métodos Alternativos, son soluciones rápidas a través de mecanismos sencillos, y que todas las partes en conflicto queden, en cierto grado, satisfechas, en plano de igualdad, que no se trata de minimizar el papel o rol fundamental de los tribunales de justicia, pues debemos ser realistas, existen “asuntos” imposibles de negociar

o mediar, tales como: un asesinato o un estupro, en los cuales la sociedad buscará una sanción ejemplar, pues se ha violentado el Orden Público y las buenas costumbres. Se trata pues, de salvar lo salvable.

Entre los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, encontramos la Mediación, concepto que ha sido aclarado en inicio del presente trabajo.

La utilidad de esta vía alternativa abarca tanto los asuntos penales, medio ambiente, civiles, comerciales, administrativos, etc. Más ante esta amplia gama de materias en las cuales este mecanismo puede aplicarse, se destaca el tema de nuestro estudio la mediación familiar, de importancia vital, pues la familia, en sus distintas modalidades y estructuras, tal como veremos más adelante en el desarrollo del tema, es el tronco, el corazón de toda sociedad.

Recordemos, que el objetivo primordial de este esfuerzo, no es exponer fríos conceptos respecto a estos métodos, sino sembrar la semilla en la mente de nuestros Magistrados, de que los mismos son posibles y efectivos, que son una muleta en que se pueden apoyar a los fines de lograr la paz social por medio de una solución consensuada y conjunta.

Partiendo de este objetivo general, enfocaremos nuestro trabajo en analizar a profundidad la rama familiar de la Mediación, las situaciones o conflictos que se pueden presentar en este órgano social, tales como: en el divorcio, manutención de los hijos menores, guarda de los mismos, aplicación de estos procesos en lo relativo a conflictos entre padres e hijos, violencia doméstica o intrafamiliar y otras áreas relevantes, que afectan a este órgano social.

¿Qué ventajas conlleva este Método Alternativo al problema familiar? Será mediante la exposición de sus características y el rol de los sujetos envueltos en el mismo, etapas en que se divide y la repercusión social que la aplicación que el mismo conlleva, que daremos respuesta a esta interrogante.

Finalmente, es preciso aclarar, que las situaciones a plantear en el presente trabajo, no son todas las existentes, pues, cada familia posee en base a sus valores y estructuras, problemas diferentes, más analizaremos los mas trascendentes.

Esperamos que la presentación de estos temas les sea de utilidad práctica, y que sobre todo, que nuestros jueces y juezas comprendan que sí es posible "La Mediación Familiar".

Capítulo I: Conceptos Generales

Antes de adentrarnos en tan interesante tema de mediación Familiar, es preciso aclarar los conceptos siguientes, que todo mediador o mediadora, que pretenda ser eficiente, debe tener presente:

1.1 La Familia

La Doctrina ha denominado la familia de diversas formas, tomando en cuenta su estructura o composición o régimen legal de estas. Entre estos conceptos tenemos:

“grupo de personas relacionadas en múltiples aspectos, una historia en común los vincula a través del tiempo desarrollando relaciones estables, recurrentes. Conyugales, parentales, fraternales, conectándose en redes y echando raíces en el mundo. Desde allí comparten mandatos, códigos, paradojas y reglas construidas a lo largo de generaciones así como una intimidad singular”²⁶.

Nos parece que esta definición de la que es la familia es de las más completas, pues destaca la vinculación, relación conjunta, unión, normas internas y transmitidas de generación en generación y su singularidad, elementos que caracterizan las familias.

La familia es considerada como la primera célula social, pues es en este entorno donde el hombre nace y crece, se da su primera interacción social. Se transmiten los valores culturales y sociales, pues en la misma, coinciden varias generaciones, las cuales los van comunicando, moldeadora de la personalidad, pues en muchos casos, para determinar la conducta de un individuo, es preciso analizar, el ambiente familiar.

²⁶ www.fundacionlibra.org.ar/medfaml.htm

1.1 Tipos de Familia

Existen varios tipos de familias entre los que tenemos la tradicional, definida emocional y sexualmente hablando, la actual, caracterizada por la igualdad de sus miembros en cuanto a sus derechos fundamentales y con distinción en sus funciones.

En cuanto a su estructura y tomando en cuenta quien ejerce la autoridad en el hogar, ha existido la denominada matriarcal, en la cual predominada la autoridad materna, sea por razones de patrimonio, estatus, o apellido.

En la denominada patriarcal, como su nombre lo indica, la autoridad la tiene el padre, y como es lógico, los demás miembros de la familia, están sometidos a ésta.

¿Cómo olvidarnos de la denominada familia nuclear? Tipo ideal de familia, pues aquí, el hombre y la mujer, se interrelacionan en plano de igualdad, es la más acorde a nuestros tiempos, cabe mencionar, que esta estructura de familia, encaja en nuestra legislación actual, pues la ley 14-94 (Código del menor) en su artículo 16 establece de manera igualitaria el deber del padre y la madre, de proveer a los miembros de la familia, en este caso a los hijos, de sus necesidades primordiales, tales como: alimentación, seguridad, afecto y educación.

Sea cual sea el tipo de familia de que se trate, lo esencial es que en ésta el niño comienza a interactuar, aprende los valores, lo bueno y lo malo, se inicia el desarrollo de su personalidad. Más frente a todas estas denominaciones de lo que es la familia. Debemos despertar a la realidad actual, y es que, no siempre la familia es aquella surgida del matrimonio, pues existe, la familia de hecho, altamente discriminada, pero a la que hoy día, se le ha conseguido derechos y obligaciones de carácter legal. En este sentido se ha pronunciado nuestra honorable Suprema Corte de Justicia, en sentencia de fecha 17 de octubre del año 2001, No. 44, la cual concede derechos a la concubina bajo ciertas condiciones, tales como convivencia more-uxoria o identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares desarrollados en las familias fundadas en el matrimonio, es decir, que la relación sea pública y notoria, ausencia de formalidad legal en la unión, una comunidad de vida estable y duradera y que los mismos no estén casados con otros terceros en forma simultánea.

En definitiva, cualquiera que sea el tipo de grupo de que se trate, las mismas, en su entorno, viven situaciones que provocan su inestabilidad, hasta llegar a la separación, abandono del

hogar, disenso y hasta el divorcio, en cuyo proceso, en vez de buscar una alternativa a fin de llegar a una conciliación, lo que hace es facilitar su ejecución, disolviéndose no solamente este lazo conyugal, sino también las relaciones futuras.

1.2 Derecho Familiar:

Es el derecho de familia definido como “El cuerpo de reglas jurídicas personales y patrimoniales atinentes a las personas como miembro de un grupo familiar”.²⁷

Los Derechos de Familia: “ Constituyen el conjunto de prerrogativas que se crean entre los miembros de una misma familia, por ejemplo, el padre y la madre y sus descendientes y colaterales con los hijos menores legítimos, y la madre del hijo natural con relación a éste y de toda su familia natural.”²⁸

La importancia del Derecho de familia radica en las complejas y diversas situaciones jurídicas que de éste grupo social se podrían derivar.

Este Derecho es tan vital que está vivamente contenido tanto en las leyes internas de nuestro país: Código Civil, Ley 14-94 (Código del menor) y ley 24-97, y en convenios y pactos de gran trascendencia a nivel mundial, a saber:

Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José) Art. 17, en el cual se establece en su Art. 1 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Art. 23.

El derecho familiar es el instrumento que usa el Estado para proteger esta institución, cumpliendo así con el nivel constitucional.

Este especial Derecho se caracteriza al decir de algunos autores por:

- A. Un Principio de comunidad, que es su inspiración.
- B. Gran cantidad de normas de carácter moral, religioso, las costumbres, que aunque no son coercibles, son preceptos éticos reconocidos por la ley, convertidos en jurídicos.
- C. El orden Público juega un papel preponderante.
- D. No se permite el libre juego de la Autonomía de la Voluntad.²⁹

²⁷ Romero, Butten ,Carlos P., Manual de Derecho Civil

²⁸ Jorge Blanco. Salvador. Introducción al Derecho

²⁹ Romero Butten, Carlos P.

Situaciones tales como el divorcio, la adopción, matrimonio, modifican o crean situaciones familiares.

Entendemos que el derecho familiar es de carácter más bien mixto, pues en lo concerniente a la relación interna de sus componentes, problemas familiares o desavenencias, tiene un carácter privado, más cuando estas dificultades salen a la luz y perturban o afectan el orden y la tranquilidad, social su carácter público.

1.3 El Mediador

“Es una persona capacitada profesionalmente para ayudar a partes en conflictos a encontrar una solución”.³⁰

El Mediador Familiar: “Es un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, de permitirles que recuperen su posibilidad de gestionar la vida familiar, ellos mismos, acordando soluciones inteligentes y beneficiosas”.³¹

En base a esta definición es justo entender que el Mediador familiar, no es un juez, pues su papel no es juzgar a las partes envueltas en el conflicto, ni beneficiar con su decisión a una de ellas en perjuicio de la otra. No es un abogado cuyo trabajo es, lógicamente, utilizar todas las cartas que tenga bajo la manga, a los fines de lograr su objetivo, obtener ganancia de causa a favor de su representado. Es más bien el ente equilibrante y neutral, su función es allanar o aclarar el camino a las partes envueltas en la disputa, a fin de lograr una meta común.

Mediación Familiar: *Se define como un proceso no terapéutico, por medio del cual las partes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, intentan aislar en forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, exploran alternativas y consideran compromisos, con el fin de alcanzar un acuerdo concienzudo sobre los distintos aspectos de su divorcio o separación.³²

³⁰ Cárdenas, Eduardo José “La Mediación en Conflictos de Familia”

³¹ IBID

³² Dupuis, Juan Carlos “La Mediación Familiar”

I.4 El Caucus o Junta Secreta

Es lógico que lo ideal sería que todas las reuniones en este sistema fueran conjuntas, pues aquí el facilitador, oye a las partes directamente, exponer sus posiciones, más existen casos en los cuales, las familias envueltas en conflicto, las cuales, como hemos visto, pueden llegar a la mediación, ya sea de manera voluntaria o como requisito legal, se encuentran en un grado tal de enfrentamientos, violencias, en las cuales no quieren enfrentarse y prefieren, mediante la intervención de terceros “representantes” lleguen a acuerdos sobre ciertos aspectos, por ejemplo mediación entre abogados.

Mediante la reunión secreta, pueden obtenerse informaciones que no serían posibles de manera conjunta, por los motivos antes dichos, es importante, que el mediador se reúna de manera individual con cada parte, siempre y cuando reflejen hostilidad o hayan fracasado en resolver de cara a cara los problemas, cuando una de las partes se encuentra en desventaja respecto a la otra, cuando el punto en discusión se encuentra estancado pues ninguna de ellas quiere ceder. Este tipo de reunión, podría definir y escarbar algunos puntos muertos. Podría darse mayor grado de espontaneidad, por ejemplo en los casos de violencia doméstica e intrafamiliar, en los cuales la víctima podría encontrarse sugestionada ante la presencia del victimario. El mediador se concentra en identificar los verdaderos intereses de las partes sin temores formula opciones y busca características comunes entre las partes.

En definitiva, este tipo de reuniones debe ser utilizada por el facilitador, como un último recurso.

Capítulo 2: La Mediación Familiar

2.1 Antecedentes, Objetivo e Importancia de este Mecanismo Alternativo

Antecedentes

Ha sido en países tales como los Estados Unidos y Canadá, donde se ha implantado primeramente la mediación familiar en casos de violencia Doméstica, pleitos entre padres e hijos, adopción, divorcio, pérdida de la patria potestad, etc.

Además de aquellos casos de familias donde acudir a este sistema es obligatorio, existen otros voluntarios, asociaciones sin fines de lucro y la práctica privada.

Entre los estados que se destacan en la aplicación de este sistema tenemos: California, en cuya ciudad, Los Angeles, ha sido creado un tribunal de conciliación familiar, cuyas funciones son asesoramiento pre-matrimonial y matrimonial, tenencia de menores y régimen de visitas. Este tribunal está conformado por un juez superior asesores de familia y especialistas en seguros sociales, también en los Estados de Florida, Kansas y Atlanta, poseen este tipo de programa.

Importancia de La Mediación Familiar

Cuando este vital órgano base fundamental de nuestra sociedad “La familia” en sus distintos tipos, entra en conflicto, salen a relucir sus aspectos más íntimos, tales como: odios, rencores, frustraciones, la búsqueda de los culpables de esa situación. Inicia la revancha utilizando muchas veces a los hijos como instrumentos de la misma. Lo que se busca con esta vía es el mantenimiento del vínculo familiar, mediante el descubrimiento de las causas generadoras del conflicto o la presunción del mismo, pero, ¿quién mejor que la misma familia para iniciar esta “búsqueda”?

Han de entender que el enemigo es el problema y deben unirse para combatirlo con la guía del mediador familiar.

Juan Carlos G. Dupuis, en su obra "La Mediación Familiar", y refiriéndose al caso específico de justicia de familia recomienda que el juez, luego de un profundo conocimiento de conflictos, de los valores implicados, de los códigos propios de interacción de la familia, analice con ellas la búsqueda de posibles soluciones y en definitiva resuelva. Aconseja además el autor recurrir a auxiliares a fin de ayudar a las partes a salir del conflicto (tales como 3ros implicados, familiares, amigos estrechos)

Indica como forma de que la solución a llegar sea perdurable, la entrevista a los menores, a fin de conocer sus problemas y anhelos.

Otro aspecto que nos demuestra la importancia de este sistema frente al tradicional (acudir al juez familiar) es que al ser las partes los responsables de lograr una solución conjunta, las mismas tienden a ser más sinceras, reconocer sus errores y culpas propias, se desahogarán, abrirán sus corazones, cosa que no sucedería en el proceso, ya que al ser el juez, quien finalmente toma de decisión, la admisión de los errores conllevaría a admitir culpabilidad.

Muchas veces el juez por sí mismo, no está capacitado a los fines de entender el mundo familiar, por lo que tendría que auxiliarse de equipos disciplinarios a fin de suplir sus deficiencias, más aun en estos casos, las partes estarían pre juiciadas, hacia este equipo, que al fin y al cabo, los enlazaría con el juez.

Objetivo de la Mediación Familiar

El objetivo de este medio de solución de conflictos es que los pactos o acuerdos a que lleguen las partes sean estructurados de manera tal, que se asegure su ejecución futura, que se cumplan y estos solo se cumplen si al llegar a los mismos, las partes se sienten satisfechas y aventajadas de manera equitativa.

Para lograr este tipo de acuerdo, es preciso concienciar a la familia que ellos constituyen un todo y que una relación saludable entre estos contribuirá, a l bienestar personal futuro, de todos y cada uno de sus miembros.

Lo que se busca con este mecanismo debe estar claro, tanto en la mente del facilitador como de las partes ¿Cuál es el blanco a atacar?, ¿Qué tipo de problemas está interfiriendo en la vida de esta familia?, ¿Cuáles son sus motivaciones?, ¿Cuál de las Partes entiende debe ceder a fin de equilibrar la situación?. Si no son entendidos estos aspectos, la mediación estará destinada al fracaso.

Este proceso provoca un cambio en lo que es la estructura de la familia en la que en principio el poder o control estaba concentrado en manos de una parte. (el padre o la madre, o el hijo mayor). Este control, en la práctica, se encuentra en manos de aquel miembro del “grupo” que aporta mayores recursos económicos.-

La concentración de este “poder” de mando y dirección familiar da lugar en la mayoría de los casos a abusos y desequilibrio, que es lo que provoca la insatisfacción de los demás miembros, surgiendo así el conflicto.

2.1.1 Aparición del Conflicto familiar

Tal como indicamos más arriba, la concentración del poder en manos de un sólo miembro es una de las causas de aparición de la disputa.

De la multiplicidad de relaciones, los tipos de personalidad, surgen una serie de choques que pueden, si no son solucionados a tiempo, repercutir en el orden público y bienestar general.

Surge el conflicto, además, cuando el consenso (que es el eje fundamental familiar) desaparece, dando lugar a la inconformidad, poniendo en peligro este órgano social.

Estas diferencias abarcan diversos aspectos, tales como: administración de los bienes de la comunidad, crianza de los hijos, manutención de estos en el matrimonio o tras el divorcio, etc.

Siendo la familia un grupo tan singular, es preciso que al abordar sus conflictos se respete su intimidad, su autoestructura, para que así salga fortalecida. Es preferible que estos temas familiares sean dilucidados de manera tal, que la solución aportada beneficie a todas las partes por igual.

La mediación como proceso no adversarial en la que un tercero neutral crea condiciones a fin de que la familia, pueda encontrar una solución compartida, se torna indispensable en estos

tiempos en que ya, los miembros de este grupo tienen apenas tiempo para sentarse en una mesa y charlar debido a las diversas actividades en que se encuentran inmersos.

2.1.2 Tipo de Conflictos y Causas

En este espacio, nos limitaremos a enumerar los tipos de conflicto que se pueden presentar en el seno de la familia, y que pueden ser perfectamente mediables, como veremos más adelante, conjuntamente con sus causas, a saber:

- a. Problemas entre padres e hijos
- b. Conflictos de pareja como tal, trátase de divorcio o separación.
- c. Crianza de los hijos
- d. Partición de los bienes de la comunidad tras el divorcio.
- e. Conflictos que surgen a los fines de determinar la obligación alimenticia de los padres respecto a los hijos, en fin, es extensa la lista de los conflictos que en el seno de este grupo social se presentan a diario, más expondremos los más relevantes en los siguientes capítulos.

2.2 Los Sujetos de la Mediación Familiar

2.2.1 El mediador Familiar y las Partes:

El mediador no es el juez, es el conductor que guía el proceso, su misión es la de asistir a los participantes en la búsqueda voluntaria de una solución mutuamente aceptada para sus problemas en disputa.

Ese diálogo entre las partes, los ayuda a identificar aquellos aspectos que impedían compenetrarse. ¿Cómo se logra esto? Cuando afloran los sentimientos y actitudes de cada cual.

Esa asistencia a las partes se traduce en:

1. Identificación del problema
2. Reconocimiento de la necesidad de esta vía, a los fines de buscar una solución sana, beneficiosa a ambas partes.
3. Presentación de alternativas u opciones. Determinando cual de las mismas poseen más ventajas o que satisfagan a ambos.
4. Debe asegurarse el “facilitador” de que realmente las partes estén conformes o de acuerdo, con la vía planteada y que no haya sido tomada de manera irreflexiva, pues de

esto dependerá el éxito de este proceso y el futuro del acuerdo.

2.2.2 El Papel de Abogados en este Tipo de Procesos

Su función en mediación familiar es de asesorar a las partes en los aspectos legales a fin de que los acuerdos a que arriben sean equilibrados.

El abogado ayudará a la parte que representa a negociar o a acordar aquellos aspectos que conlleven para ésta reales beneficios. Es preciso que el mediador entienda, que no puede obviar a los abogados, que trabajar con estos sería beneficioso para el desarrollo de la mediación. Existen casos de mediación realizada con los abogados.

En los casos de mediación voluntaria en los cuales las partes sienten la necesidad de acudir a este sistema a fin de resolver de manera rápida sus controversias, el abogado juega un papel trascendental, puesto que, ellos pueden incluso ayudar a elegir al mediador, aconsejar a las partes acerca de los beneficios de esta vía, explicarles en qué consiste. El abogado, puede representar a las partes en la mediación, puede participar conjuntamente con ellas, en asuntos relativos a partición de bienes por causa de divorcio, monto de las pensiones alimenticias y otros aspectos de carácter económico y legal. Las partes en plano de igualdad pueden auxiliarse de los abogados a los fines de los acuerdos a los que se arriben sean justos y equitativos.

La función es la de un asesor, pero jamás intervendrá directamente, dejará que las partes sean las que lleguen a la solución y es papel del mediador controlar esta situación.

Esta función de los abogados en la mediación se asemeja a aquellos casos en los cuales previo al litigio o a sujetos”.

2.2.3. La participación de los menores. ¿Cuándo es aconsejable?

La intervención de los hijos en el proceso de mediación es de vital importancia, sobre todo si los mismos son menores de edad, pues son los que resultan más afectados, si se disgrega o desconectan las relaciones familiares.

Es preciso escuchar la opinión de estos a fin de buscar las raíces del conflicto, ponderar como afectaría el rompimiento de la comunicación o el diálogo entre los miembros de la familia.

Entre los fundamentos de la Convención Sobre los Derechos del niño Adoptadas por la Asamblea General de la ONU, del 20/11/1998, reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, reconociendo que se haría realidad con la aplicación de este proceso, pues aun la familia cambie su estructura por causas de separación o divorcio, cuando los mismos sean inevitables, los afectos y comprensión subsistirían, contrario a lo que sucedería tras padecer un litigio.

El derecho que el menor sea escuchado en todo, asunto que a la larga podría afectarle, esta plasmado en el art. 12 de la indicada convención al señalar: “ Los Estados partes garantizan al niño, que en condiciones de formarse su propio juicio el deseo de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez con los derechos del niño.

2.2.4. Auxiliares y Terceras Personas

Los auxiliares, denominados por algunos autores como “co-mediadores” son aquellos profesionales a los cuales podría acudir el mediador a los fines de identificar la problemática tales como: trabajadores sociales, sociólogos, psicólogos u otros expertos en relaciones interpersonales a fin de excavar en la estructura familiar. Especialistas en el área donde aparece el conflicto.

Cuando se habla de terceras personas puede referirse tanto a la familia extensa, tales como tíos, primos u otros familiares cercanos, así como también amigos íntimos, de ambas partes, a fin de que puedan colaborar, dando confianza a las mismas e identificar el problema

2.3 Características específicas de la Mediación Familiar

Es preciso indicar que además de las características previamente expuestas en el tema introductorio de este trabajo, en Mediación Familiar se destacan las siguientes:

Protagonismo

Este tipo de mediación está centrada en la participación activa de sus componentes y su objetivo es la organización del futuro del mismo.

Esto abarca, no solamente los sujetos en conflicto sino, todo el grupo- padres, hijos, muchas veces los familiares más cercanos, abuelos, tíos, etc.

Cada uno de estos tendrá la oportunidad de exponer sus puntos de vista o sentimientos respecto al problema a fin de buscarle una salida. Lo que provoca en cada uno de estos el crecimiento de su autoestima al entender que es tomado en cuenta. El mediador tendrá el control de este aspecto facilitando desde el inicio hasta el final que todos puedan opinar.

Amplitud de Soluciones

Pues, al contrario de lo que sucedería en un litigio en el cual ciertamente el aspecto legal estaría resuelto, mediante este sistema las partes irían más allá sanando o curando los problemas familiares desde la raíz.

Permanencia de Los Lazos Afectivos

La forma en que se llega a la solución, mutuamente, por sí mismas y espontáneamente y la conciencia de que no son adversarios, sino, una sola parte combatiendo el conflicto que es el enemigo, trae como consecuencia que al final estos lazos afectivos y sentimientos se mantengan para beneficio de todos los miembros de la familia.

Resultados Permanentes

Los acuerdos logrados por las partes mismas al responder a las convicciones de ellas y al “Código de Familia” producen resultados más permanentes.³³

Auto-Composición

La idea de la Auto-composición viene dada en la forma en que las partes encuentran y delimitan entre ellos mismos las soluciones y sus problemas en base a su sistema de valores y estructura familiar, que no es la misma en todas las familias, provocando así el fortalecimiento de éste.

En cuanto a la motivación, el facilitador debe explicar a las partes las ventajas que este tipo de proceso implica para las relaciones futuras de los miembros de la familia en disputa frente al litigio, y no solamente lo sencillo, rápido y poco costoso del mismo.

³³ Dupuis, Juan Carlos “Mediación Familiar”

Escucha Reflexiva

También debe saber escuchar, prestar cuidada atención a las ponencias de las partes a los fines de identificar la raíz del problema.

Lenguaje a Utilizar

Como parte fundamental de un proceso que es por demás conversacional, pues debe procurarse que el intercambio de ideas se realice en un lenguaje sencillo, no rebuscado, que esté a nivel de todos los involucrados.

Capítulo 3: Desarrollo de la Mediación Familiar

3.1 Etapas: Previo a la Sesión. Preparativos

Todo proceso, por sencillo que sea, lleva consigo diferentes pasos que es necesario satisfacer a los fines de llegar a una meta o solución coherente y la mediación familiar no escapa a esto. Por esto que hemos dividido las mismas en tres, aunque en la práctica tengan muchas veces que llevarse a cabo de la manera más compleja. A saber:

Previo a la Sección de Mediación

Que abarca, si se trata de mediación privada, desde elección del mediador, llamada previa, aviso a la otra parte, si ambas no han acordado previamente el uso de este mecanismo.- Convocatoria a la primera sección.

Preparativos

¿Cómo debe prepararse el mediador familiar?

Si las partes han acudido de manera espontánea a este tipo de proceso, es decir, que no han sido enviadas como requisito previo al proceso por un juez, son las mismas que contratarán al mediador personalmente o a través de sus abogados.

En este sentido es aconsejable que el facilitador sea quien reciba y atienda personalmente a las partes, pues es la primera impresión, el primer contacto de éstos con aquel, puede incluso explicarles en este primer contacto en qué consiste este método y sus ventajas.

Puede suceder que sea uno de los miembros del grupo que de manera aislada decida acudir al facilitador. En este primer contacto, es preciso que el mediador averigüe qué se busca el acudir

al mismo, cuál es el entorno familiar, el tipo de problemas, identificar a las personas relacionadas al mismo, cuál es su sentir.

Es lógico que cuando ambas partes toman la decisión de acudir a este sistema el mismo se simplifica.

El problema radica cuando la otra parte está renuente- más existen formas a los fines que este comparezca, por lo menos, a esa entrevista. Esta llamada está a cargo del mediador, el cual, puede enviarle una carta, pues aún sea por curiosidad natural del ser humano, es posible que acuda a “ver de que se trata eso.”³⁴

Una llamada telefónica explicativa en la que se le informe brevemente el objetivo y lo que se busca con este sistema, que es voluntario, puede además la misma parte interesada en solucionar el problema a través de un familiar cercano o amigo tratar de convencerlo de que acuda en casos.

3.2 Cuando la Mediación Familiar es Obligatoria

En casos de Mediación Familiar obligatoria, es decir, cuando las partes o una de ellas han tomado la decisión de someter a los tribunales de justicia su problema, y como requisito previo, el proceso mismo establezca con carácter obligatorio la mediación (Ej. Como ocurre con la Conciliación en Mat. Laboral).

Es normal que ese primer contacto con el mediador sea con el abogado de la parte demandante o iniciante del proceso judicial.

En este caso el papel de este sujeto neutral es hacerle entender a este profesional que solo se trata de un simple trámite burocrático, que la parte a quien este representa no estaría en desventaja frente a la otra, la sencillez de este proceso, el profesional del derecho quedará bien parada si de una forma poco costosa y rápida obtenga lo que su cliente persigue en contraposición a un proceso largo, costoso y complicado.

Eduardo José Cárdenas Expresa: “únicamente si el abogado se convence de que en la mediación puede sacar más, no menos, se integrará al proceso”³⁵

³⁴ Cárdenas, Eduardo José, “La Mediación en Conflictos Familiares”

³⁵ IBID

En este primer contacto es preciso advertir a las partes que aunque sea ordenada por un juez, la mediación, como requisito previo al proceso, los acuerdos en si son voluntarios, cuales partes intervendrán o pueden intervenir, hora, lugar, que las partes hacen su propios acuerdos, que todos tendrán la oportunidad de hablar, que no se trata de buscar un culpable o inocente.

En cuanto al mediador, este debe estar empapado del asunto, partes involucradas, búsqueda de información, consultas con personal de apoyo tales como sociólogos, trabajadores sociales, etc, que lo ayuden a entender el problema.

Otras pautas para el mediador familiar, respecto al ambiente en donde se desenvolverá el proceso, despacho u oficina, asegurarse de que existan los equipos necesarios tales como lápices, cuadernos para apuntes, asientos confortables.

La cercanía o lejanía entre las partes dependerá de la magnitud del conflicto. El mediador se ubicaría en el medio a fin de dar a entender que el desarrollo de la sesión será a través de él, que es el punto de equilibrio.

Al iniciar la sección familiar el facilitador enviará un mensaje alentador, presentando una imagen de apoyo y cooperación, no de crítica o superioridad.

Puede el mediador elaborar un cuestionario a fin de obtener información básica del grupo: Nombres, apellidos, cantidad de miembros de la familia, ocupación información acerca de los hijos, si los hay, etc.

3.3 En la Sesión: ¿Conocen las partes o no la raíz del problema?

En este primer contacto formal es aconsejable que el facilitador cuestione a las partes acerca de lo que buscan al acudir al mismo. Que los incentiven a contar sus historias, no a la intimidación o desafíos.

Es preciso que el mediador comprenda que en su labor va a encontrarse con diferentes tipos de personalidad,. Los tímidos o renuentes en hablar, los extrovertidos y los que no paran de hablar, los mentirosos, los manipuladores, los asustadisos y los desafiantes, para así controlar mejor la situación.

Luego de todo esto viene una de las fases más importantes, el clímax de este proceso, y es lograr que las partes comiencen a hablar directamente entre ellos, por lo que debe ayudárseles a expresar sus sentimientos a compartir o intercambiar información, afloran aquí las acusaciones, problemas.

Aquí el facilitador debe tener cuidado de que el sistema no se convierta en un caos, recordando que debe explicar a las partes, que cada uno debe hablar a su tiempo o turno.

3.4 Cuestiones que Debe Tomar en Cuenta el Facilitador en esta Etapa

Debemos tener en cuenta dos aspectos antes de llegar a la mediación:

1. Conocen las Partes o no la raíz del problema

A. Las partes conocen el problema, en este caso el objetivo de la mediación es buscar una solución conjunta y beneficiosa a las partes por igual.

B. Las partes desconocen la raíz del conflicto: Muchas veces las partes saben que existen desavenencias, pero no han podido llegar al eje del mismo a fin de solucionarlo, ejemplo de esto lo encontramos en los problemas psicológicos, traumas, frustraciones de que puede padecer una de las partes y que generan conflicto.

C. Debe tomar en cuenta: Que los conflictos puedan ser múltiples y relacionados entre sí, o aparentan ser complejos o el que en realidad sea uno, el trascendental, el profundo que hay que darle prioridad

Durante todo el proceso es de gran utilidad que tanto el mediador como las partes tomen nota de los aspectos más relevantes del conversatorio. Como modo de establecer prioridades o chequear o resumir mediante al final de la entrevista.

Mediante este replanteo se determina si con esta única entrevista es suficiente o son necesarias otras a los fines de alcanzar los objetivos.

2. Son estos puntos mediables o no.

Aquí el mediador(a) motiva a generar la mayor cantidad de soluciones para al final escoger la mejor y que satisfaga a todas las partes involucradas. Este es el momento de reflexionar. Que antes de marcharse las partes estén convencidas de que esa es la mejor solución.

3.5 Redefinición del Conflicto y Redacción de un Acuerdo

No es más que la búsqueda de las causas reales del conflicto. Esta etapa es realizada previamente por el mediador, a fin de luego brindar a las partes alternativas que pueden ser aceptadas o no por estas.

En cuanto a este momento de la mediación, Eduardo José Cárdenas expresa “ al mediador le bastará con sumergir estas maniobras en un clima de posibilidad, aliento de esperanza y refuerzo de la autoestima de sus clientes. Buscará y ensalzará lo valioso de cada uno de ellos, brindará la información faltante que ayude a redefinir el problema”.

Puede suceder que en el desarrollo del conversatorio las partes comiencen a agredirse verbalmente, a culparse mutuamente, el mediador tomará las medidas de lugar a los fines de evitar o parar estas situaciones.

Luego de resumido, reiterado y ponderado el problema, la aceptación de las partes del mismo y la presentación de soluciones posibles, es preciso llegar a un acuerdo, que es lo que resolverá el problema familiar, más es preciso que las partes estén convencidas de que “esa” será la mejor solución que sea un acuerdo posible, que se cumpla, es por esto que los términos del mismo deben ser claros, precisos, que es lo que se va a hacer, cuando y cómo, cuales son sus beneficios. Se trata de acuerdo a corto, medio no o largo plazo, todos estos aspectos objetivan el acuerdo, lo hacen real, cumplible.

Capítulo 4: Áreas de Aplicación de la Mediación Familiar

4.1 La Mediación en el Divorcio

Una de las etapas más relevantes en donde la mediación familiar es más efectiva es en el Divorcio, separación legal del hombre y de la mujer unidos por los lazos del matrimonio. Proceso muchas veces frustrante y doloroso sobre todo cuando existen hijos, pues afloran los rencores, frustraciones, sentimientos de abandono, alejamiento de los parientes, sentimientos de venganza. Se discuten intereses pecuniarios, se trata pues, cuando hay bienes de dividir, los mismos de una manera equitativa y justa. El divorcio está considerado entre las primeras causas que generan mayor perturbación psicológica, tanto para la pareja en separación, como para los hijos. Que el dolor de la ruptura y de la separación no pueden obviar o evitarse, pero seguramente puede mitigarse.³⁶

Nuestros tribunales están abrumados de este tipo de demandas en sus distintas vertientes, ya sea por consentimiento mutuo, en el cual los esposos estipulan los términos de su separación o por las distintas modalidades establecidas en ley en ley 1306- bis que rige la materia en nuestro país.

¿Que se busca al utilizar esta vía?

Es evidente que cuando la pareja está inmersa en el proceso de divorcio, ha tomado esta decisión, lo que pretende al acudir a la mediación, es buscar una respuesta pacífica, no controvertida, sea respecto a la educación y guarda de los hijos menores en común y los bienes

³⁶ Dupuis, Juan Carlos "La Mediación Familiar"

existentes, si por el contrario, la pareja esta indecisa, la mediación puede ayudar a las partes a exponer sus desavenencias, y compartir el problema, desahogándose, cada cual planteando sus puntos de vista, y por que no, reconocer sus errores como pareja. Es por esto, que la función primordial del mediador es la identificación del conflicto para así enfilar sus armas hacia él y combatirlo.

Debe destacarse, que muchas veces el divorcio es la solución más sana y eficaz, cuando en la relación existen violencias, pues han llegado a un punto en que la vida en común es insostenible. Pero quedan los hijos, que son los más afectados por las disputas y choque de intereses que se presentan, he aquí la efectividad de la mediación.

Muchas veces se toma la decisión de separarse de manera irreflexiva, por un impulso provocado por un pleito o diferencias ideológicas, en estos casos, acudir a estas vías, es sumamente importante pues la relación puede ser salvada.

¿Cuál es el momento adecuado para intentarse?

La respuesta nos la da Eduardo José Cárdenas al exponer “De ordinario se habla de 3 etapas en el divorcio”

- 1) Pre-divorcio: es en el cual la pareja está debatiendo internamente su destino.
- 2) El divorcio propiamente dicho: aquella en que la separación comienza a ejecutarse (uno de los esposos se va de la casa).
- 3) Post Divorcio: que involucra los arreglos que hacen al futuro de la vida de separados”, aclarando el autor “que en esta última etapa han bajado su intensidad, las razones comienzan a primar...es el momento ideal de la mediación”.

No obstante, a todo esto entendemos que en la etapa denominada pre-divorcio, la pareja comienza a pensar en la idea del divorcio, donde se inician las desavenencias, los ánimos se caldean, es un momento adecuado a los fines, aminorar tensiones y, por que no, hacer desaparecer la idea de la separación, dando a entender a las partes que el punto es unirse y combatir el problema juntos.

Los beneficios de la mediación en este caso se reflejan directamente en los hijos, pues si después de esto, los padres quedan “amigos” llegarán a acuerdos respecto a la crianza de los mismos, lo cual repercutirá, además en su desarrollo psicológico o su salud mental, pues

recordemos que aunque los hijos crezcan y se hagan mayores, siempre serán el lazo que no se puede romper entre la pareja ya dispersa.

Para lograr un buen divorcio o una buena reconciliación, el mediador debe de comprender las motivaciones o antecedentes del problema invitando a que cada parte destape la cajita de pandoras, pues estos antecedentes pueden ser de origen psicológico, social, y muchas veces ha de acudir a especialistas en estas áreas, en las cuales el facilitador, no es experto, a iniciativa de las partes.

¿A qué tipos de acuerdo puede llegarse?

Los acuerdos pueden recaer respecto a ¿Quién se hará cargo de los hijos? partición de la comunidad conyugal, obligación de manutención, etc, aspectos que serán desarrollados más adelante.

Los intereses de ambas partes son defendidos por el mediador. En cuanto a la iniciativa de divorciarse, puede ser una decisión conjunta o individual, aspecto que deberá tener en cuenta el mediador a los fines que las mismas se encuentren en igualdad de condiciones al momento de mediar.

En conclusión el divorcio como etapa crucial en que se ve envuelta la familia, no necesariamente debe ser frustratorio, puede ser una forma de destacar la importancia de cada uno de sus miembros que aunque, no exista esa convivencia común, siempre deberá de existir ese contacto, intercambio de ideas, para beneficio de los más inocentes que son los hijos, sobre todo si son menores, esto es posible gracias a la mediación familiar.

4.2 Manejo de los Conflictos en torno a la Obligación de Manutención. Situación Actual

Es la ley 14-94 código Para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual, desde su art. 130, define lo que debe entender por alimento, estableciendo luego todo un procedimiento a los fines de que el alimentante cumpla con su deber de manutención para con un o una menor de edad.

Introduce esta ley la novedad de poder reclamar alimentos en la etapa del embarazo .- En el título segundo de la ley en cuestión donde se establece un tipo de conciliación por ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes al señalar el art. 133 lo sgte: que cuando se haya iniciado el procedimiento por violación a esta ley (14-94), sea a requerimiento de padres, parientes o responsables de los menores tendrá lugar la conciliación, la cual podrá realizarse por el defensor del menor, por ante el juez de menores, por ante el juez de paz, por ante el Ministerio Público, dando lugar, si hay conciliación, al levantamiento de un acta, la cual deberá ser aprobada por un auto que tendrá validez y ejecutoriedad, no obstante cualquier recurso.

Es lógico que la intención de estos procedimientos es llegar a una convenio que beneficie al menor, asegurándose que se satisfagan sus necesidades alimenticias y que la función del Ministerio Público o defensor de menores, según los casos, es asegurarse de esto.

Más muchas veces aunque se llegue a un “ acuerdo”, la parte obligada no lo entiende como tal, pues al fin y al cabo la ley le impondría la obligación de mantener a ese menor, lleguen o no a un arreglo, pues en el fondo entiende que no fue algo enteramente voluntario, lo que conlleva muchas veces a que aun habiendo llegado al mismo, por salir del paso, en lo futuro no se cumplan. El hecho de citarlo o citarla ante la justicia provoca de por sí rencores y que ya la relación de esos padres no sea la misma.

Es mejor que estos comprendan, que más que una obligación, con ese menor de edad, es un deber. Que no se trata al menor como instrumento, sino como se ha plasmado en las distintas convenciones y tratados internacionales, de los cuales somos parte, tales Como: Convención Sobre los Der. Del Niño, lo que se busca es “ el interés superior del menor” y qué mejor mecanismo que acudir a la mediación en estos casos.

4.3 ¿Es posible mediar en casos de violencia Doméstica o Intrafamiliar?

Previo a dar respuesta a esta importante interrogante es necesario destacar la situación legal de este problema en Rep. Dom.

Es a partir de la ley 24-97 G.O. No. 9945, del año 1997, que se obtiene una concepción precisa de lo que reviste este problema en nuestro país, al señalar :” Constituye violencia doméstica o

intrafamiliar todo patrón de conducta mediante el empleo de fuerza física, o violencia psicológica, verbal, intimidación, o persecución contra uno o varios miembros de la familia o cualquier persona que mantenga una relación de conveniencia, contra al cónyuge, conviviente o ex conviviente o pareja consensual, o contra la persona con quien haya procreado un hijo o una hija para causarle daño físico o psicológico a su persona o daño a sus bienes, realizado por el padre, la madre, el tutor, guardián, cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente o pareja consensual o bajo cuya autoridad, protección o cuidado se encuentra la familia- art 309-2 ley indicada.

Estableciendo a seguidas las sanciones y órdenes de protección. Ya sea a los autores, y a las víctimas de tales hechos.

Estas situaciones violentas, traen catastróficas consecuencias a los miembros de este entorno. Es vital buscar una solución- es indudable la importancia de esta ley y sus preceptos a fin de sancionar al autor y tratar de proteger a las o las víctimas.

Antes de destacar, la posibilidad o no de que exista mediación en ese aspecto es vital entender que si esa violencia ha sido consumada o se ha llegado al maltrato físico, la situación violenta es solucionada únicamente a través de una sanción, pues, existen hechos imposibles de mediar.

Entendemos que en muchos casos, sería mejor encontrar una forma de parar estas situaciones dolorosas ¿qué papel jugaría la mediación familiar en estos delicados choques de sentimientos?. Previo a responder a esta interrogante, es preciso aclarar los aspectos siguientes

4.3.1 La víctima y el victimario. Cuestiones a considerar en este tipo de mecanismo.

El maltrato o violencia familiar es “toda aquella acción o falta de acción que ponga en riesgo la vida, integridad, psicofísica de uno de los integrantes de la familia”.

Este cuadro de violencia lo componen el abusador o victimario, la víctima o persona abusada y la sociedad en su conjunto.³⁷

Debemos ser realistas, es preciso que el mediador al enfrentarse a este tipo de situaciones se

³⁷ Arbieri de Sasione, Carmen y Vinni, Laura María “La Mediación en Argentina”

percate de si el conflicto es factible o no de mediar .

Existen personas que no pueden controlar sus impulsos que poseen problemas psicológicos, que no se pueden expresar, que entienden que con el maltrato imponen la disciplina, muchas veces el machismo y porque no un arraigado feminismo, el deseo de ser el jefe de controlar la situación interna de la familia los convierte en victimarios. La víctima padece de estos maltratos por razones diversas: Miedo, dependencia económica, vergüenza.

La denominada víctima puede acudir a la mediación para que con la ayuda del mediador, el cual a su vez, debe ser asistido por auxiliares, de obtener una separación pacífica “El mediador, en definitiva, al tomar conocimiento de la existencia de violencia se convierte en una esperanza para las partes involucradas, ya que con un abordaje integral y multidisciplinario empieza a solucionar y superar aunque sea en una mínima medida, el conflicto o crisis familiar.³⁸

Más el mediador previo a adentrarse a este proceso en el caso que nos ocupa, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos jurídicos: Entendemos que en este tipo de conflictos es sano y aconsejable la participación de otros miembros de la familia cercanos a la pareja como puntos de apoyo.

La mediación en estos casos trae como consecuencia:

- Que la víctima se convenza acerca de su verdadero valor como persona, aumentando así su autoestima.
- Que se libere de los miedos y frustraciones que la hacen padecer de esta situación.
- Que ella no es culpable y que no se “merece: este tipo de trato
- Que puede llegar a ser independiente, que su victimario no lo es todo.
- Y que es mejor separarse dignamente y ser amigos y no estar encarcelado en una situación, muchas veces masoquista.

En cuanto al victimario:

- Entender el porqué de su comportamiento, cómo está afectando no solamente a la pareja sino a los demás miembros, especialmente los hijos.
- Que existen otros métodos de expresar sus sentimientos o quejas como lo es al diálogo y la comunicación.
- Y lo más importante de todo es, ¿qué es lo que nos hace ser víctimas o victimarios?

38 IBID

Es preciso concluir que los casos de violencia doméstica e intrafamiliar en sí, son imposibles de mediar, pues chocaría no sólo con las leyes vigentes relativas a estos supuestos, sino también con los tratados o pactos de los cuales formamos partes y que son protegidos por nuestro Pacto Político art. 3.

4.4 Otras Situaciones Mediables: Conflictos ente Padres e Hijos

Uno de los problemas más frecuentes que se presentan en nuestras familias es lo relativo a los conflictos entre padres e hijos, sobre todo si son adolescentes.

Son innumerables las causas que provocan este tipo de situaciones, asuntos que trataremos de descubrir en nuestro último tema en cuanto a las situaciones generadoras del conflicto o disputa. En esta parte de nuestro tema enfocaremos lo relativo a qué aspectos deben tomarse en cuenta al mediar.

La rebelión natural de la juventud, la moda, ese sentirse grande e independiente, valerse por sí mismo, choque de generaciones de parte de los hijos, y por otro lado, la necesidad y obligación de protegerlos, otras veces de no perder ese control, esa autoridad que el ser padres significa, la incomprensión de ambas partes, son unos pocos ejemplos de lo que provoca este tipo de situaciones.

Las ventajas de la mediación en estos casos son por demás evidentes, pues, si no son atacados, estas podrían provocar la ruptura total de la relación padre e hijo.

A seguidas, expondremos los aspectos más relevantes de este mecanismo alternativo, en el supuesto que nos ocupa.

Debemos tomar en cuenta que en estos casos los sujetos de la mediación lo constituyen el padre, la madre y el hijo. Es recomendable que en caso de que los padres estén divorciados o separados, ambos sean invitados a participar.–mas debemos entender que en los hechos existirán “familias” en donde falta uno de los dos.

Los hijos saben o sienten que ellos son lo más importante, lo que une la pareja, lo que buscan es, muchas veces, llamar la atención a fin de evitar la separación de sus padres.- mas no siempre éstos son los motivos, pues estos jóvenes pueden estar padeciendo de serios problemas

relacionados con su edad y medioambiente en que se desarrollan y situaciones que analizaremos en el capítulo 5.

Se trata en este tipo de mediación de concientizar a los padres de que no se sientan culpables ante la conducta de sus hijos, de sus fracasos, sino que todos los factores antes indicados son los verdaderos culpables del conflicto.

No se trata de que los adolescentes sientan que ellos son los malos de la película o que sus padres son los responsables de esa situación, sino que la búsqueda se enfoca en extirpar el mal para curar la familia en beneficio, no sólo de los miembros en conflicto, sino del resto del grupo, con la ayuda del mediador.

A los fines de redefinir el problema en estos casos, pueden tomarse en cuenta las siguientes ideas.

Los padres entienden que su conducta los está llevando al fracaso, lo que impedirá su desarrollo como adulto.

El adolescente tiene un punto de vista que no piensa cambiar, no escucha razones- ha creado una coraza- entiende que lo que quieren los adultos es manejarlo, que debe cometer sus propios errores a los fines de aprender.

Se trata entonces de tratar de orientar a los hijos sin que estos sientan que los padres están siendo juzgados por su forma de ser, que aunque no compartan sus ideales y valores los entienden y no están contra ellos.

Hay que tomar en cuenta a los demás miembros del grupo que resultan afectados de esta situación conflictiva y los padres deben velar por el bienestar de toda la familia “No solo se trata de ayudar al adolescente que está fracasado sino evitar que los demás hijos y convivientes sean dañados.”³⁹

Luego de redefinido o identificado el problema es el mejor momento de llegar a un acuerdo lo que podría consistir en concesiones de parte de los padres hacia el adolescente más teniendo

³⁹ Robert Plomig (1977)

en cuenta que los padres son los que los otorgan, pues como hemos expresado antes la peculiaridad de la mediación en este caso es que los padres deben mantener la autoridad de tales, pues de lo contrario ese proceso sería un fracaso.

En los casos en que la redefinición del problema haya revelado que la raíz del mismo son problemas de drogas.

Podría concordarse con la anuencia del adolescente, el acudir a programas de rehabilitación o sea readaptación del mismo es por esto, que muchas veces el mediador en estos casos tendrá la necesidad de acudir a especialistas que lo respalden a los fines de orientar a las partes a soluciones en tan delicada situación.

4.5 Guarda de los Hijos Menores

Uno de los aspectos más relevantes en el desarrollo del menor es quién se hará cargo de los hijos.

Entendemos que esto depende de la edad del niño, pues si se trata de pequeñitos de hasta 5 o 6 años de edad es preferible que estén estables en los brazos de la madre, pues los mismos necesitan de cuidados, el padre los visitaría y pasaría cierto tiempo con ellos, pero cuando se trata de niños de mayor edad, sobre todo los varones, requieren más de la presencia y apoyo paterno. De todos modos, el apoyo de ambos hace más sano y normal el desarrollo de éstos.

En muchos de los casos los padres acuerdan los días o períodos en los cuales cada uno compartiría con los niños.

Esta relación armoniosa debe tratar de llevarse más allá de la pareja, así los abuelos de ambas partes y familiares cercanos con los cuales los menores se relacionarían más íntimamente, pueden contribuir a que el ambiente sea más agradable.

Otros aspectos importantes

En muchos casos ocurre que el padre que está menos tiempo con los niños, en un día o fin de semana procura darles un ambiente placentero y lleno de diversión, lo que provoca inconvenientes cuando regresa a un ambiente de reglas y deberes que cumplir, convirtiéndose el padre que las aplica en el ogro, es por eso que esta situación debe equipararse, que ambos sean los

que imparten las normas y reprendan cuando se haga necesario y los mismos traten de darles esparcimiento y diversión, es obra de dos.

Es importante que el mediador familiar en su forma peculiar de actuar, conduzca a los padres, a través de sus propias reflexiones a entender que su función primordial de formar a los hijos es continua- pues su deber es explicarle a los mismos que son capaces de tener relaciones estables y duraderas, de que no toda relación está condenada al divorcio, siempre y cuando aflore el diálogo, acuerdo y colaboración de las partes.

Los padres deben comprender que los hijos no son un instrumento de venganza, que si existe una nueva relación de pareja de uno de sus padres, los mismos comprendan que aunque sus progenitores rehagan sus vidas, los hijos no serán olvidados.

Es la comunicación (diálogo) la base fundamental para evitar estas situaciones, por lo que antes de tomar cualquier decisión, los padres deben hablar con sus hijos, explicarles lo que está pasando y hacerles sentir que el hecho de que decidieran separarse en nada variará el afecto y los deberes que se tiene para con los mismos, a fin de darle confianza, levantar su autoestima y que vivan una vida normal.

Los acuerdos más importantes en esta materia se refieren además a qué colegio asistirán los hijos, el tiempo que le dedicará cada padre, la colaboración de la parte con su ex pareja, a fin de criar integralmente a esos hijos, la idea es de explicarle a los niños, que no se trata de perder a uno de sus progenitores, sino que ese amor y atención hacia ellos no se desvanecerá.

4.6 Partición de la Comunidad Conyugal

Hoy día, no puede hablarse simplemente de partición de la comunidad conyugal, es decir, la división de aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio, y respecto a los cuales nuestra legislación vigente, es por demás, extensa, y es que la relación producto del concubinato bajo ciertas condiciones, genera derechos y obligaciones, a saber:

Nuestra Suprema Corte de Justicia, por sentencia de fecha 17 de Septiembre del año 2001, Boletín Judicial 1091, Vol. I, Octubre 2001, El derecho de la concubina bajo ciertas condiciones de hacer reclamaciones respecto a su conviviente.

Entendemos que en estos supuestos es posible mediar, respecto al destino de ese patrimonio

común y evitar así el largo proceso de una partición incidentada, llena de formalismos procedimentales y la segura enemistad al final del proceso.

En este sentido, Eduardo José Cárdenas aconseja que es mejor que el tema de los bienes sea tratado después del de los hijos y antes que el de los alimentos, por que si hay bienes que repartir, luego de acordar la forma de hacerlo, las partes se sentirán más seguras.

En este sentido puede acordarse de que en caso que la mujer quede a cargo de los hijos, ésta se quede con la casa común a fin de darles un hogar, un vehículo para transportarlos, etc.

En estos casos, los abogados harían un papel estelar a los fines de evitar ocultamientos de bienes o repartición en desventaja de una de las partes y que el acuerdo a que se arrive sea por demás equitativo y satisfaga a ambas partes. El mediador en todo momento revelará por esa equidad...

Capítulo 5: Consideraciones Finales

5.1 Factores Vitales que deben considerarse en este tipo de Proceso. Situaciones Psicológicas, Sociales y Culturales Generadoras del Conflicto

¿Cómo podría hablarse de un mediador(a), eficiente, cuya función es descubrir, conjuntamente con las partes el conflicto o problema, si no escarba en los aspectos usuales que pueden provocar estas situaciones?

Ciertamente, hemos aludido en varias ocasiones a los denominados auxiliares o co-mediadores, expertos en estas materias y a los cuales puede acudir el facilitador en caso necesario. Mas es útil y oportuno, por lo menos destacar y enumerar esas causas generadoras a fin de que el mediador inicie su labor al menos orientado:

Sociobiología: aborda los problemas de la evolución que son especialmente interesante para los psicólogos, se concentra en la aportación de los grupos, en la evolución de la conducta social. Destaca que los miembros de una familia, genéticamente similares, deberían ser solidarios, pues de esto dependerá que mayor número de miembros, prospere y se reproduzca.

En cuanto a la herencia y la conducta, la primera moldea las particularidades de la conducta de cada individuo, los genes, aportan algo respecto a la capacidad de aprendizaje.

Genética Conductual: Es la rama de la psicología y de la genética que se dedica a las bases hereditarias de la conducta y de la cognición. Para los genetistas, todo lo que las personas hacen depende, en cierto grado, de las estructuras físicas fundamentales. La labor de esta área es determinar cual es la aportación de la herencia y el medio ambiente a un acto particular,

explorando además los mecanismos biológicos, por medio de los cuales, los genes afectan la conducta y cognición.

Este genetista conductual, interesado en herencia ambiente destaca entre otros, un tipo esencial de interacción: La Pasiva, que establece que las reglas de crianza de hijos, de los padres y madres se encuentran bajo la influencia parcial del mismo tipo de genes que moldean a su descendencia. Considerando que los padres que son hábiles para solucionar problemas, es probable que fomenten pensar y razonar de manera que, tanto el entrenamiento como la herencia genética contribuirán a las capacidades de sus niños a resolver el problema.

Las Hormonas: Activan la conducta, predeterminan funciones de los sistemas metabólicos endocrino y nervioso, de manera que afectan la actividad posterior.

El Alcohol : (Guille y Tollestrupo 1990) Mediante un estudio realizado por éstos, indican que incluso cantidades pequeñas de alcohol, pueden interferir con la precisión del reporte de los detalles de un delito e incrementan la probabilidad de que los testigos identifiquen falsamente a una persona inocente como culpable.

Factores que Influyen en La Personalidad: existen varios factores, los cuales provocan que los individuos actúen de manera diferente ante las mismas situaciones sean estas conflictivas o no.

A. Las Influencias Genéticas: Pues cada individuo tiene su propia estructura genética, posee una combinación genética particular denominada genotipo, el cual se refiere al conjunto de características hereditarias, heredadas de un individuo.

B. Influencias fisiológicas: Son las variaciones que sufren con mayor o menor intensidad o duración, los órganos del cuerpo humano, abarcando la estructura nerviosa de cada individuo y ocasionando reacciones diferentes frente a un mismo estímulo, desequilibrios que influyen profundamente en el comportamiento de las personas.

C. En cuanto al medio ambiente, es lógico que los primeros años de la vida de un individuo, los factores antes descritos sean los que predominen en su comportamiento, más por el transcurso del tiempo, la influencia del medio ambiente, se vuelve más determinante.

Por el Medio Ambiente, el individuo va absorbiendo los intereses, valores, actitudes, y necesidades psicológicas. Es a través del aprendizaje, con los premios y castigos, que este factor, moldea la personalidad de cada individuo.

D. Resolución de Problemas: Se define como la capacidad de pensamiento dirigido, que utiliza información y experiencia, para obtener las respuestas o soluciones (Davidoff).

Para resolver un problema se requiere de cuatro fases:

1. Comprender el problema
2. Concebir un plan
3. Poner en ejecución el Plan
4. Volver atrás una vez encontrada la solución, Revisarla y discutirla.

Los individuos exteriorizan sus emociones de formas diversas entre las que tenemos:

- Sentimientos Primarios: Alegría, temor , disgusto etc.
- Sentimientos que se basan en estímulos Sensoriales: Dolor, asco, pavor, fascinación;
- Sentimientos de Autovaloración: Orgullo, Vergüenza etc.;
- Sentimientos Dirigidos hacia otras personas: Odio, amor y compasión;
- Sentimientos de Valoración Estética: Humor, valoración etc.

El Estrés: Es el proceso que ocurre en respuesta a eventos que perturban o amenazan, nuestro funcionamiento físico y Psicológico.

La Anormalidad: De acuerdo con el modelo psicoanalítico, la misma proviene de conflictos de la infancia, que surgen de deseos contrapuestos vinculados al sexo y a la agresividad.

Existen tres supuestos que explican las causas del comportamiento anormal.

1. Modelo Médico: la causa es la fisiología
2. Modelo Humanista: es el resultado de la incapacidad para satisfacer necesidades humanas.
3. Modelo Socio-Cultural: establece que el comportamiento tanto normal como anormal de las personas está determinado por la familia, la sociedad y las influencias culturales.

Otros aspectos que pueden generar cambios en el comportamiento normal son los denominados trastornos, tales como los de la personalidad, por ejemplo, los antisociales, los producidos por el consumo de sustancias alucinógenas o el alcohol, los provocados por la ansiedad, los trastornos sexuales, entre otros.

La esquizofrenia: Se refleja en aislamiento de los demás, perturbaciones del lenguaje y paranoias.

Nota: Todos estos conceptos de carácter psicológicos, fueron extraídos de textos relativos a la rama, entre los que tenemos “Introducción a la Psicología General”, manual de psicología elaborado por el Departamento de Psicología UAPA.

Situaciones Sociales y Culturales: Entre estas situaciones, encontramos en machismo y el feminismo arraigados, reflejados en que cada miembro de la familia, se siente autosuficiente y entiende que el otro ya no es indispensable. El alcoholismo y la drogadicción, las infidelidades que en sí mismo afectan la inestabilidad familiar.

Otro factor que influye en estas situaciones conflictivas es el caso de los matrimonios jóvenes y precipitados, algunas veces provocado por que el joven tuvo que casarse debido a que la chica quedó embarazada, y este tiene que cumplirle. Estas uniones forzadas, en cierto modo, provocan en las parejas inconformidad, sumándole también que tal vez no se conocen tan bien como pensaban, lo que conlleva que al tener que enfrentar situaciones delicadas o conflictivas, la solución sea más que remota, imposible.

Los Problemas de vivienda, la pobreza, las uniones fundamentadas más en el sexo que en afecto, crecimiento demográfico, movilidad de la zona rural a la urbana, profundos cambios en los valores, paradigmas y estructuras de las familias, son los factores, sociales y culturales, generadores de las disputas.

5.1 ¿Es la legislación un apoyo o un obstáculo para la implementación de este Tipo de Mecanismos?

Ciertamente que un no, es la respuesta acertada a esta interrogante, pues una legislación firme, unos procedimientos claros, acordes con la Constitución vigente y con todos aquellos Tratados y Convenciones que fortalecen y defienden, los denominados Derechos Humanos, son un punto de apoyo, sobre todo al elaborar los acuerdos a los que se llegan en este tipo de métodos. Es la Ley que ayuda a delimitar la legalidad y moralidad de tales pactos, pues como sabemos, no podría llegarse a soluciones que atenten contra el Orden Público y bienestar de los pactantes y de la sociedad, por ejemplo que los hijos menores queden desprotegidos, no estableciendo responsabilidades en cuanto a su manutención.

Un buen Mediador o Mediadora debe estar provisto de los conocimientos jurídicos básicos, dependiendo del área o tipo de conflicto de que se trate, ya sea de partición de la Comunidad.

Es por esto, que al iniciar este tema destacamos algunos aspectos importantes del Derecho de Familia.

Es preciso que recordemos lo establecido en el artículo de nuestro Código Civil: “Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, no pueden ser derogadas por convenciones particulares”. Aunque los acuerdos a que se arriven en la Mediación Familiar deben surgir de las partes mismas, espontáneamente, como producto de las denominadas características de Protagonismo y autocomposición, jamás estas decisiones podrían colidir, con lo antes expuesto, ni perjudicar a terceras personas.

Otra ventaja de la Ley es que nos indica cuando la Mediación es Facultativa u obligatoria. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en Argentina, pues el artículo 2.2 de la Ley 24.573, establece que no sería de aplicación este procedimiento de manera obligatoria en las acciones de Separación personal, Divorcio, Nulidad de Matrimonio, Filiación y Patria Potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estas.

La legislación Vigente y el Sistema Judicial existente deben ser efectivos, pues son los simientes donde se deben apoyar este tipo de propuestas.

5.2 Opinión de Nuestros Magistrados

Entendemos que esta parte de nuestro trabajo es una de las más importantes, debido que son nuestros Jueces y Juezas, es el público a que está dirigido, por lo que sería interesante averiguar que tanto saben de estas vías, sus vivencias, y puntos de vista al respecto, observemos:

Cuestionario No. 1

I. ¿Qué opina de la Mediación Familiar como vía de Resolución de Conflictos?

Es un instrumento ideal para la resolución de conflictos, porque involucra de manera activa a las partes, para que sean ellas mismas quienes discutan los temas que les atañen y quienes deciden, con la guía de una persona Mediadora, que solución darles.

Como los conflictos familiares por lo regular los sentimientos, emociones, amor, desamor, etc. Están comprometidos, al presentarse la Mediación como un espacio donde no hay ganadores/as, ni perdedores/as, se busca resolver el conflicto tomando en cuenta las

necesidades de ambas partes de manera holística, lo que contribuye a la búsqueda de soluciones humanamente dignas, facilitando las relaciones entre las partes.

2. ¿Cuál es su utilidad práctica en la Jurisdicción en la que labora?

Considero que sería de utilidad en los asuntos de Alimentos, Guarda, régimen de visitas, en fin, pienso que se puede aplicar en todos los asuntos de familia (antes y después de la sentencia).

Ahora bien, sin fundamento jurídico (legal), la mediación puede convertirse en prácticas antojadizas o de moda, que lejos de beneficiar, pueden más bien perjudicar.

3. Usted ha tenido la oportunidad a través de la mediación, resolver asuntos y de esa manera evitar el litigio?. SI ___ NO/ X En caso afirmativo, en cuáles asuntos (explique).

4. ¿En que forma, cree usted que contribuye este mecanismo a lograr una cultura de paz?

En la medida en que ayuda a encontrar soluciones a los conflictos, para que las personas puedan vivir mejor; en que busca solución conjunta, quedando ambas partes satisfechas con el resultado y por el nivel elevado de participación de las partes, empoderando a las personas de manera positiva, constituye a ir forjando una cultura de paz, porque permite a las partes dar respuesta no violentas, quebrando de esa manera los círculos viciosos de violencia en la situación y en las relaciones.

5. A su juicio, ¿cuál es el perfil que debe tener una persona mediadora?

Esta persona de tener:

- Imparcialidad / neutralidad

Conocer el arte de entender a la gente.

- Intuición bien desarrollada.

Flexible, paciente, tolerante, buen moderador, con prácticas democráticas, profesional en la materia, nivel adecuado de comunicación, manejo adecuado de las relaciones interpersonales, manejo adecuado del lenguaje corporal, sencilla, manejo adecuado de la escucha reflexiva, amplios conocimientos de Psicología, debe ser capaz de incorporar a su vida cotidiana modos no violentos de conectarse con el mundo, humilde, honesto/a, y con un gran espíritu de servicio.

Cuestionario No. 2

1. ¿Ha oído usted hablar del RAD?

Consiste en dar una solución a través de mediaciones entre partes envueltas en conflicto sin necesidad de agotar los procedimientos en los tribunales.

2. ¿Ha tenido usted la oportunidad de mediar en su función?

Sí, en los procedimientos de divorcio por incompatibilidad de caracteres/

Explíquese:

Cuándo las partes tienen un conflicto que los ha llevado a quererse divorciar pero uno de ellos ha expresado que está dispuesto a cambiar y con la finalidad de que no se lleve a cabo el divorcio.

3. Las ventajas de estos mecanismos.

Rapidez, consenso entre las partes que cuando hay una litis la parte ofendida queda con ese rencor, mientras que cuando se llega a una solución mediante un consenso ambos quedan satisfechos.

4. Cualidades que debe poseer el mediador o conciliador.

-Persona conocedora del proceso o asunto de que se trate.

-Que no se parcialice

-Persona paciente y con buenas relaciones Humanas a fin de que pueda explicar sin causarles temor.

5. ¿En qué otras materias se podrían mediar?

-En materia de guarda de menores

-En materia de interdicciones

-Divorcio

-Pensiones alimenticias

6. ¿Piensa Usted que todo asunto puede ser mediable?

No, Porque Por ejemplo en asuntos penales tales como una violación o asesinato, es imposible mediar.

7. Algunos se preguntan, ¿podría ser el juez el mediador o un abogado especialista en mediación?

Cualquiera de los dos. Entiendo que cuando es obligatoria la correspondencia al juez como etapa previa pero si lo es facultado lo podría hacer el abogado especialista.

8. ¿Sería una Ventaja o una desventaja para el abogado?

En cuanto al abogado no saldría perjudicado con estos mecanismos pues como sea daría solución al caso y cobraría sus honorarios.

Cuestionario No. 3

1. ¿Tiene usted una idea de qué son las vías alternativas de disputa?

Es un procedimiento que se ocupa de buscar resolución de los conflictos sin intervención judicial.

2. ¿Cuál de estos mecanismos está vigente?

Por ejemplo, la conciliación, el arbitraje, en materia comercial.

3. ¿Qué asuntos, en donde se involucre la familia, ha tenido usted como juez, la oportunidad de mediar, sin llegar a finalizar el caso?

He sido conciliador en asuntos de divorcios y guarda de menores, que como se celebran a puerta cerrada, aquí tenemos la oportunidad de encontrar un punto de facilidad, o sea, contribuir a que las partes dejen a un lado sus disputas, o busquen lo mejor para los menores, y ha ocurrido que han solicitado el aplazamiento de la demanda y no han vuelto.

4. Ventajas frente al procedimiento normal existente:

Contribuye a unificar la familia y así evitarles conflictos innecesarios en procura de paz y armonía.

5. ¿Cree usted que los menores de edad deben participar en este tipo de proceso?

Sí, deben ser oídos, porque estos están en la oportunidad de arrojarle al juez, los detalles básicos para que el mismo pueda hacer las recomendaciones de lugar, pues se dice que los niños son sinceros en sus expresiones.

6. Actualmente, ¿en base a qué, podría utilizar el juez la mediación familiar ante la ausencia de legislación que la prevea?

Que es bien sabido que lo que la ley no prohíbe está permitido, tratándose de que la familia es la base por excelencia de la sociedad, el juez no comete ningún tipo de falta si promueve la mediación entre dichos litigantes, es importante destacar y tomar en cuenta que no se estaría violando ni atentando contra el orden público y las buenas costumbres.

7. ¿Entiende usted como magistrado, que en familia pueden ser mediados todos los asuntos?
Sí, siempre y cuando no se altere el orden público en todo lo que respecta a la familia, la conciliación y mediación procede, puesto que eso se traduce en la paz y tranquilidad de los esposos en litis y por ende, a la familia.
8. ¿Entiende usted que es posible mediar en casos de violencia doméstica o intrafamiliar?
Se puede mediar, pero esto tendría un límite, por que después que el hecho ha sido consumado, lo que amerita es una sanción, esto depende hasta qué límite ha llegado esa violencia pues ya no solamente afecta a la víctima, sino a la sociedad consternada que exige una sanción que es la reacción de la sociedad en contra del victimario.
9. Utilidad de la Mediación Familiar
Las orientaciones tienden a concientizarles sobre la necesidad de llegar a un entendido amigable, a fin de evitar gastos innecesarios y ahorrar tiempo.

Cuestionario No. 4

1. ¿Ha oído usted hablar de las resoluciones alternativas de disputas?
No profundamente, pero sí tengo entendido que es una salida buscada por las partes con la intervención de un ente judicial a fin de conciliar cualquier conflicto sin llegarse a conocer el caso de una forma contenciosa.
2. Enumere algunas vías alternativas.
En mi caso particular, cuando conozco de guarda de menores solicitada por uno de sus padres, en algunos casos, concilio a las partes, para que ellos lleguen a un acuerdo amigablemente sin tener que resultar contestaciones, en otros casos de materia laboral, cuando el trabajador demanda en cobro de prestaciones laborales y despido injustificado el empleador ofrece trabajo nuevamente en su fábrica o empresa u ofrece las prestaciones.
3. ¿Que cualidades entiende usted, debe tener un mediador o mediadora en el orden familiar,

y ventajas de esta vía alternativa?

Las resoluciones alternativas de disputas presentan un sin número de beneficios, sin embargo, a mi entender, donde más beneficios existen es justamente en asuntos de familia, por que no carga a los tribunales de casos, por lo que entiendo que el mediador, debe tener cualidad de conciliador.

La resolución alternativa de disputas contribuye a la unión familiar y en cuanto a los tribunales estas opciones cooperan con el descongestionamiento de estos.

Conclusiones

Tal como habíamos indicado en la parte introductoria de este tema, los conflictos abordados en el mismo no constituyen un todo, pues necesitaríamos de varios tomos a los fines de exponer el área familiar de la mediación.

Hemos explicado a través de sus características especiales en qué consiste esta vía alternativa, con lo que queda claro sus diferencias con los demás mecanismos.

Ha quedado establecido que la ley, más que un obstáculo para su aplicación, más bien refuerza y limita la misma, pues como ha quedado plasmado en este trabajo no todo asunto es mediable, el orden público, las buenas costumbres y bienestar general nos lo indican.

Por otro lado nos ha quedado claro que el niño es también sujeto en este “proceso” y que tiene derecho a ser oído. Satisfaciendo así lo plasmado en los tratados y convenciones de las cuales formamos parte y es de contribuir “al Interés Superior del Menor”. En cuanto a los abogados, más que dejarlos a un lado, los mismos son también protagonistas en estos mecanismos, pues a través del mismo pueden obtener un resultado rápido, poco complicado, o costoso, haciendo más efectivo su rol frente a las partes. Destacamos en este trabajo, la figura de los co-mediadores o auxiliares a los cuales pueden acudir el facilitador en aquellos casos en que los requiera debido a lo difícil de la situación.

Cabe destacar, tal como lo hemos detallado en el cuerpo de estos escritos, que el conflicto a combatir, por los sujetos de este mecanismo tiene variadas y complejas situaciones que los provocan, tanto psicológicas, sociales, culturales.

Entendemos que hemos satisfecho en parte las intenciones contenidas en los Objetivos Generales planteados antes de enfrascarnos en este esfuerzo que es concientizar a Nuestros Magistrados de que si son efectivos y útiles estos recursos, cosa que ha quedado evidenciada en las opiniones expresadas por ellos mismos, que constituyen, la primera etapa, el público a quien deseamos dirigirnos.

Finalmente, si deseamos que estos sueños se conviertan en realidad, debemos primero estar convencidos y concientes de que sí funcionan, ¿Cómo? A través del estudio y puesta en práctica de los mismos cada uno en su área de trabajo. Para así colaborar con la denominada “cultura de paz”, pues recordamos que para llegar a ésta, se requiere recorrer un largo camino, más de manera firme y convencidos de que sí lo podemos lograr, firmando la paz para beneficio, no solo de la “familia” sino de la Sociedad y del Mundo en general.

MODULO VI:

LA CONCILIACIÓN LABORAL

AUTOR: CARLOS MANUEL MARTÍNEZ

En el estudio de los métodos de Resolución Alternativa de Disputas, merece un capítulo especial el análisis de la implementación de los mismos en el campo del Derecho Laboral. En la experiencia latinoamericana es ésta, sin lugar a dudas, el área donde los mismos se han desarrollado en forma mucho más amplia y durante mayor tiempo.

Múltiples han sido las razones que fundamentan la afirmación anterior, de las que sobresalen la condición de Derecho Social, que es propia al Derecho Laboral y que motiva al legislador a permitir y promover a sus protagonistas individuales o colectivos, la composición de sus intereses dentro de los cauces propios a la materia, a fin de preservar armoniosas las relaciones de las mismas, con el menor daño posible y pensando en las futuras necesidades mutuas, así como en las soluciones que conlleven la menor inversión de dinero y tiempo para ambos, a sabiendas de que la cooperación entre la fuerza del trabajo y el capital es continua, estrecha y perpetua. Es lo que de acuerdo a Folberg y Taylor, al referir las fricciones originadas en las relaciones humanas (como las derivadas de los conflictos familiares, de vecindario, entre otras, pero muy especialmente las derivadas de las relaciones laborales) denominan una situación “policéntrica”, o sea, con un centro múltiple, ya que ellas “son a largo plazo y dependen de la cooperación futura de las partes, en contraste con las desavenencias aisladas cuya resolución depende del hallazgo de hechos históricos con el propósito de elegir un ‘ganador’ y un ‘perdedor’ que no tendrán que prolongar necesariamente su trato mutuo”⁴⁰.

El nivel de importancia de lo afirmado queda enteramente retratado en el III Principio Fundamental de nuestro código de trabajo, al señalar “El presente código tiene por objeto fundamental regular los derechos y obligaciones de empleadores y trabajadores y proveer los medios de conciliar sus respectivos intereses”.

40 Folberg, Jay y Taylor, Alison. “Mediación. Resolución de conflictos sin litigio.” Editorial Limusa. México. 1996.p. 23.

Es así como en el mundo del Siglo XXI, lleno de avances y pragmatismo, resulta contraproducente que el sistema de solución judicial, con sus clásicas y reiteradas deficiencias para solucionar las litis que se le plantean versus la prontitud que reclaman sus usuarios, se mantenga como el único medio de ofrecer soluciones a tales diferencias, mucho más en el campo que nos ocupa, en el cual sus realidades mutan y se amplían a pasos acelerados. Es todo lo anterior lo que nos lleva al examen de los aspectos que se apreciarán en lo adelante sobre los métodos aplicables de resolución alternativa de disputas, con especial énfasis en la conciliación, vista desde un punto de vista general y posteriormente en la legislación dominicana, para finalizar con una visión del arbitraje voluntario y algunas consideraciones particulares.

Capítulo I: Conceptualización de los Métodos de Resolución Alternativa Usuales en el Derecho Laboral

El objeto del presente estudio no es en forma alguna convertirse en un tratado sobre las variadas formas de solución aplicables a las diferencias que surgen entre los protagonistas de las relaciones laborales, no derivadas del fallo judicial, como podrían ser el trato directo, la negociación colectiva, la huelga o el paro, sino en forma de principal a aquéllas que se encuentran más directamente ligadas al tema general de este curso, con hincapié en la conciliación y de una forma aproximativa a otras modalidades que contribuyen a la solución no litigiosa⁴¹ de la controversia en el área. Es en estos límites y con el enfoque particular a esta sección, que abordaremos los conceptos de la conciliación, la mediación y el arbitraje, como nuestro punto de partida.

I.1 Conciliación

La conciliación es reconocida de forma consistente a través de Latinoamérica como el principal medio de prevención y resolución de litigios con intervención de terceros neutrales. Esta no es privativa del Derecho laboral, pero se le aplica con una frecuencia y reiteración extraordinarias con respecto a cualquier otra materia, como parte de las políticas nacionales de las relaciones de trabajo, tendentes a mantener un deseado ambiente pacífico.

El profesor peruano Mario Pasco Cosmópolis la define como “un acuerdo precoz, justo y

⁴¹ Llamaremos soluciones no litigiosas o no jurisdiccionales a las derivadas de los métodos alternativos, para diferenciarlos de la solución derivada del fallo del juez, en uso de su poder de imperio, al que llamaremos solución jurisdiccional.

definitivo que pone fin a una controversia laboral, prescribiendo la ejecución o reconocimiento de un derecho o creando uno nuevo o modificando el ordenamiento convencional vigente... es, pues, una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero –el conciliador –, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles”⁴². Al mismo tiempo, éste nos refiere en su misma obra, el concepto que en tal tenor ofreció la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) durante el año 1974, en el sentido de que esta es “una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de común acuerdo”⁴³.

La ley colombiana No. 446 de 1998 concibe la conciliación como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por si mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. Por su parte la jurisprudencia de dicho país, la ha descrito mediante sentencia de la Corte Constitucional de fecha 17 de marzo del año 1999 como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”⁴⁴, conceptos que, como veremos en el curso del desarrollo de los siguientes puntos, se ajustan a unas situaciones particulares más que a otras.

Como consecuencia de las definiciones propuestas, que exponen en forma común los principales puntos a través de los cuales, la doctrina reconoce la institución de que se trata, podremos decir que ella consiste en el mecanismo de solución a los litigios por el cual, las partes, asistidas de una tercera persona u órgano designado que contribuyen con la conducción del proceso, obtienen una solución negociada a sus diferencias, sin necesidad de la intervención de una decisión judicial.

1.2 Mediación

La mediación es otra de las formas de solución asistida y no jurisdiccional, que puede tener lugar en el Derecho del Trabajo. Ella ha sido descrita como “un proceso no adversarial donde un tercero neutral - el mediador- conduce un proceso de negociación asistida a fin de que las

42 Pasco Cosmópolis, Mario. “Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo”. 2da ed., Aele. Perú. 1997, p. 106.

43 Ídem.

44 Azula Camacho, Jaime. “La audiencia preliminar y de conciliación”. Editorial Temis, S. A., Colombia. 1999. p.1.

partes arriben a un acuerdo.”⁴⁵

Por otro lado, la mediación también es entendida como “el proceso en el cual una tercera parte neutral, actúa como facilitador para asistir a dos o más partes en la solución de un conflicto”⁴⁶. En forma general, los especialistas de la materia, entienden a esta institución como aquella en la que el tercero neutral contribuye con las partes facilitando su acercamiento, a través de una comunicación adecuada, y en la obtención de una solución por intermedio de diferentes opciones analizadas, planteadas y decididas por las mismas.

El elemento característico de la mediación es su condición de solución alternativa extrajudicial o extrajudicial, ubicada preferentemente en forma externa al ámbito de la justicia formal.

1.3 Ambigüedad Terminológica en los Regímenes Jurídicos.

Resulta un hecho manifiestamente perceptible la similitud, e incluso la confusión, que puede perfilarse entre las dos figuras que hemos recién definido, en virtud de sus fines, participantes y alcance. Este parecer es así suscripto por diversos autores, quienes particularizan en hechos diversos sus similitudes o diferencias⁴⁷.

Una de las principales apreciaciones que se establecen para diferenciar estas figuras, lo es el hecho de que el mediador está en el deber de verter opinión y plantear solución a las partes, lo que a pesar de ser afirmado por los maestros Pasco Cosmópolis y Alfredo Montoya, entre otros, secundados por el Dr. Rafael Alburquerque a nivel nacional, no encuentra el apoyo unánime de las legislaciones vigentes ni en el resto de aquellos especialistas que se adentran en los medios de solución alternativa, quienes como podrá observarse desde las primeras unidades de este curso, otorgan tal condición, más bien, a la conciliación, y en cuanto a los mediadores prefieren orientarse hacia su papel de facilitadores de la comunicación entre las partes, fijación de puntos difíciles, negociación de un acuerdo y suscripción del mismo, sin que ello implique ser quien prepara los posibles términos del acuerdo o los impone, tesis por la cual preferimos inclinarnos.

45 Dupuis, Juan Carlos. “La Conciliación Laboral”. Buenos Aires. 1993, p. 321.

46 Obando Prestol, Roberto. “Palabras ofrecidas en Conversatorio de la oficina del comisionado de apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.” San Francisco de Macorís. 1999, p.3.

47 En tal sentido, resultan de interés a los fines de apreciar las opiniones vertidas en dicho orden, los planteamientos copiados por el Maestro Pasco Cosmópolis, en su obra ya apuntada de Derecho Procesal del Trabajo (Págs. 107-8), en la que resume los pareceres de diversos autores.

Dicho lo anterior, se pueden resumir los principales puntos reconocidos en forma cuasi-general, como diferenciadores de estas figuras en los siguientes aspectos:

- Mientras la conciliación es un procedimiento que tiende a ser impuesto a las partes, la mediación tiende a ser un proceso electivo y puramente derivado de la voluntad de las partes.
- El conciliador o institución conciliadora, habitualmente viene dado por el órgano estatal o jurisdiccional encargado, mientras que el mediador deviene de la selección de las partes.
- Como parte intrínseca del proceso laboral, la conciliación conserva la gratuidad para las partes, característica de la materia, pero la mediación, a menos que la legislación particular en un país así lo prevea, conlleva el pago de honorarios a favor del mediador por las mismas.
- La conciliación no es dirigida por las partes, quienes no tienen el poder de decidir el momento hasta el cual se desarrolla o las prórrogas que sean necesarias, mientras que en la mediación ellas determinan plenamente hasta cuando es desarrollada y cuántas veces entienden pertinente los aplazamientos para la materialización de sus fines, ellos resultarán posibles.
- La conciliación es un proceso que puede ser reiterado y mantenerse abierto a lo largo de los procesos, independientemente de si se inicia en sede administrativa, mientras que la mediación se agota en si misma.
- La conciliación es mucho más formalista y reglamentada, mientras que la mediación es menos rígida, por su marcado carácter privado.
- En la conciliación se persigue una justa composición y equilibrio del derecho y los intereses, por lo que existen límites a la negociación que el conciliador no puede obviar, mientras que el mediador habitualmente sólo está limitado por la moral y las buenas costumbres.
- Los acuerdos que se derivan de la conciliación deben ser homologados – por lo general- por la autoridad administrativa o judicial, mientras que aquellos que se desprenden de la actividad mediadora efectuada entre personas capaces, no ameritan ninguna suerte de homologación ratificadora.

A pesar de las diferencias reconocidas, las cuales no poseen el carácter de limitativas ni absolutas, resulta en los hechos que las prescripciones relativas a una y otra figura se entrecruzan. En este tenor, hace mención Pasco Cosmópolis, quien a su vez cita otros autores (Kahn-Freund, Paloemque), de que tal asimilación se da en Inglaterra y por parte de la Organización Internacional

del Trabajo. De igual manera, esta confusión en los hechos, del papel y funciones de estos terceros interventores, se produce también para la doctrina norteamericana (quien ve a la conciliación como una modalidad de la mediación), en la legislación argentina⁴⁸ y en la de la República Dominicana, donde el legislador al reglamentar el procedimiento para la solución de los conflictos económicos (Libro Séptimo, Título X del Código de Trabajo) titula el primer capítulo “De la conciliación”, para a renglón seguido indicar en el artículo 674, que “la parte interesada en la solución de un conflicto económico no resuelto por avenimiento directo solicitará la mediación de la Secretaría de Estado de Trabajo...”.

Más adelante, en el desarrollo de los artículos 675 y siguientes, se mantiene el uso del término mediador, con las salvedades de que a este funcionario se le impone el deber (artículo 676) de tratar de conciliar las partes de conformidad a las disposiciones de los artículos 518 al 520 del mismo código (los cuales se refieren al proceso de la audiencia de conciliación en sede judicial) y que “en caso de conciliación, se redactará un acta en la cual se exprese lo convenido” (artículo 678).

Finalmente, observando el procedimiento de conciliación en sede judicial, llama la atención el artículo 518 del supraindicado cuerpo legal, al exponer la forma en que los vocales ejecutarán su papel, donde se les recuerda el deber de conservar “en todo caso, el carácter de mediadores imparciales que les impone su condición de miembros del tribunal”.

De todo lo referido es palmariamente percible que para el legislador, la diferencia entre estas figuras no es tal y que una es sinónima de otra; sin embargo, como consecuencia de la forma preferencial con que se emplea el término conciliación, cuyo procedimiento es el marco de referencia para el mediador administrativo, entendemos, distanciándonos de la apreciación del Dr. Alburquerque⁴⁹, que la institución que ha recibido consagración por parte de nuestro legislador, es una especie de mediación “sui generis”, ya que a pesar de las condiciones en que se produce, el tercero carece de poder decisorio. A pesar de esto y para evitar toda la dificultad que implica la delimitación dada por las prescripciones legales, continuaremos en lo sucesivo del trabajo haciendo uso del término Conciliación.

Es posible entender que sus semejanzas son tan intrínsecas, que son las que motivan estas

48 En este sentido se expresa Juan Carlos Dupuis, al extremo de opinar que por su forma de regulación, la conciliación laboral consiste en una modalidad de mediación (Ob. Cit., p. 321).

49 Alburquerque, Rafael. “Derecho del Trabajo”. T. III. Editora Lozano, C. Por A., Santo Domingo. 1999. p.391.

situaciones que vienen de analizarse. Baste con indicar muy sucintamente que sus principales puntos de coincidencia radican en : a) se trata de instituciones en que rige la participación de un tercero imparcial; b) estos terceros contribuyen con la obtención de una solución al diferendo, pero no la imponen; c) son medios de solución pacíficos; y d) cuando ambas cumplen con su etapa de concepción y aprobación, pasan a producir los efectos de una sentencia definitiva.

I.4 Arbitraje

Es otra de las formas de solución alternativa a los litigios, de gran utilidad en material laboral, habitualmente sostenido en su modalidad de obligatoria o voluntaria, como se presenta en las legislaciones española, peruana, chilena, argentina, dominicana, entre otras.

El arbitraje puede ser definido como “la decisión de una controversia pronunciada, con carácter imperativo, por una persona ajena y distinta a las partes y que no tiene el carácter de juez”, aunque hoy día ante la continúa evolución del Derecho Laboral, toma una acepción más amplia que lo extiende hasta situaciones donde éste se presenta aún fuera del acuerdo de las partes y pronunciada no sólo por terceros privados, sino también por organismos administrativos o jurisdiccionales⁵⁰.

Esta figura, por lo general, es asumida como una posible solución posterior al agotamiento de la fase conciliatoria del conflicto individual o colectivo, según lo entienden el artículo 28 de la ley argentina No. 24.635 de 1996 y los artículos 419, 680 y siguientes de la ley 16-92 que instituye el Código de Trabajo de la República Dominicana.

A los fines de este instituto poca importancia tiene el hecho de que el árbitro sea impuesto, elegido libremente, provenga de un cuerpo preexistente o sea designado por cláusula previa convencional o derivada del convenio colectivo, ya que, en todos los casos, la voluntad de las partes se encontrará sometida a este tercero que dicta una decisión vinculante. Sin duda éste conserva un papel de importancia primordial, por ser de alguna forma el último valladar que distancia a las partes del enfrentamiento ante un tribunal formal, porque aunque pacífico, con lo cual coincide con la conciliación y la mediación, conlleva una condición imperativa y decisoria por encima de la voluntad de las partes y está más habitualmente relacionado a la decisión de aspectos de Derecho, con lo que comienza una aproximación al ámbito de la sentencia. En su momento entraremos en el análisis de algunos aspectos en la modalidad voluntaria, que resultan de alto interés.

⁵⁰ Pasco Cosmópolis, Mario. Ob Cit., p. 177.

Capítulo 2: El Proceso de Conciliación Laboral

2.1 Características de la Conciliación

De forma general, la conciliación posee características que permiten definirla. De éstas ameritan nuestra atención las siguientes, las que en forma alguna podrían considerarse como limitativas:

A. Es una forma intermedia de solución entre la autocomposición y la heterocomposición. Esto así porque la autocomposición permite a las partes agenciar una decisión por sus propios medios, mientras la heterocomposición permite la obtención de la solución por la participación de un tercero con capacidad decisiva. La conciliación por su lado, exige la presencia de un tercero, pero la solución debe ser aportada por las partes mismas, quienes encuentran en el conciliador un interlocutor.

B. Es un acto equivalente jurisdiccional. De forma independiente a la calidad del funcionario que participa de ella, su resultado en forma de acuerdo, queda revestido de autoridad de cosa juzgada, con lo que zanja definitivamente la diferencia litigiosa y permite la ejecución en caso de no ser cumplido.

C. Es un acto bilateral. En su esencia se encuentra la idea de que ambos contrincantes ceden en parte de sus aspiraciones o argumentos a los fines de materializarla. De no ser así, estaríamos ante el desistimiento, en caso del demandante, o el allanamiento (aceptación) de la demanda, por parte del demandado.

D. Es voluntaria. Aunque en alguno de los casos, la celebración y participación en la conciliación puede ser impuesta en cuanto a etapa a cumplirse, no es obligatorio consumar un acuerdo, ya que a este solo se arriba por la coincidencia de los intereses en el o los puntos conciliados.

E. Necesita plasmarse en un instrumento escrito. No solo concurren las voluntades de las partes, sino que esto es comprobado y aprobado por el conciliador o una autoridad con poder a tales fines quien deberá procurar que la convención resultante sea plasmada en un acta escrita con características particulares, en la cual sean estampadas las firmas de los participantes.

F. De acuerdo a su oportunidad, ella puede clasificarse en prejudicial o judicial según deba ser celebrada como un paso preliminar al inicio o conocimiento de la demanda ante la instancia judicial, o cuando es conocida en el curso del proceso, respectivamente.

G. Tiende a ser obligatoria. Esta característica aunque muy generalizada no es unánime, ya que aunque ella se concibe como una necesidad de la instancia laboral, las legislaciones nacionales deciden en unos casos, imponerla por encima de la voluntad de las partes, y en otras, dejarla al requerimiento de alguna de ellas, es decir, a título facultativo.

H. De acuerdo al órgano que la realiza, puede ser administrativa o judicial, según se celebre ante funcionarios administrativos de los ministerios de trabajo o adjuntos a los departamentos de justicia, o puede ser puramente judicial cuando es llevada en sede judicial ante jueces encargados de tal trámite. Esto no se convierte en óbice para que pueda ser aceptada una tercera opción de tipo privado.

I. Es flexible y oral en su desarrollo. Durante su desarrollo se evitan los excesivos y rigurosos formalismos que desalienten o dificulten a las partes poner en armonía sus desavenencias, dejándose en la legislación gran libertad a los pasos que estos decidan continuar. De igual manera la tendencia se dirige a la discusión oral, no al intercambio de escritos que pueden dificultar a las partes expresar sus reales intereses o disponibilidades por temor a dejar una constancia que pudiese revertirse en un momento determinado en su contra, excepción hecha de los pactos de confidencialidad -exigidos en ciertos naciones o materias- y del acta final contentiva de sus resultados.

2.2 La Persona del Conciliador

El Conciliador es quien con carácter personal o de órgano colegiado, procede a aportar sus buenos oficios, para que mediante el diálogo transparente, las partes expongan sus puntos de

vistas, sus pretensiones y desacuerdos con respecto a los pareceres de su contraparte y les estimulan a llegar a una solución pacífica sin que intervenga la decisión judicial.

El papel de conciliador diligente, dispuesto y conocedor de la importancia de su rol, es primordial a los fines de evitar la extensión y proliferación de los procesos, por lo cual el mismo debe contar con características imprescindibles, como son:

a. Autonomía: El tercero debe actuar con absoluta independencia e imparcialidad frente a las partes, quienes conscientes de esta situación, se sentirán más libres de hacer sus planteamientos y dejarse guiar por este colaborador.

b. Especialización: Debe contar con los conocimientos necesarios para el desempeño de un papel adecuado, no sólo en elementos jurídicos de tipo laboral que inciden en el proceso, sino en el campo de la psicología, las relaciones humanas y las técnicas de persuasión. No sólo estas condiciones obtenidas son necesarias, sino que también debe contar con dotes personales de cortesía, ecuanimidad, objetividad, discreción y seguridad en sí mismo; y

c. Papel Activo: Aunque no es quien define el contenido concreto del acuerdo, debe ser quien ayude a identificar las posiciones, puntos de acuerdo y desacuerdo, pero sin conformarse con esto, sino que necesita luchar por recortar la distancia entre los puntos de distancia de las partes y plantar las bases para el entendimiento.

2.2.1 Designación del Conciliador

Como ya ha sido referido de forma previa, el conciliador puede ser un funcionario administrativo o judicial, por lo que su designación se da en formas disímiles.

En el caso Argentino, la ley 24.635 establece un organismo administrativo, dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al cual se denomina SECLLO (Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria), que actúa previo a toda acción judicial que verse sobre reclamos individuales o plurindividuales, de derecho de la competencia de la Justicia Nacional de Trabajo, con las excepciones previstas en el artículo 2do de dicha ley.

La indicada ley crea en su artículo 5, un registro nacional de conciliadores laborales, dependiente del Ministerio de Justicia, responsable de la constitución, calificación, coordinación, depuración,

actualización y dirección de los mismos.

Las disposiciones de la ley 24.635 fijan la obligación para el conciliador de ser abogado y tener antecedentes en materia del derecho de trabajo, las cuales son complementadas por el decreto 1169/96, especificando como se establecen las dos condiciones mencionadas, así como refiriendo la aprobación de cursos especiales y posesión de condiciones materiales para el ejercicio y obtención de la matrícula correspondiente.

Por su lado el régimen español, establece a partir del Real Decreto 530/1985 que las funciones de mediación, arbitraje y conciliación son llevadas ante la Dirección general y las Direcciones provinciales de Trabajo, sin perjuicio de las transferencias operadas a favor de las comunidades autónomas. Estas direcciones administrativas actúan como los organismos que se encargan de intentar la solución a las desavenencias designando conciliadores de su seno y en caso de no conseguirla, de remitirles ante los órganos judiciales.

Este régimen se comparte con otros varios, como los derivados de acuerdos suscritos por las comunidades autónomas (País Vasco, Cataluña, Galicia, Canarias etc.) e ínterconfederales, para los casos que atañen a los territorios de más de una comunidad autónoma, en la que cada una decide las condiciones necesarias del conciliador.

A su vez, en México, la ley Federal de Trabajo establece las juntas de Conciliación y Arbitraje, con capacidad para intentar la Conciliación en cualquier estado del proceso, previo a que se haya dictado una resolución final.

En el caso colombiano, existe un sistema de conciliación general para los procesos civiles, de familia, agrario y laboral, definido por la ley 446 de 1998, con carácter judicial o extrajudicial, en cuyo último caso puede ser institucional (a celebrarse en los Centros de conciliación), administrativa y en equidad (celebrada ante conciliadores privados de equidad). En todo caso, para la función conciliadora extrajudicial, en materia de familia y de trabajo debe contarse con una preparación especializada, además de las condiciones regulares que designa el artículo 14 de la misma ley. En la conciliación judicial es el propio Juez, que cumple dicha función, sin que el desarrollo de tal actividad lo inhabilite para conocer del proceso.

Finalmente, puede decirse que en los países latinoamericanos, la función conciliadora varía

entre los diferentes órdenes, sean órganos administrativos, juntas o tribunales, en forma esencial⁵¹.

En nuestro país, se admite un doble régimen, según nos encontremos frente a los conflictos de tipo jurídico o de tipo económico. En el primero de los casos indicados, la ley 16-92 (Código de Trabajo vigente) establece una audiencia de conciliación, en la cual participan sendos funcionarios designados por listas provistas por los sindicatos de trabajadores y empresarios, así como de una tercera lista emitida por el órgano administrativo (Secretaría de Estado de Trabajo) en capacidad de sustituir a los indicados en las otras dos listas y cuyas labores se desempeñan en el Juzgado o Corte de Trabajo correspondiente. Por su lado para los conflictos económicos, una vez resulta ineficiente el trato directo o avenimiento de las partes, se abre una etapa de conciliación ante la autoridad administrativa, en la cual el Secretario de Estado de Trabajo o alguien designado por el mismo, asume dicho papel.

2.2.2 Poderes y Limites de su Actividad

Hasta dónde se puede conducir la actividad del conciliador es un aspecto debatido vivamente por los doctrinarios. Han existido percepciones liberales en tal sentido, como la del profesor Hugo Pereira quien afirma que “el proceso del trabajo ha incorporado a su sistema la institución de la conciliación o avenimiento de origen germánico, según la cual no importa tanto obtener el restablecimiento de origen jurídico que fue perturbado, como conseguir rápidamente sobre la base de equidad, la solución del litigio producido, aunque las partes no obtengan mediante esta solución lo que en rigor legal le correspondiere”⁵².

Esta visión del alcance del papel del Conciliador es rechazado por la doctrina dominante, quien entiende que el papel del conciliador le impide sugerir y permitir, en los casos que están a su cargo, que se violenten los derechos irrenunciables propios a todo trabajador, sin plantear diferencias entre los casos de tipo jurídico o económico. Ya que la conciliación busca que el acuerdo de las partes se produzca en derecho, respetando el orden público y los preceptos legales de la materia, mal podría aceptarse que la misma violente un principio fundamental generalizado como lo es el antes mencionado de irrenunciabilidad de los derechos, por lo que en caso de generarse algún tipo de concesión sobre las pretensiones del trabajador lo debe ser sobre aquellos que resulten de carácter dudoso o litigioso.⁵³

51 En tal sentido ver: Hernández Rueda, Lupo. “Manual de Derecho del Trabajo”, T. II, 6ta ed. Editora Corripio, C. por A. Sto. Dgo. 1994. P. 940-944.

52 Referido por: Acevedo, Andrea y Cataldo, Ximena. “La Conciliación Laboral”. Tesis. Chile. 2000. p.95.

53 Pasco Cosmópolis, Mario. Ob Cit. P. 114.

La finalidad del conciliador es avenir las partes, pero esto no es a cualquier precio, sino dentro de las limitantes propias de las materias, que fijan puntos mínimos para aspectos como los salarios, derechos adquiridos, entre otras cosas.

Otra situación se visualiza en cuanto a conflictos colectivos se refiere, especialmente cuando la creación que se deriva del convenio colectivo se proyecta sobre nuevas ventajas, que en forma alguna están delimitadas por la legislación o los contratos previos y donde el área de derechos irrenunciables no se encuentra tan precisamente definida, por lo cual es mucho más amplio el campo de posibles concesiones y acuerdos asumidos en la etapa conciliatoria.

2.2.3 Exclusión o Recusación

El conciliador como elemento esencial y conductor del proceso, debe necesariamente mantener la independencia y autonomía (ya previamente señaladas como características propias de este colaborador), para evitar toda posible contaminación de la actuación a favor de los intereses de una de las partes, en desmedro de la otra. A los fines de asegurar el cumplimiento de dicha conciliación, las legislaciones nacionales deben proveer los medios necesarios para que el conciliador proponga su propia exclusión o inhibición, así como que las partes hagan valer los hechos que entienden restan méritos de idoneidad a éste para participar colaborativa y eficientemente en la actividad conciliadora.

Las causas de excusación o inhibición se encuentran situadas por lo general en el mismo plano que para los jueces, como sucede en el caso Argentino de acuerdo al artículo 9 de la ley 24.635, que a su vez, remite al Código Procesal Civil y Comercial de la nación. En todo caso, el decreto 1169/96, ordena que dicha excusa sea planteada al Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria, quien procederá a decidir si ella es procedente o no y, en caso afirmativo, a sortear un nuevo conciliador, diligencias durante cuyo desarrollo, el proceso conciliatorio se mantiene detenido.

En la República Dominicana tal situación no se encuentra especialmente prevista, entendiendo que en caso de un planteamiento en tal sentido, este debe ser conocido y decidido por el Juez Presidente del Tribunal o Corte, en virtud de sus poderes administrativos, sin necesidad de ningún procedimiento especial, aunque evidentemente, tal situación de plantearse en el curso de la audiencia conllevará su prórroga, para el consecuente examen y hasta tanto el tribunal se

encuentre nueva vez integrado en la debida forma legal.

En materia de recusación, el artículo 10 la ley argentina establece que en caso de que el funcionario rechace el fundamento de esta, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social decidirá su validez. Ella debe ser presentada en los dos días siguientes contados desde el momento en que se conozca su designación, en forma escrita y acompañada de los documentos que la justifican. La decisión sobre la recusación y los incidentes son irrecurribles, con la primordial intención de mantener la celeridad y evitar las dilaciones en todo lo posible. En el régimen colombiano, ella es posible por las mismas causas previstas por su Código de Proceso Civil.

En la República Dominicana, la recusación contra la persona del (de los) conciliador (es) se puede fundamentar en las mismas causas que se dirigen contra el juez del tribunal, de acuerdo al artículo 597 de Código de trabajo, recayendo la decisión sobre lo planteado en manos de la Corte de Trabajo, quien, dicta fallo no recurrible por ningún tipo de recurso ordinario o extraordinario. Las causas versan principalmente sobre el interés propio del cónyuge, pariente o afín en el asunto, vivir bajo el mismo techo que una de las partes, haber dado opinión sobre el asunto, sostenido litis por sí mismo o una de las personas allegadas, antes señaladas, durante los 2 años anteriores al caso, la actitud hostil contra la parte o su mandatario y, para el caso específico de los vocales, haber sostenido un contrato, roto unilateralmente con o sin justa causa, con una de ellas, en el curso de los meses anteriores a la introducción de la demanda.

Otras limitaciones se imponen en forma genérica, como son pertenecer como directivo o asalariado a una de las asociaciones de las clases en pugna, haber sido condenado por crímenes o delitos de tipo penal común o relacionados con infracciones a las leyes, reglamentos, decretos y estatutos de trabajo. Estas más que causas de impugnación a la participación en la actividad conciliatoria, propiamente lo son en forma perentoria a la adquisición de la calidad de conciliador y pertenencia al cuerpo de los mismos.

En forma complementaria a lo anterior, tienden a especificarse como otro límite para las personas designadas como conciliadores, que como fruto de dicha calidad, estas quedan inhabilitadas a los fines de actuar en calidad de representantes de las partes, apoderados u otras calidades propias al proceso en lo adelante, así como en caso de los centros de conciliación privados, de participar en los casos en que posean alguna clase de interés, cualquiera de sus miembros. Estas limitaciones incluso, se extienden en el caso argentino, a la representación en cualquier

otra litis, en la que tuviesen participación las partes, hasta el transcurso de un lapso de 2 años desde que se anuncia el abandono de la función al Registro Nacional de Conciliadores.

En aquellos países donde la persona del Juez se confunde con la del conciliador, las opiniones y planteamiento que pueda hacer en esta última función no le inhabilitan para el conocimiento del proceso no conciliado.

Capítulo 3: Las Partes Ante el Conciliador

La presentación de las partes ante el conciliador tampoco ha sido abandonada al mejor arbitrio de las mismas, sino que ha sido deslindando cómo debe producirse y las consecuencias que se derivan de su participación o no en la etapa de conciliación.

3.1 Comparecencia personal de las partes y asistencia legal

Los sistemas legales prevén en general la posibilidad, en unos casos a título obligatorio, en otros a título optativo, de que las partes interesadas en los procesos se hagan asistir y asesorar de los profesionales del Derecho, lo que por demás es comprensible ante las particularidades de la técnica jurídica, que tiende a imponer dificultades no manejables para aquellos que carecen de las habilidades derivadas de la especialización.

La conciliación tiende a ser una actividad centrada en procurar que las partes concierten sus intereses, una frente a la otra, exponiendo las causas y puntos de desavenencias, por lo que su esencia es que éstas tengan un espacio de encuentro y reflexión patrocinado por el tercero conciliador, lo cual evidentemente queda frustrado en caso de que éstas no se avoquen a concursar en ella.

Lograr la confluencia adecuada de este acierto con la situación fáctica descrita en los párrafos anteriores, es una tarea que ha sido examinada a propósito de los métodos de resolución no jurisdiccionales.

En ocasión de ello es necesario indicar que el fruto de la conciliación es un acuerdo o contrato, donde las partes hacen constar concesiones y ventajas recibidas en contrapartida, por lo que los actores deben reunir las condiciones propias en ellos mismos para contratar, muy

especialmente en cuanto a la capacidad para disponer de aquello ofertado, o en caso contrario, encontrarse asistido por las personas que en cada caso particular designa la ley (consultores judiciales, curadores, etc...).

Ciertas modalidades de la conciliación laboral determinan la necesidad de que las partes se encuentren presentes en la reunión conciliadora, a los fines de que ésta se haga efectiva, tal como lo dispone el artículo 10 del decreto 1169/96 en Argentina, o como lo reconoce la ley 23 de fecha 1991, modificada por la ley 446 de 1998 para el caso colombiano en la Audiencia de Tipo extraprocesal, ésto sin desmedro, en ambos casos, de que éstas se encuentren asistidas por asesores legales. De otro lado, ciertas modalidades permiten que las partes se hagan representar por apoderados como se deduce del silencio que en tal sentido mantiene la ley colombiana para la audiencia procesal obligatoria y las expresas disposiciones de la ley dominicana (artículos 503 y 523, Código de Trabajo) en cuanto a la presencia de representantes o asistencia por mandatarios.

En este último caso, el artículo 523 prevé que a la audiencia Conciliatoria comparezca el empleador o representante autorizado, lo cual puede entenderse como referente al abogado especialmente designado a tales fines, aunque existen opiniones en sentido contrario⁵⁴.

Debe indicarse que reviste vital importancia la presencia de las partes, en aquellos procedimientos donde se estipula el levantamiento de un acta o pacto de confidencialidad con respecto a los puntos tratados en la reunión conciliatoria que se produce en sede administrativa o ante conciliadores privados, ya que, en caso de celebrarse en forma de audiencia ante el tribunal, que se caracteriza por ser oral, pública y contradictoria (con las excepciones que igualmente se fijan para ciertos casos, por sus características o las de sus protagonistas), se hace altamente difícil suscribir un compromiso de tal calidad.

Es nuestro parecer que no sólo ameritan presentarse o tener oportunidad de exigir la consecución de los procesos o Audiencias de Conciliación, las partes principales interesadas en los procesos, sino que también ésto resulta necesario para los intervinientes a cualquier título, quienes en defensa de sus intereses concurren al asunto, ya que su participación como ofertantes o afectados por las propuestas, permite reconocerles un papel de preponderancia en tal diligencia. En virtud de que la ley dominicana señala la obligación de conocer tal preliminar para toda demanda,

54 Alburquerque, Rafael "Derecho del Trabajo". Editora Lozano C. por A., Santo Domingo; 1999, P. 133, y Hernández Rueda, Lupo. "Manual de Derecho del Trabajo", T. II, 6ta ed. Editora Corripio, C. por A. Sto. Dgo. 1994. P. 940-944.

con las específicas excepciones que ella misma dispone (artículo 487) y que ésta tiene un carácter de orden público, cuyo incumplimiento puede ser invocado, incluso, por primera vez en casación (B. J. 726, p.1208; B. J. 920, p.1339 y B. J. 967, p.734, tomadas del “Compendio Jurídico Dominicano”, William C. Headrick, 2da. ed., año 2000), mal podría éste celebrarse con respecto a algunos de los participantes en el proceso y no respecto a otros.

Otro punto de importancia a tomar en cuenta, es que en algunos casos la representación de las partes puede hacerse a través de los representantes sindicales correspondientes a cada clase. En cuanto a las personas jurídicas o morales (propias al Derecho del Trabajo o de Derecho común), es un hecho de coincidencia unánime, que ante su especial realidad material, éstas son representadas para tales fines por personas legalmente designadas, sus gerentes o encargados administrativos designados estatutariamente o por resolución de sus consejos directivos u órganos provistos de poderes equivalentes.

3.2 Consecuencia de la no comparecencia

Es un hecho meridianamente claro, que si el fin de la Conciliación es que reunidas las partes, a través de las conversaciones, ofertas y contraofertas, éstas definan sus puntos de divergencia y afinen la solución entendida como preferida por ellas y ajustada a sus realidades particulares, toda esta edificación ideal se derrumba como un castillo de arena, cuando estas, haciendo caso omiso al llamado o citación por la cual se les informa de la fecha, hora y lugar de la Conciliación, no se presentan sin que medie causa justificada.

¿Debemos entender ésto como la simple expresión de la voluntad libérrima e irreprimible de una de las partes o como una rebeldía sancionable a este proceso alternativo al litigio, el cual, en las más de las veces, es paso previo a la prosecución del mismo?

Bajo ciertas prerrogativas, se concede la posibilidad de proceder a una nueva citación cuando la no comparecencia se fundamenta en causa probadamente justificada, pero lo regular es que tal omisión genere el cierre de esta etapa procesal, tomándose este hecho como indicio en contra del ausente de las pretensiones o excepciones a su cargo, a menos que se demuestre una causa justificada suficiente en un plazo de 3 días hábiles (caso de la ley colombiana).

En otras situaciones, ella conlleva frente a la tesis de la actuación injustificada, al pago de multas que los órganos centrales y encargados del sistema procurarán cobrar (artículo 19 ley

24.635 y 22 del decreto 1169-96, para la nación argentina).

En tal orden, nuestra legislación se encuentra en una situación mixta, lo que nos da un lugar especial para la clasificación de las consecuencias estudiadas, ya que de tratarse de un conflicto de tipo jurídico, las previsiones de los artículos del Código de Trabajo son mudas en dicho sentido, por lo que simplemente conllevan al levantamiento de un acta de la no comparecencia⁵⁵ sin ninguna forma de sanción directa. En los conflictos económicos, tal forma de actuar, por el contrario, es castigada como una infracción en los términos del artículo 679 del Código Trabajo, sin que el conciliador sea quien imponga directamente la sanción, sino que se conforma con tramitarla.

⁵⁵ El levantamiento de tal acta equivale a un acta de no acuerdo, según la jurisprudencia nacional: B. J. 1048, marzo de 1998, p.505-510

Capítulo 4: Inicio de las diligencias conciliatorias

Los aspectos que constituyen el eje central de los siguientes apartados, es el planteamiento de las condiciones, en cuanto a cuales personas, ante quien y en que momento se plantea la celebración de la etapa conciliatoria, así como hasta donde esta se extiende y bajo cuales premisas.

4.1 Formalidades

Las formas necesarias para el despliegue de la actividad conciliatoria pueden adoptar múltiples opciones, que dependen de si ella deber ser asumida obligatoriamente o sólo facultativamente, del tipo de funcionario u órgano ante el cual se realiza y de si ella es generada como requisito para el inicio del proceso o en curso del mismo, elementos que pueden entremezclarse unos con otros.

Uno de los formatos extendidos para el proceso de conciliación lo es la imposición de la misma como un requisito para el inicio de las demandas sin cuyo cumplimiento aquella no procede. A nivel administrativo ella es planteada en Colombia, con la salvedad de que igualmente puede hacerse ante un Centro de Conciliación, dejando a las partes la oportunidad de presentarla en curso del proceso ante el Juez, siempre que existan las bases para el acuerdo .

Al realizarse en forma extraprocesal sólo amerita la solicitud verbal, debiendo el funcionario administrativo realizar las citaciones de oficio y fijar una audiencia, en la cual previo a cualquier emisión de concepto, interrogará las partes para determinar los hechos y les invitará a arribar a un acuerdo amigable, mediante ilustración sobre la Conciliación y motivándolos, sin permitir el menoscabo de los derechos mínimos del trabajador.

Si es celebrada a nivel judicial, lo debe ser por común acuerdo de las partes en cualquier nivel de instancia, sin necesidad de ninguna otra formalidad ni requerimiento especial.

En forma similar, la legislación Argentina establece la conciliación administrativa obligatoria y previa a toda acción judicial, para todos los conflictos laborales, a ser celebrada ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO).

La reclamación se formaliza ante el organismo indicado a través de un formulario escrito, contentivo de los datos prescritos por las leyes 18.345 y 24.635, así como los decretos 1169-96 y 23.551. El SECLO designa mediante sorteo público al conciliador, fija la audiencia y la notifica tanto al conciliador designado como a las partes.

Una vez en la audiencia, se establecen puntos relativos a la representación de las partes, firmas de un pacto de confidencialidad, se produce el análisis del conflicto y persigue la justa composición en derecho. En forma semejante, el sistema español (Real Decreto 2.756 y el artículo 154.I de la ley procesal laboral), ha establecido como requisito obligatorio, la conciliación ante los órganos administrativos estatales o aquellos creados por la negociación colectiva.

De forma previa a la demanda y en igual vía administrativa, la reglamentación chilena establece una conciliación ante la Dirección del Trabajo, ante reclamo presentado por el trabajador, pasando esta a fijar fecha para la comparecencia del empleador y a citarlo a hacer acto de presencia. A diferencia de los demás casos que hemos planteado, la realización de este reclamo no es requisito para la interposición de la demanda.

En México, existen las Juntas de Conciliación y Juntas de Conciliación y Arbitraje, de composición tripartita, entendidas como tribunales de trabajo, la primera de las cuales tiene una función estrictamente conciliatoria, como indica su nombre.

El procedimiento seguido ante las primeras, se inicia con el reclamo que es notificado al demandado. Luego son recibidas las pruebas y esta determina si es de su competencia o de las juntas de Conciliación y Arbitraje, en cuyo caso le remite el reclamo. Si por el contrario, se entiende competente fija audiencia para conocer de la Conciliación.

Finalmente en el caso de la República Dominicana, tal como se ha indicado con motivo a aspectos tocados previamente, existe un doble sistema: uno para conflictos jurídicos y otro para conflictos económicos. En el primer caso, la parte interesada en el inicio de la litis (generalmente, pero no exclusivamente, el trabajador) presenta su demanda ante el tribunal de trabajo geográficamente competente (de acuerdo a los criterios detallados en el artículo 483 del código de trabajo) el cual queda apoderado, o en caso de encontrarse dividido en salas, su presidencia remite, mediante secuencia rotativa y cronológica, la demanda a una de ellas para que proceda a fijar una audiencia de conciliación.

Fijada la audiencia de Conciliación, la parte demandada tiene oportunidad de presentar su escrito de defensa antes de la hora de la audiencia con los documentos de los cuales pretendiere hacer uso y una vez antes los vocales conciliadores, las partes escucharán las sugerencias y reflexiones promocionadas por aquellos, para que se acojan a la Conciliación. En su defecto, se procede a fijar por el mismo tribunal, una segunda audiencia para el examen de las pruebas del proceso. La ley establece que al inicio de esta próxima etapa, serán cuestionadas las partes sobre si existe acuerdo sobrevenido en el curso de los días previos y se abrirá una segunda tentativa de conciliación (artículo 525), previsión poco cumplida y mucho menos efectiva en la práctica.

En materia económica, la conciliación es puramente administrativa y posterior al agotamiento de la etapa de negociación directa, pero previa a un procedimiento de arbitraje obligatorio. Esta es una etapa necesaria para el curso del reclamo y que es agotada ante el mismo Secretario de Estado de Trabajo, una vez es perseguida por parte interesada, o ante el funcionario que éste designe en su lugar. El Secretario de Estado de Trabajo ordena notificar a cargo de tal ministerio, copia del escrito y de la designación del mediador, quien cita a las partes para el intento de conciliarlas, en las mismas formas que indican los artículos 518 y siguientes para la conciliación judicial.

4.2 Extensión y Alcance del Procedimiento

Ya hemos afirmado que la obligación del conciliador es poner todas sus energías y experiencias en acercar a las partes y facilitar la composición entre las mismas, pero que en forma alguna este está obligado o las partes a que efectivamente se concrete un acuerdo. Tampoco es posible para el conciliador permitir que este proceso se extienda indefinidamente, ni se empantane en la dejadez o indecisiones de las partes, ya que evidentemente mientras esta etapa se mantiene abierta, la instrucción y decisión judicial del proceso se encuentra

detenido, por lo cual, permitir que el mismo se mantenga abierto indefinidamente se convertiría en una traba al mismo y especialmente al principio de celeridad propio a la materia.

En algunos casos, las legislaciones han establecido plazos para su desarrollo y terminación, lo que se constituye en una forma de apremio a la diligencia, cuya saludabilidad depende más bien del ente conciliador, quien en todos los casos debe avizorar la permeabilidad de las partes a las propuestas manifestadas, facilitar que abandonen las posiciones extremas y partiendo de sus reacciones encontrarse en condiciones objetivas de presumir las perspectivas de que la actividad sea fructífera. Como ejemplo del sistema apuntado al inicio, encontramos el régimen argentino, en el cual se establece un plazo de 20 días hábiles contados desde la primera audiencia, el cual puede ser prorrogado a decisión del conciliador, por 15 días más. En el caso español, el plazo que se fija, a título de caducidad, para celebrar la conciliación, es de 30 días .

En otros sistemas se deja al conciliador, en sede administrativa o privada, la determinación de la procedencia o no de continuar con el intento conciliatorio y de expedir o levantar acta en tal sentido, ejemplo de lo cual es Colombia, en la tentativa prejudicial. Cuando la tentativa de conciliación se produce en sede judicial, el poder de determinación sobre la continuidad o no de la misma, recae sobre el Juez que preside la audiencia, quien estimará reflexivamente, la utilidad de persistir en ella y decidirá soberanamente sobre posibles prorrogas planteadas. En este sistema podemos agrupar la conciliación judicial Colombiana y la relativa a conflictos jurídicos de la República Dominicana .

En todos los casos la ausencia injustificada de la parte frente a la cual se inicia el trámite conciliatorio, conlleva a que se dé por cerrada tal diligencia, con el consiguiente levantamiento del acta que describe tal situación y que habilita al interesado a la continuación con las siguientes etapas para la resolución de la desavenencia.

Capítulo 5: Resultado de la Actividad Conciliatoria

Es un hecho meridianamente claro que el objetivo de cada conciliador es agotar todos los medios que sus conocimientos y experiencia le otorgan para obtener la anhelada composición entre las partes, por lo que todas sus fuerzas se dirigirán a tal tarea. Ahora bien, el hecho de su entrega a tal designio no asegura la consecución del mismo, ya que éste no depende de su exclusiva voluntad, la cual por demás se encuentra mediatizada por la imposibilidad de imponer una solución, sino solo de insinuarla, motivarla o encauzarla. Es así que al final del proceso pueden producirse diferentes resultados que vale la pena examinar.

5.1 Acuerdo entre las Partes

En aquellos casos en que la actividad conciliatoria redunde en forma positiva en las partes, convenciéndolas de las ventajas de trocar sus diferencias en puntos de acuerdo ajustados a sus necesidades y decididos por ellas mismas, consiste en una consecuencia reconocida únicamente, la obligación para el conciliador o quien tenga a su cargo la dirección final del proceso, de levantar un acta en la cual se deje una constancia detallada y precisa de los puntos que abarcan, desde los elementos externos como las identidades precisas de las partes, hasta aquellos que realmente constituyen la sustancia de la cuestión, es decir, los puntos de acuerdo, sus límites, la forma en que se cumplirá el acuerdo, así como cualquier otro aspecto que lo complete, para finalizar con las firmas de los participantes o de sus representantes, en señal de que lo expuesto es fiel y conforme a lo acordado.

El artículo 46 del Decreto 1818 de 1998 dictado por el Poder Ejecutivo Colombiano fija como obligación del funcionario que efectúa la conciliación administrativa “levantar el acta de la Audiencia de Conciliación”. A renglón casi seguido, el artículo 49 dispone que “del acuerdo

logrado se dejará constancia en el acta de conciliación, que deberá contener los extremos de la relación laboral, las sumas líquidas y el concepto al que corresponden y en especial, el término fijado para su cumplimiento.

Debe decirse que por efecto del artículo 80 de la ley 23 de 1991, el acta administrativa colombiana produce efectos de cosa juzgada y permite proceder al uso de las medidas de ejecución .

El acuerdo no debe versar necesariamente, sobre todos los aspectos de desavenencia, sino que éste puede otorgar una solución parcial, quedando siempre la posibilidad a las partes, de recurrir por aquello no resuelto, ante las instancias judiciales correspondientes. Cuando el levantamiento del acta se produce ante el Juez y recae sobre la totalidad del litigio, el inciso 3ro. del artículo 101 de la ley 446 de 1998, dispone que éste debe declarar terminado el proceso.

Por su parte, prescripciones en sentido similar al caso colombiano y chileno se establecen en las legislaciones Argentina y Dominicana. En el primero de ellos, se ordena instrumentar acta especial que deberán firmar todos los presentes, es decir, el conciliador, las partes y los representantes que les asistan. Se requiere de forma genérica, que los términos del convenio se hagan constar claramente, lo que queda a la mejor apreciación de aquel quien se responsabiliza de tal conciliación (artículo 21, ley 24.635).

La legislación vigente en la República Dominicana (Ley 16-92) dispone que en el caso de las partes lograr un avenimiento que ponga fin al proceso, el Juez ordenará levantar el acta de lugar, en la cual se harán constar los términos de lo convenido, sin ninguna particularización expresa, en lo que se asimila al caso argentino, por lo que las precauciones serán tomadas por el Juez que dirige la audiencia, quien debe tomar los recaudos necesarios para que la misma cumpla sus fines, evitando en lo posible ambigüedades e imprecisiones que puedan dificultar su ejecución. De forma escueta, es el artículo 521 de la codificación que rige la materia, fija los aspectos necesarios de esta diligencia, designando como únicas personas que deben firmar el acta, los miembros del tribunal y el secretario, no pudiendo obviarse que los primeros sólo lo son el Juez y los vocales conciliadores, en los términos del artículo 467 del mencionado Código de Trabajo.

5.2 No acuerdo entre las partes

En aquellas hipótesis en las cuales las partes, a pesar de todas las sugerencias tendentes a su advenimiento, por diversas razones, rehuyen abiertamente o a través de la simple reticencia, la posibilidad del acuerdo conciliatorio, es prevista de igual manera la necesidad de que exista constancia del desarrollo del intento celebrado y el resultado negativo.

En los casos que existen plazos para el desarrollo de la actividad conciliatoria, el vencimiento de éste, así como de sus posibles prórrogas, conlleva de forma inmediata a la producción de acta en tal sentido con detalle de los participantes, pactos cuota- litis, acuerdo de confidencialidad, pero no de aspectos del fondo, y dejará así habilitada en forma automática, la posibilidad de seguir los trámites ante instancia judicial. Es esta la forma en que la ley 24.635 (artículo 18) de Argentina regula dicha situación, previendo, además, la posibilidad de fijar un recargo contra el empleador que resulte condenado por la sentencia, si se entiende que la conciliación fracasó por su comportamiento abusivo.

De igual manera, el funcionario administrativo en el proceso Colombiano, tan pronto determine que el asunto no es susceptible de conciliación, expedirá una certificación al solicitante de la misma (artículo 51, decreto 1818). En cuanto ella es llevada en sede judicial, no se prevé un levantamiento de un acta especial, aunque se deriva la necesaria expedición de una constancia por la cual se declara clausurada la conciliación (artículo 55).

En forma sucinta, la legislación dominicana (artículo 522) determina que de no lograrse el avenimiento, se fijará la audiencia de producción y discusión de las pruebas y se levantará acta de lo ocurrido, que entendemos no es más que descriptiva de los hechos acontecidos en la audiencia, en cuanto a planteamiento, respuestas y posiciones asumidas por las partes o de la participación de los miembros del tribunal. Ella pone fin a la etapa conciliatoria y sirve como citación a la audiencia fijada. Al igual que en el caso del acta de acuerdo, es firmada por los miembros del tribunal y el secretario .

Como ya se ha dicho anteriormente, la no comparecencia de una de las partes ante el funcionario da al traste con dicha etapa y produce efectos similares a la actividad que se frustra en la presencia de ellas. Dos salvedades se generan: Una de ellas es, cuando se puede demostrar la existencia de alguna justificación suficiente que excuse la ausencia a la hora y fecha fijada para la conciliación, lo que habilita a que se fije una nueva oportunidad a tales fines. En caso de no

serlo se aplica una multa (artículo 19, ley 24 . 635 y 22 del decreto 1818), generando para el reclamante, cuando él es el incompareciente, el fin del trámite conciliatorio, ante la reiteración de tal hecho en más de una ocasión. Mientras, que de suceder esta ausencia por aquel quien se ha llamado a participar de la conciliación, conlleva a que se dé fin a la actividad conciliatoria y se habilite el juicio ante sede jurisdiccional.

En sentido estricto, a lo anterior copiado, es el régimen vigente en Argentina, ya que en Colombia, tal situación sólo se califica en la conciliación administrativa, donde la ausencia injustificada da lugar a presumir la veracidad de los hechos en que fundamenta su pretensión el reclamante (artículo 48 decreto 1818).

Ante situación similar, otras legislaciones resultan mudas no arrojando ninguna consecuencia, aún cuando, como en el caso dominicano, expongan la necesidad de que comparezcan las mismas a título obligatorio (artículo 523 del Código de Trabajo).

En esta última legislación, el régimen legal también admite la posibilidad de que ninguna de ellas comparezcan, procediendo a otorgar a tal doble ausencia, una presunción de conciliación, vencible ante la simple presentación de prueba en contrario, por constituir una presunción Juris Tantum.

5.3 Homologación del Acuerdo

En puntos previos desarrollados en este trabajo, ha sido definida la obligación del conciliador de respetar los derechos irrenunciables del trabajador al momento en que se establecen los puntos de avenencia, debiendo salvaguardar el cumplimiento de las diversas previsiones legales, que en la forma o en el fondo regulan dichos derechos, lo que es parte integral del acuerdo para su validez. Este cuidado reposa en diversas manos, según quien dirige el proceso conciliatorio y si éste se encuentra sometido a una autoridad que supervisa su acción .

Entre aquellos en los cuales tal homologación es necesaria, encontramos la nación colombiana donde se expone que al acontecer la conciliación prejudicial administrativa (artículo 86 de la ley 446 que modificó a su vez, el artículo 34 de la ley de 1991), es necesario que el resultado acordado sea aprobado por el Inspector de Trabajo. En forma semejante, los cánones legales chilenos requieren para la validez del acta, que ésta sea realizada ante el Inspector de Trabajo y que el mismo estampe su firma, porque en caso contrario carecerá de toda calidad ejecutoria.

El sistema argentino en forma más detallada y compleja, ordena al conciliador presentar el resultado de las actuaciones en los dos días siguientes a la firma del acta, ante el SECCLO (artículo 19 decreto 1169-96). Esta acta se somete al ministerio de Trabajo y Seguro Social, quien si la entiende como justa composición del Derecho y los intereses de las partes, la aprueba por resolución fundada o la rechaza por igual vía. En caso de ser rechazada, deja expedita de forma inmediata, las vías judiciales.

Una opción queda al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, como es formular observaciones, que son notificadas al conciliador, para que nueva vez, reunido con las partes, propugne por una solución en la que se excluyan y/o substituyan los puntos observados.

En este aspecto, no dejan de presentarse regímenes donde las confirmaciones a posteriori son innecesarias, como sucede en el régimen español, que posee varias instancias (servicio administrativo, órganos designados por el convenio colectivo o los acuerdos interprofesionales o ínterfederales) ante las cuales ella es producida con efectividad independiente y sin que ningún otro funcionario o estamento verifiquen su validez.

Por último, se presentan regímenes en el cual el contenido del acta es aprobado por el Juez que participa como conciliador mismo o como parte del organismo judicial mixto encargado de tal deber. Es dentro de este renglón que puede ser encajado el sistema de la República Dominicana, en el cual, si bien, no se designa expresamente tal deber, el Juez “si se hiciere alguna proposición en pugna con disposiciones legales de orden público, lo advertirá a las partes o los vocales, según el caso, invitándoles a ensayar otras soluciones o a eliminar de la propuesta, si fuere posible, las condiciones prohibidas” (artículo 518). Tal como se puede apreciar en los anteriores aspectos detallados, si el Juez es quien ordena que se levante el acta y tiene, también, como deberes evitar que se desborde el orden público y sugerir la búsqueda de nuevas soluciones, mal podría obviar esta última realidad y permitir la redacción de un acta deficiente, contraria al orden público y los mínimos legales que favorecen a todo trabajador.

5.4 Valor del Acta de Acuerdo

Una vez se ha logrado el concierto de las voluntades de las partes es primordial que éste se haga constar en un acta⁵⁶ contentiva de cada uno de los puntos de acuerdo y demás detalles que

⁵⁶ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Recomendación sobre la Conciliación y el Arbitraje Voluntarios de 1951, establece que “todos los acuerdos que pudieren celebrar las partes durante el procedimiento de conciliación o a la terminación del mismo deberían redactarse por escrito y considerarse equivalentes a contratos celebrados normalmente”.

lo complementan en la forma y el fondo.

Esta redacción se realiza en la forma que hemos detallado en uno de los puntos anteriores. Cuando esta es obtenida ante el Juez en curso de un proceso, este levantará el acta la cual de forma inmediata pasa a poseer efectos de cosa juzgada y deberá ser cumplida en el plazo que este dispone en la misma, porque la misma obtiene el mérito ejecutivo desde su redacción⁵⁷. Efectos similares se deducen para aquéllas que levantadas ante otras instancias, resultan debidamente homologadas.

La doctrina chilena⁵⁸, fundamentándose en las previsiones de los artículos 267 y 434, ordinal 3ro, del Código de Procedimiento Civil, se encauza en el sentido de que el acta de acuerdo hace las veces de sentencia definitiva poniendo fin al litigio e impide toda revisión posterior, en virtud de los efectos de cosa juzgada que le guarnecen. De igual manera, le otorgan calidad de título ejecutivo, que posibilita la obtención del cumplimiento a través de los medios forzosos, de las obligaciones estampadas en el mismo.

El acuerdo homologado por el Servicio de Conciliación Laboral obligatorio de Argentina, adquiere ejecutoriedad por los mismos medios dispuestos a favor de las sentencias. La ejecución voluntaria deberá rendirse, en cuanto a pago de sumas de dinero, en manos del propio trabajador, resultándole imposible la entrega hecha en cualesquiera otras manos. En caso de resultar necesario el uso de las vías de ejecución, si la negativa a cumplir es generada en una forma injustificada por el empleador, acarrea en su contra y a favor del trabajador una multa de hasta un 30% del monto conciliado.

No en todos los casos es admitida la posibilidad de que el acta de conciliación administrativa se constituya en equivalente a decisión con carácter de cosa juzgada y se conforme como último paso a agotar por las partes. Como ejemplo de tal planteamiento, las previsiones de los artículos 65 y siguientes de la ley de Procedimiento Laboral de España establecen la posibilidad de que el acuerdo sea impugnado por las partes o los que puedan sufrir perjuicio, ante el Juzgado o tribunal competente, a través de una acción en nulidad motivada en las causas que invalidan los contratos .

57 En tal sentido: Pasco Cosmópolis, citando a Sarthou y en su propio parecer, señala que los derechos litigiosos se transmutan a partir de aquí en derechos ciertos y créditos exigibles.

58 Acevedo, Andrea y Cataldo, Ximena. Ob. Cit., P. 102-3.

Se debe entender como resultado común, que en todos los sistemas se derivan del levantamiento del acta en uno u otro sentido, que :

a) Ella desapodera definitivamente al funcionario u órgano que conoce de su desarrollo, si ella ha abarcado todo los puntos del reclamo y no restan puntos de diferencia dejados para el curso del proceso, en caso contrario lo hace sólo parcialmente. Este desapoderamiento lleva consigo tal efecto para lo principal, así como de los incidentes o excepciones que hubieren resultado posible, y b) da paso al proceso ejecutivo, ya que ante los deberes de dar o hacer que resultan del convenio, se debe producir el cumplimiento voluntario o queda habilitada la competencia del Juez que debe pronunciarse sobre su ejecución por los medios forzosos, en caso contrario.

Un aspecto no unánime es aquel que Pasco Cosmópolis⁵⁹ reconoce como que ésta se constituye en trascendente al proceso “y es base sustantiva para la excepción del pleito acabado o de cosa juzgada, según la terminología que se utilice en cada país”, ofreciendo a título de ejemplo las legislaciones costarricense (artículo 468 D. T.), salvadoreña (artículo 390 y 432, Código de Trabajo), peruana (artículos 45 y 103 L. P. T.), a lo que debe añadirse la dominicana (artículo 521 del Código de Trabajo), de donde el pleito no es reiniciable por los mismos puntos ya resueltos en el acuerdo, sin que caiga vencido ante el principio expuesto.

5.5 Honorarios del Conciliador

Diversos sistemas rigen este punto, pero de forma genérica podría decirse que estos fijan de manera mixta el pago de tales honorarios.

El régimen argentino en su ley 24- 635, establece un honorario básico determinado por el Ministerio de Justicia, que incrementa su valor si se efectúa el acuerdo o el conciliador actúa como árbitro, por voluntad que le difieran las partes. Los artículos 12 y siguientes de la ley ya mencionada, ponen a cargo del empleador depositar los honorarios en un fondo de financiamiento vigente y en caso de no hacerlo se extiende certificación que permite la ejecución. Este fondo se suple por diversas vías.

Para el formato colombiano, cuando se trata de Centros de Conciliación privados creados por interesados, anualmente éstos fijarán su tarifa en los marcos dados por el ministerio de Justicia y del Derecho (artículo 72, ley 23 de 1991, modificada por el artículo 96 de la ley 446 de 1998),

⁵⁹ ob cit; p. 115.

a menos que sean aquellos creados por Universidades, los que son gratuitos. En este mismo tenor, cuando la conciliación es efectuada ante funcionario administrativo con poder para ello o ante el Juez apoderado del proceso, resulta gratuito, como parte de una de las características muy propias, del Derecho del Trabajo.

Otro sistema lo constituye aquel reconocido en la República Dominicana, donde el órgano conciliador tripartito es el tribunal con el Juez especializado y los vocales profesionales. El pago de tales vocales depende de la rama clasista a la que pertenezcan.

Para los vocales designados por la lista aportada por los sindicatos representantes de los trabajadores o aquellos que en forma sustitutiva de todos los demás, provee la Secretaría de Estado de Trabajo, el pago es generado por esta última, en base no a un honorario, estricto sensu, sino mediante una denominada dieta, que posee en la actualidad un alcance diario de RD\$ 200.00 (aproximadamente US\$ 12.00) por cada día de oficio, a cargo del tesoro público (artículo 477 del Código de Trabajo).

Para el caso de los vocales designados por las asociaciones de empleadores, a falta de ser incluido en la disposición legal ya expuesta, se deduce que los pagos que puedan recibir deberá provenir de las asociaciones que los nombran.

Dentro de esta hipótesis, dada en la República Dominicana, no se deriva ninguna influencia sobre los honorarios a pagar a los conciliadores el hecho de que esta actividad confluya en una solución efectiva del problema jurídico planteado ante su persona, ni para la parte que en forma evidentemente obstinada o injustificada se opone al avenimiento, aún cuando resultare condenada, en adición de las condenaciones propias a las figuras jurídicas en las cuales base su reclamo o defensa su contraparte.

Capítulo 6: Particularidades de la Conciliación Laboral Dominicana

En el segundo apartado de estas notas han sido definidas las principales características de la conciliación laboral como institución, esto en forma general, ya que, no en todos los casos se responde a cada una de estas, sino que es posible que la misma se encuentre presente aunque solo se reúnan algunas en particular. En lo adelante nos adentraremos en los detalles del sistema conciliatorio dominicano, iniciando con las características que en él se reúnen.

6.1 Conflictos Jurídicos o Individuales

El procedimiento por el cual se rige la conciliación en nuestro país depende de la naturaleza del litigio o diferendo que pretende resolver, por lo cual pasaremos a su análisis, en primer término en aquellos que refieren a litis sobre problemas esencialmente jurídicos, para luego concentrarnos en forma abreviada a las características del sistema para la búsqueda de la avenencia en los conflictos económicos.

6.1.1 Características

El proceso de Conciliación en los conflictos individuales se rige a través de los artículos 516 al 524 del Código de Trabajo de 1992, de cuyos análisis podemos extraer las características a que ella responde en nuestra nación.

Es evidente que dentro de los lineamientos generales propios a la conciliación, nuestro sistema no se aparta de las líneas principales que le definen, es decir, ella consiste en una forma intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, que funciona como un equivalente

jurisdiccional en virtud de sus efectos, que es además bilateral en cuanto ambas partes ceden parcialmente (aunque puedan hacerlo una en menor medida que la otra) con respecto a sus pareceres, al igual que la misma sigue siendo la expresión de la voluntad libre de ambos de dar tal forma de solución a sus diferencias. A esto se añade:

a. Es judicial. La actividad conciliatoria se desarrolla en sede judicial, teniendo como requisito la previa presentación del escrito de demanda contentivo de datos relativos al tribunal apoderado, generales del demandante, así como particularización del nombre y domicilio del demandado, narración de hechos, objeto de la demanda (en forma sucinta), fecha y firma. Este es depositado ante la presidencia del tribunal apoderado, quien en caso de tratarse de un tribunal dividido en salas, apodera a la que conocerá el proceso, quien por su lado fijará y conocerá, de la audiencia de conciliación.

b. Es requisito obligatorio. Ella es etapa perentoria en todo reclamo jurídico una vez se encuentra apoderado el tribunal, sala del mismo o Corte que conocerá del litigio en toda su extensión y eventualmente lo decidirá. Tal realidad la define el Principio Fundamental XIII, al disponer “se instituye como obligatorio el preliminar de la conciliación” y la complementa el artículo 487 cuya parte in- limine reza: “Ninguna demanda relativa a conflictos de trabajo puede ser objeto de discusión y juicio sin previo intento de conciliación, salvo en materia de calificación de huelgas o paros y de ejecución de sentencias”. Es evidente que no cumplir con tal requisito se constituye en imposibilidad absoluta de acceder válidamente a las restantes etapas del proceso y conlleva la anulación de toda decisión dictada y procesos seguidos en tales condiciones.

c. Se desarrolla en forma oral. Si bien las partes depositan escritos tanto de presentación de demanda, como de presentación de medios de defensa frente a la misma, se ordena al secretario darles lectura (artículo 517), el Juez ofrece la palabra a los vocales que conforman el tribunal, para que intenten, por los medios lícitos que aconsejan la prudencia, el buen juicio y la equidad, hacerles reflexionar sobre la conveniencia de arribar a un avenimiento. En tal sentido, sigue diciendo la ley “les insinuarán soluciones razonables y agotarán todos los medios persuasivos a su alcance, conservando, en todo caso, el carácter de mediadores imparciales que les impone su condición de miembros del tribunal” (artículo 518) .

Es evidente que la ley no detalla con formalismo extremo la forma en que el conciliador debe perseguir los fines de su actuación, sino que impone marcos muy generales en los

cuales encauzarse.

d. Sus resultados necesitan plasmarse por escrito. El resultado final de la etapa de conciliación, sea en el orden positivo de su consecución, o en el orden negativo de que la desavenencia conserve continuidad, debe necesariamente hacerse constar en un acta, la cual es firmada por los miembros del tribunal y con lo cual se pone punto final sea a la litis o sea simplemente a esta etapa procesal, respectivamente.

e. Es supervisada por el Juez. Si bien son los vocales quienes la protagonizan, en cuanto son quienes tratan de convencer a las partes de las ventajas del avenimiento, pudiendo hacer uso de cuantas técnicas y métodos estén a su alcance, es el Juez quien decide en la fase terminal si el acuerdo alcanzado no supera el plano de lo permisible y lícito, pudiendo ordenar que se avoquen los vocales y las partes a discutir nueva soluciones, de entender que lo decidido no cabe dentro de los márgenes antes mencionados. Aún más, es el juez quien decide facultativamente, cuándo es necesario permitir a los litigantes que de común acuerdo lo solicitan, que la audiencia sea prorrogada para facilitar el proceso conciliatorio o cuando resulta infructuoso continuar con la tentativa conciliatoria. En este último sentido, vistos los términos del artículo 520, parte in limine, nos parece que aunque los vocales entiendan necesario dar por finalizada su tarea, si el Juez aún avista alguna posibilidad de alcanzar la solución, tales diligencias deberán continuarse hasta tanto el mismo visualice en forma indubitable, que las partes no se encuentran en tal disposición; y

f. Es extensiva. A pesar de que se describe una etapa específica para su celebración, al inicio de la segunda etapa y durante todo el curso del proceso, ella se mantiene abierta y puede ser promovida a los fines de zanjar definitivamente las desavenencias de las partes.

6.1.2 Los Conciliadores Judiciales o Vocales

La función conciliadora en la República Dominicana es llevada a cabo en forma dual, por sendos actores denominados vocales.

Estos funcionarios denominados vocales, son miembros del tribunal ante el cual han sido designados, junto al juez que lo preside (artículo 467), siendo los mismos seleccionados de nóminas sometidas respectivamente por las asociaciones de empleadores y trabajadores más

calificadas, a juicio del Poder Ejecutivo, a fines de representar sus intereses de clase. De igual manera, existe una tercera nómina de personas designadas por la Secretaría de Estado de Trabajo, quienes actúan solo en caso de ausencia de los primeros. La práctica ha demostrado que estos suplen en forma habitual la permanente ausencia de vocales designados por las asociaciones de empleadores, prácticamente unánime en todos los Departamentos Judiciales de la Nación.

A pesar de que tales nóminas son presentadas, las Primeras, y conformadas, la última, a través de la Secretaría de Estado de Trabajo, éstas deben ser sometidas al Juzgado o Corte de Trabajo en forma anual, a los fines de ser juramentados de manera previa al día 30 de diciembre del año anterior al cual se supone ofrecerán sus servicios. El sistema disciplinario al cual se somete el vocal no es definido por la ley, pero el hecho de que el mismo sea entendido como miembro del tribunal, al cual incluso se puede recusar por las mismas causas que a todos los restantes miembros, nos permite entender que sigue a tales fines la misma suerte de régimen que a lo interno se aplica para aquellos.

Es obligación del vocal residir en los “lugares” donde funcionen los tribunales que conforman (esta ambigüedad del artículo 472, entendemos refiere al Distrito o Departamento Judicial, según pertenezca a un Juzgado de Primera Instancia o Corte) y además necesitan llenar los siguientes requisitos para merecer su integración a las nominas: Ser dominicano en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, de por lo menos 25 años de edad, no haber sido condenado irrevocablemente por crimen o delito de derecho común, gozar de buena reputación, y saber leer y escribir. Además en el caso de los vocales figurantes en las nóminas sometidas por las asociaciones de empleadores y trabajadores: pertenecer a la clase que somete su designación, no haber sido condenado irrevocablemente en los dos años anteriores a su elección, por infracción a las leyes o reglamentos de trabajo y no ser miembro dirigente o conformar parte de las directivas de asociaciones de empleadores o trabajadores, o desempeñar cargos retribuidos en ellos.

Como es palmariamente apreciable, si bien se busca que la persona disfrute de prendas morales e independencia total frente a las clases envueltas en el proceso laboral, su preparación profesional, a la luz de la ley, carece prácticamente de interés, ya que tan solo se les exige “saber leer y escribir”.

6.1.3 Alcance de sus Poderes

En el curso de la audiencia de Conciliación, una vez el Juez ha ordenado la constitución del tribunal en tales atribuciones, se ha producido la lectura de los respectivos escritos aportados por las partes, en los términos de los artículos 508 y 514 del Código de Trabajo, y con ello, se han fijado los puntos controvertidos del proceso, se inicia el desarrollo de las actividades de los vocales, quienes a los fines de cumplir con su encomienda deberán hacer uso de “cuantos medios lícitos aconsejen la prudencia, el buen juicio y la equidad”.

Estas expresiones permiten entender que el papel de los vocales debe ser cumplido tanto en derecho como en equidad. En primer término, ellos solo deben actuar en uso de los medios lícitos, lo que les coloca necesariamente en referencia a las prescripciones legales que gobiernan la materia, de los cuales recordamos el papel primordial que juegan sus principios fundamentales. Es decir, ningún acuerdo promovido por los vocales debe obviar los fines esenciales del Derecho del Trabajo (el bienestar humano y la justicia social), el respecto a la libertad de trabajo, a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, la buena fe en las relaciones entre las partes, la prohibición a cualquier clase de discriminación, exclusión o preferencia infundadas, la protección a la maternidad, a los menores, a la libertad sindical, al justo salario, a la capacitación profesional y a la integridad física y moral del trabajador.

En un segundo plano, los vocales deben tomar en cuenta “la prudencia, el buen juicio y la equidad”, en tanto no redunde en ninguna contradicción con lo anteriormente expuesto, por lo que es en este espacio donde este proyecta su actuación con mayor esmero y dedicación a los fines de mantenerse dentro de los marcos que le han sido prefijados.

Como se especificó al inicio, los vocales conciliadores no están obligados a plantear soluciones específicas a las partes, sino que en su condición de amigables componedores les harán “las reflexiones que consideren oportunas”, insinuarán soluciones y harán uso de los medios persuasivos que entiendan necesarios, a fines de hacerles obtemperar al llamado de avenimiento. Ellos dominan el desarrollo del proceso en sí, ya que el Juez solo conserva su indelegable poder de la policía de la audiencia, que le asigna el artículo 496 del Código de Trabajo, aunque esta dirección de la actividad conciliatoria encuentra una frontera en la apreciación que hace el Juez o los jueces de que las propuestas planteadas violentan disposiciones legales de orden público, en cuyo caso, este (os) advertirá (n) tal situación a los vocales y las partes “invitándoles a ensayar otras soluciones o a eliminar de la propuesta si fuera posible, las condiciones prohibidas” (artículo 519).

Escapa a los poderes de los vocales, como ha sido ya apuntado, decidir hasta cuando se extiende la audiencia, ordenar la redacción de las correspondientes actas y la toma de cuantas previsiones resultaren necesarias para el cumplimiento de las mismas, aunque se prevé la posibilidad de que éstos pueden ofrecer consultas sobre hechos o materias de carácter técnico de su conocimiento, siempre que el juez se lo solicite a los fines de preparar su sentencia (artículo 533), así como de que éstos pueden participar del interrogatorio a los testigos (artículo 555), aspectos en los cuales, en todo caso, tienen un papel secundario y complementario.

6.1.4 Resultados de la Audiencia de Conciliación

Al adentrarnos en el desarrollo de los puntos V.1 y V. 2 del presente trabajo, abordamos de forma detallada los resultados que se siguen al ejercicio de la Conciliación, por lo que sólo se hace necesario recapitular las precisiones siguientes.

En caso de que las partes convengan un acuerdo conciliatorio ajustado en equidad y derecho, el Juez ordena levantar la correspondiente acta, con la constancia más precisa posible de lo acordado y es firmada por los miembros del tribunal .

Esta acta pone termino definitivo al proceso y con ello a la participación de los vocales y demás miembros de tal tribunal, en cuanto a ese proceso, y posee los efectos de una sentencia con calidad de cosa definitivamente juzgada, lo que permite la presentación del medio de inadmisión de la cosa juzgada en un nuevo juicio entre las mismas partes, con identidad de objeto y causa (artículo 1,356 del Código Civil) y permite proceder a la ejecución de lo convenido por constituirse en un título auténtico.

En caso contrario, si el acuerdo no se produce, el Juez al entender inútil la continuación de la diligencia conciliatoria, le pone fin, levantando acta de lo ocurrido y fijando la audiencia de producción y discusión de las pruebas, en materia ordinaria del primer grado, o dando paso a tal etapa a renglón seguido, en la materia sumaria en dicho grado o en grado de apelación. En el primer caso, mediante la fijación de la fecha y hora de la segunda audiencia, las partes presentes quedan citadas de pleno derecho para comparecer a ella, mientras que en los restantes se procede de forma continuada a la segunda etapa. El acta resultante es firmada por todos los miembros del tribunal y el secretario.

Dos aspectos nos parecen meritorios señalar: 1º: Aunque en el caso del levantamiento del acta de no acuerdo, se dispone redactar acta de lo ocurrido, vale cuestionarse, ¿hasta dónde este

hecho no se convierte en una retransa a la posibilidad de un acuerdo en el cual las posibles ofertas teman ser expuestas en detalle, para no comprometer los argumentos de defensa en la eventual continuación del juicio, si tomamos en cuenta que una de las condiciones a las que se le otorga preferencia en los métodos de resolución alternativa, lo es la confidencialidad?; Al parecer esta pregunta es respondida parcialmente por la jurisprudencia de nuestro país, según la cual la oferta conciliatoria no conlleva necesariamente el reconocimiento de la existencia de la relación de trabajo⁶⁰; y 2º: Si bien el tribunal ante el cual se levanta acta de acuerdo queda desapoderado del proceso, otra situación se presenta cuando ésto se produce ante un tribunal de primera instancia no dividido en salas, en el cual la presidencia del tribunal y el juez que conoce del fondo, son una misma persona, por lo que de presentarse problemas en la ejecución, decidir sobre tales aspectos también le corresponderán en esta ocasión, en virtud de los poderes que le otorga el artículo 706 del Código de Trabajo (ordinal 3ro), faceta que pudiese parecer contradictoria, pero que entendemos posee una naturaleza jurídica intrínsecamente diferente y no contradice lo anterior.

6.2 Conflictos Económicos o Colectivos

Un procedimiento esencialmente diferente a aquel hasta ahora descrito, se sigue para la solución de los conflictos económicos que surgen de las reclamaciones colectivas de trabajo. Esta categoría de conflictos se origina, conoce y decide bajo un conjunto de condiciones que le dan matices propios, de los cuales nos interesaremos exclusivamente en analizar en detalle los referentes a la conciliación, sin inmiscuirnos, por el momento, en otros medios de solución, como son el avenimiento directo, el arbitraje voluntario (al cual referiremos en un próximo apartado) y el arbitraje forzoso.

6.2.1 Características

Ya hemos acotado al abordar el presente ensayo, que el legislador dominicano no ha definido con certidumbre el tipo de figura a la cual realmente pretende someter la solución no jurisdiccional de los diferendos originados en las relaciones de trabajo, ya que, si bien llama al procedimiento instituido para los conflictos individuales “Conciliación” y otorga igual título al capítulo I del título X del libro Séptimo del Código de Trabajo, al fijar el procedimiento para los conflictos colectivos, resulta que apenas en el primero de los artículos que figuran bajo tal título (artículo 674), pasa a señalar que toda parte interesada en la solución de un conflicto de tipo económico

⁶⁰En tal sentido: B. J. 1046, enero de 1998, p.246-7 y B. J. 1068, Noviembre de 1999, Págs. 606-612.

“no resuelto por avenimiento directo solicitará la mediación de la Secretaría de Estado de Trabajo..”

Basta reiterar tal ejemplo y remitirnos a los demás señalamientos ya esbozados en forma previa (ver Supra I. 3) para hacer valer nuestra idea de que en uno u otro caso, la institución guarda mayores semejanzas a la Mediación, aunque manteniendo unidad con el régimen legal seguiremos llamándole Conciliación.

El procedimiento a los efectos de otorgar solución a la categoría de conflictos que nos ocupa, conserva características comunes con la figura de la Conciliación como instituto internacional y de la Conciliación Judicial efectuada en nuestro país⁶¹ pero también posee características que le diferencian y particularizan esencialmente frente a la modalidad judicial mencionada. Veamos:

A. Es administrativa. Esta es la característica que de forma más palpable distancia una modalidad de otra, ya que en los casos de conflictos económicos la conciliación se persigue a través de la Secretaría de Estado de Trabajo, ante quien debe depositarse un escrito fechado y firmado por la parte interesada, en el cual se expresarán los nombres, domicilio y menciones necesarias para identificar al impetrante, lo cual incluye la fecha y número de registro, para las asociaciones de tipo laboral. Además deben indicarse los datos necesarios para la identificación de la parte contraria, en forma similar, las condiciones de trabajo cuya adopción se pretende, las razones a tales fines, así como aquellas alegadas por la parte contraria para oponerse.

B. Es obligatoria. Aunque a diferencia de la modalidad judicial, no se conoce de forma perentoria a cualquier otro medio de solución señalado en la ley, sino que es fijado en un expreso segundo término, es decir, con posterioridad al agotamiento de la fase de avenimiento o trato directo, pero debe ser cumplida a seguidas del mismo y la no comparecencia sin causa justificada a ella, se traduce en una infracción.

C. Concluye con el levantamiento de un instrumento escrito. Ella se inicia con la presentación de un escrito a cargo de parte interesada, que luego de comunicado por las autoridades administrativas de trabajo a la contraparte y estos citados a comparecer

⁶¹ Estos elementos comunes son la calidad de forma intermedia de solución entre auto-composición y hetero-composición, de equivalente jurisdiccional, acto bilateral y voluntario, definidos en el apartado II.1 de este trabajo.

a una reunión común, pasa a desarrollarse en forma oral en cuanto diligencia conciliatoria propiamente vista y concluye con el levantamiento de un acta donde se hace constar el resultado de dicha actividad.

D. Se produce a iniciativa de parte. A pesar de que es una instancia necesaria a recorrer para la solución del conflicto, esta solo toma curso cuando una de las partes así lo plantea ante la Secretaría de Estado de Trabajo.

6.2.2 Designación del Conciliador

Una vez la parte interesada en el cumplimiento de esta etapa del procedimiento para los conflictos colectivos, presenta el escrito ya referido ante la Secretaría de Estado de Trabajo, es ordenada por su titular, en las subsiguientes 48 horas, la distribución de las copias recibidas y procede a autodesignarse para ejercer dichas funciones o designa uno de los funcionarios o empleados de su dependencia, lo que es comunicado a las partes en igual plazo de 48 horas.

En la práctica, tal designación tiende a recaer sobre el director o uno de los inspectores asignados a la Dirección de Mediación, Conciliación y Arbitraje. No parece necesario, en los escuetos términos de la ley, que las personas que ejerzan tal función se encuentren dotados de cualquier clase de preparación o entrenamiento especial a los fines de lidiar con esa tarea, siendo suficiente la previsión general del artículo 422 del Código de Trabajo, en lo atinente a los requisitos para ser Director General de Trabajo, subdirector general, supervisor, representante local o simple inspector auxiliar, que se limita a la necesidad de ser abogado.

Parecer ser entendible, que contrario a lo que ocurre con la conciliación judicial, en la cual los vocales participantes son asignados rotativamente de las diversas nóminas en turnos de una semana (artículo 478), lo que pudiere dar lugar a que diversos vocales se encuentren presentes a lo largo de un proceso, en la conciliación administrativa, será un único funcionario quien actuará en tal calidad, de forma independiente a la extensión que esta pueda adquirir. En el primero de los casos, la ley establece que “en caso de impedimento de las personas a quienes corresponda el turno, las sustituirá la que ocupe el siguiente lugar en la nómina”(artículo citado, parte in-fine), sustitución que se produce de pleno derecho y con la sola convocatoria que a la fecha de la Audiencia realiza la secretaría del tribunal, aún se tratase de continuar con reclamos que ya han agotado parte de su proceso. Por el contrario, en el segundo de los casos, el legislador ha sido absolutamente mudo sobre la sustitución del conciliador, por lo que

entendemos que en caso de imposibilidad justificada del funcionario designado, sea antes del inicio de las diligencias o en curso de ellas, corresponde al Secretario de Estado de Trabajo dejar sin efecto la señalización original y proceder a designar un nuevo funcionario, que de continuidad a la diligencia.

6.2.3 Procedimiento y Acta Final

Una vez ha sido designado el mediador y comunicado a las partes, este dentro de las 48 horas cita a las partes por vía telegráfica para que se presenten y reunidos tratar de conciliar a estas en forma común a la que se dispone para la diligencia en sede judicial. En este tenor, mantiene el deber de realizar a las partes, las reflexiones que considere oportunas, haciendo uso de los medios lícitos que le aconsejan la prudencia, la equidad y el buen juicio, pudiendo incluso insinuar soluciones razonables y tratando de persuadirles sobre las ventajas del avenimiento, siempre respetando los principios propios a la materia y los derechos de los trabajadores y sus organismos colectivos de negociación, a los fines de cuya particularización nos acogemos a lo expuesto en el correspondiente punto similar para la conciliación judicial (VI. I. 3)⁶².

En forma un tanto parca, el legislador se limita a establecer que esta etapa se lleve a cabo tomando en cuenta las disposiciones de los artículos 518 al 520 del Código de Trabajo, lo que deberá realizarse mutatis mutandis, ya que, aspectos dejados a la supervigilancia del Juez, como es advertir a las partes sobre proposiciones en pugnas con disposiciones de orden público que dan lugar a que se ensayen nuevas soluciones, eliminando las condiciones prohibidas, así como la decisión sobre la necesidad de otorgar un aplazamiento de la reunión a las partes para facilitar su conciliación, quedan en esta modalidad a la apreciación del funcionario administrativo que encabeza la reunión, por lo que este debe tomar las precauciones necesarias para que estas prescripciones sean fielmente cumplidas.

Nos parece posible que en caso de que pueda determinarse que en curso de sus actuaciones, el conciliador ha sido negligente de manera inexcusable, en lo relativo a la verificación de que los acuerdos se encuentran dentro de los límites legales o de que se demostrará su confabulación con alguna de las partes, a los fines de beneficiarla, este compromete su responsabilidad civil en los términos de los artículos 712 y 713 del código de trabajo, así como su responsabilidad disciplinaria en la forma que prevén los artículos 714, 716 y siguientes, siempre que se reúnan

⁶² Debe tomarse en cuenta que lo decidido por la conciliación administrativa está estrechamente vinculado a la producción o modificación del convenio colectivo de condiciones de trabajo, por lo que debe ser examinado dentro de esta perspectiva y con tales referencias.

los requisitos de falta en el ejercicio de la actuación encomendada, su designación a tal efecto y la inexcusabilidad de su actuación, que señala el indicado artículo 716.

De igual manera, nos parece factible ante la mayor libertad que ofrece esta modalidad, que el conciliador puede hacer un uso más activo y selectivo de las técnicas y formas sugeridas en los puntos generales de este curso, ya que el constreñimiento reglamentario es menor y le facilita celebrar cuantas reuniones con ambas partes o por separado, pudiesen resultar necesarias.

Salvo disposición contraria del Secretario de Estado de Trabajo, la reunión se producirá en los locales de trabajo de las empresas participantes en el conflicto o en un lugar próximo, en un plazo de entre 3 a 5 días contados a partir de la fecha de la citación.

La actividad conciliadora termina, en todos los casos, con el levantamiento de un acta. En caso de acogerse el avenimiento, el acta contendrá el detalle de lo convenido en la forma lo más precisa posible. En aquellas situaciones en las cuales, la solución conciliatoria no fructifica por falta de acuerdo entre las partes o la incomparecencia de aquella llamada a este proceso, se levantará acta certificada de dicho hecho a solicitud de parte interesada, lo que equivale al agotamiento de la etapa analizada.

En una situación u otra, el resultado será informado a la Secretaría de Estado de Trabajo en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha de la última reunión, aunque no se vislumbra del texto legal cual es la finalidad de tal actuación, lo que hace presuponer un puro interés estadístico-informativo, o de una sanción para el funcionario por el retardo en cumplir tal deber.

La no comparecencia de una de las partes que se encuentre citada debidamente a la reunión y no presente excusa justificada en tal sentido, se constituye en infracción (artículo 679), de la cual el funcionario actuante levanta acta y remite a través del Director de Mediación, Conciliación y Arbitraje al tribunal represivo competente, que lo es el correspondiente Juzgado de Paz del domicilio del imputado.

En virtud de que la disposición del artículo 521 del Código de Trabajo, no ha sido tomada en cuenta, como lo han sido para aplicación en esta forma de conciliación, los artículos que le preceden, parece ser que el legislador no ha entendido necesario otorgar a esta acta calidad de cosa definitivamente juzgada con todas sus consecuencias.

Capítulo 7: El Arbitraje Voluntario en el Derecho Laboral Dominicano

No pretendemos al introducirnos en el presente tema, embarcarnos en un estudio pormenorizado de esta figura, ya que ello evidentemente trastocaría el contenido original de nuestro tema general, pero si quisiéramos realizar algunas menciones, como parte de la finalidad informativa y motivadora que pretende el asumir el análisis global de los métodos de resolución alternativa de las disputas en este proyecto. Es esta la razón esencial por lo que prescindiremos de examinar el arbitraje como medio de solución exclusivo de los conflictos económicos, detallado en los artículos 680 al 700 del Código de Trabajo y que se caracteriza por constituir una etapa ulterior al avenimiento directo y la conciliación administrativa, al que recurren las partes como alternativa a la huelga o al paro, en forma potestativa, o que se les impone en caso de que el conflicto dado afecte un servicio con carácter esencial, en cuyo caso de no ser designados por las partes mismas, lo serán de pleno derecho por el Juez Presidente de la Corte de Trabajo del Departamento Judicial competente.

Nuestro fin, más bien, se dirige a la apreciación de una institución que aparenta desconocida, olvidada o enterrada entre los demás medios que caracterizan las soluciones de los conflictos laborales. Nos referimos al arbitraje voluntario que instituye el primer capítulo del Título I del libro Séptimo del Código de Trabajo, en su artículo 419.

Ya ha sido copiada en la parte inicial de este trabajo (I. 4) definición sobre este instituto, a la cual puede añadirse aquella que Alfredo Montoya ofrece en su obra Derecho del Trabajo, al decir que “ el arbitraje es un procedimiento de solución de conflictos de trabajo caracterizado por la intervención de un tercero – arbitro – al que corresponde no ya aproximar a las partes logrando una avenencia de estas, como hace el conciliador, no ya proponer una solución como

hace el mediador, sino resolver por si mismo el conflicto dictando un laudo o fallo”⁶³.

Dentro de las diversas modalidades que este puede asumir (Obligatorio, potestativo o voluntario), es el último de los mencionados el que nos ocupa en este momento y del cual se ha dicho que con independencia de si tal función es ejecutada por un ente individual o grupal, público o privado, es la voluntad de las partes de designarlos, conferirles poder para decidir y acogerse a tal decisión, todo establecido a través de un pacto o compromiso, lo que da el carácter de voluntario.

Esta figura no solo es reconocida por el Derecho Laboral Dominicano, sino que de acuerdo a Mario Pasco Cosmópolis, ésta existe en la ley y el reglamento peruanos⁶⁴, así como se comparte con aquel de tipo obligatorio o forzoso en el régimen colombiano. De otro lado, la legislación española apertura diversas posibilidades al arbitraje voluntario, de los cuales aquel encomendado a los tribunales arbitrales laborales nunca ha podido ser aplicado a falta de crearse las estructuras de lugar y la modalidad para conflictos colectivos y aquel que conllevaba a que se dictara un “laudo de obligado cumplimiento” fue limitado por sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981, sobreviviendo aquellos dispuestos por los convenios colectivos y acuerdos interconfederales⁶⁵.

Finalmente, la ley 24.635 de la República Argentina, ha instituido en su artículo 28, la posibilidad de que el Conciliador, una vez fracasada la instancia llevada ante su persona, sugiera a las partes someter sus diferencias a un arbitraje, como posibilidad previa al tramite judicial. Como tal decisión depende de la exclusiva voluntad de ambas partes, ellos deben suscribir compromiso en tal sentido, cuyos detalles los esboza el subsiguiente artículo 29. El régimen es complementado por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo recurribles sus decisiones ante la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, tras cuya decisión confirmándolo lo hace ejecutorio. Una salvedad que contiene dicha ley (artículo 54 que modifica la ley 18.345, en su artículo 149) es que es posible acceder al arbitraje en cualquier estado de juicio.

En el caso de la República Dominicana, de forma escueta el artículo 419 del Código de Trabajo dispone que “en todos los casos de conflictos de trabajo, sea cual sea su naturaleza, los

63 Montoya Melgar, Alfredo. “Derecho del Trabajo”. Editorial Tecnos, España, 2000. P. 703-4.

64 Pasco Cosmópolis, Mario, Ob.Cit , P. 179-180.

65 En sentido detallado, puede observarse: Montoya Melgar, Alfredo. Ob cit P. 704.

empleadores y trabajadores, o las asociaciones que los representen, pueden acordar su sumisión al juicio de árbitros libremente escogidos por ellos. El Laudo que estos dicten no producirá efecto jurídico válido cuando desconozca disposiciones de la ley cuyo carácter sea de orden público”.

Del contenido de dicho texto se extraen los elementos siguientes:

- Es aplicable tanto a los conflictos jurídicos como económicos. La ley refiere en forma muy extensiva “ en todos los casos de conflictos de trabajo, sea cual sea su naturaleza” por lo que no se establece ninguna limitación ni exclusión de hechos, dentro de los diferentes litigios que en materia laboral puedan suscitarse, aunque nos parece evidente que esto no puede sobrepasar los aspectos que las partes convencionalmente pueden someter a discusión y sus derechos disponibles, no los que se encuentran más allá de la barrera del orden público laboral, en aplicación a la materia de la disposición de la parte in- fine del artículo 1,003 e in- médium del artículo 1,004 del Código de Procedimiento Civil, ambos.

- Puede ser acordado por todas las personas del Derecho del Trabajo. Recurrir a esta forma de composición se encuentra habilitada a las personas físicas, morales o colectivas que gravitan en el área del Derecho de Trabajo, de forma independiente al papel que estas desempeñen como impetrantes o impetradas.

- Se produce por el convenio de los interesados. Tal como se ha indicado desde el encabezado de este punto, esta forma de arbitraje se fundamenta en el acuerdo de voluntades en elegir uno o varios terceros, a cuya decisión se comprometen las partes a dar cumplimiento como manera de zanjar sus diferencias.

- Los árbitros son libremente elegidos. En estrecha conexión, con la característica previamente detallada, si las partes son las que acuerdan someterse al arbitraje, es evidente que ellas mismas deben darse los árbitros que mejor entiendan pertinentes a la cuestión, sin que ninguna institución pública o ente privado pueda imponerlo, hecho que solamente surge en la legislación nacional, como ya ha sido mencionado, en el caso de conflictos que afectan servicios esenciales. Son también las partes quienes deberán determinar si el o los árbitros deberán llenar requisitos de oficios, especialidades técnicas o profesionales, experiencia práctica o cualquier otra condición para su designación.

- La actuación del árbitro o los árbitros concluye con el dictamen de un laudo. En principio el

único límite que se impone al laudo a dictar es la necesidad de respetar las disposiciones de carácter de orden público, para que el mismo sea asumido como válido, de donde la violación a dicho principio, lo deja sin ningún efecto jurídico. La designación del árbitro también conlleva que se especifique el alcance de sus poderes y el mandato otorgado, por lo que la violación a estos conllevaría a la misma suerte anterior. En el caso del laudo sobre conflictos colectivos debe ser especificado su tiempo de vigencia (artículo 399), y

- Puede ser acordado en cualquier etapa del proceso. A falta de limitaciones estipuladas para su persecución, el convenio para designar los árbitros puede celebrarse en cualquier momento contado desde el inicio del litigio y hasta tanto el tribunal apoderado no se haya pronunciado al respecto.

Cabe preguntarse ¿cuál procedimiento deberán acometer los árbitros a los fines de cumplir con su cometido?. Al parecer del Dr. Rafael Albuquerque⁶⁶, para la solución de los conflictos económicos existe el procedimiento fijado en los artículos 680 y siguientes del Código de Trabajo, por lo que aunque se trata de árbitros cuyos poderes devienen de la voluntad de las partes, que no se encontraban conminados a seguir esta vía, este sería el procedimiento al cual deban ajustarse. Aunque esa parece una solución adecuada, ya que se trata de un procedimiento ambientado para desarrollarse en el campo del Derecho Laboral, vale plantearse por lo menos la siguiente pregunta: Si el artículo 419 ha dejado en libertad a las partes para elegir los árbitros ¿incluye esto o no la cantidad de árbitros? o ¿en el caso de acogernos a esta disposición para un conflicto económico, debe ser tomada en cuenta la cantidad de 3 árbitros que señala el artículo 680?; En el entendido de que, aún se estén obviando las dos etapas primeras en el orden de las disposiciones legales que para la solución de conflictos colectivos plantea el código de trabajo, nos parece procedente acogerse a plenitud a tales disposiciones, con los fines de conservar las seguridades que provee la ley en tal sentido.

En el caso de los conflictos de tipo jurídico, igualmente nos unimos al parecer del Dr. Albuquerque, en el sentido de que el procedimiento a aplicar es aquel previsto por los artículos 1,003 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el cual constituye el derecho común aplicable, a falta de procedimientos especiales y que en la presente materia siempre podrán ser acogidas sus disposiciones, en virtud del Principio Fundamental IV del Código del Trabajo, debiendo en todos los casos ajustarse el contenido de los artículos primeramente indicados a

⁶⁶ Albuquerque, Rafael, Ob. Cit, P. 410.

⁶⁷ Para un estudio más detallado de las formas del procedimiento arbitral derivado del Código del Procedimiento Civil, modificado por la ley 845 de julio de 1978, sugerimos leer: Albuquerque, Rafael. Ob. Cit, P. 409 y siguientes, y Pérez Méndez, Artagnan. "Procedimiento Civil", 3ra ed. , 1992 T. II, Editora Taller. Santo Domingo P. 437 y siguientes.

la competencia, organización, principios y fines de la Jurisdicción de Trabajo⁶⁷.

En último término, debemos referirnos a la posibilidad de la suscripción de una cláusula compromisoria entre las partes, por las cuales estos aceptan someter un eventual litigio a la decisión arbitral, obligándose por adelantado a firmar un compromiso en tal sentido, el día que surja la contienda. Si bien en Derecho Civil ha existido discusión entre doctrina y jurisprudencia sobre la validez de tal cláusula (a lo cual refieren los autores ya sugeridos), en materia laboral, la solución parece desprenderse de los Principios Fundamentales V, sobre irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, y XIII, que expone la garantía estatal, de creación y mantenimiento de jurisdicciones especiales para la solución de los conflictos, de donde no resultaría admisible, en curso del contrato de trabajo, la suscripción de tal compromiso, del cual podría argumentarse limita los derechos de acceso a la jurisdicciones especiales creadas a favor de las partes y a la efectiva tutela judicial. Otra cosa diferente resulta de la posible suscripción posterior al término del contrato de trabajo, en el cual las partes mantienen sus respectivas libertades ante la ruptura del lazo de subordinación, no genera dudas sobre la voluntad de las mismas y es el momento que entendemos propio para que esta forma de solución sea promovida.

Capítulo 8: La Realidad Dominicana: Reflexiones y Sugerencias

Es un hecho indiscutido la problemática que registra como común denominador el poder judicial a lo largo y ancho de nuestro continente americano, muy especialmente, los países latinoamericanos, en cuanto a la cantidad de demandas iniciadas, la lentitud de los procesos y la alta tasa de mora en el despacho de éstos, una vez quedan en estado de fallo. Es este campo fértil, donde han tomado auge y valor los medios alternativos propuestos..

Al iniciar las primeras líneas del presente estudio, afirmábamos que dentro de los denominados métodos de resolución alternativa a los conflictos, podría afirmarse con certeza casi absoluta, que es en el campo de la materia laboral, y muy especialmente a través de la institución de la conciliación, el área donde se reúnen desde hace mayor cantidad de tiempo la experiencia y fruto en esta forma con participación activa de las partes, tendentes al logro de un desenlace adecuado, promovida por tales protagonistas, en forma simple, barata y ajustada a los presupuestos que ellos mismos deciden asignarse.

Ahora bien, en el caso de nuestra nación, donde la veracidad de cada una de las afirmaciones realizadas se palpa diariamente, al tiempo que se cuenta con una legislación relativamente reciente, por datar apenas de mayo de 1992 nuestro Código de Trabajo vigente, valdría la pena cuestionarse, si efectivamente el papel de la figura estudiada ha alcanzado la preponderancia que amerita.

A los fines de esclarecer tal hecho, nos haremos valer de los siguientes datos: De acuerdo a la Dirección de Planificación y Proyectos de la Suprema Corte de Justicia, en su división de estadísticas judiciales, las jurisdicciones laborales fueron apoderadas durante el año 2001 de

un total de 11,053 expedientes⁶⁸, de los cuales un total de 531 expedientes fueron reportados como resueltos por la vía conciliatoria, lo que equivale a un total de 4.62 casos solucionados por dicha vía de cada 100 casos sometidos al tribunal de trabajo.

¿Se debe esta pírrica estadística exclusivamente a nuestra famosa y tristemente reconocida cultura del litigio?. Apreciemos a los fines de estudio, los datos que el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLLO) de la República Argentina ofrece con respecto a los años 1997 a junio del 2001, según el cual del total de casos presentados ante ella, fueron resueltos durante dicho periodo por la acción de los conciliadores que le conforman, un promedio de alrededor de un 41% de dichos casos⁶⁹, cifra que no dista del 40.87% (164,203 casos resueltos de 401,755 entrados) que para situación similar reflejan las estadísticas administrativas de España, en cuanto a los conflictos individuales⁷⁰. Otro dato importante a tomar, aunque solo refleja una realidad parcial, es extraída del Segundo Distrito Judicial de Importancia de nuestra nación, como lo es el Distrito Judicial de Santiago, el cual fue apoderado de un total de 1392 expedientes en el curso del año 2001, repartidos en sus 3 salas y la presidencia del Juzgado, siendo desistidos en curso del proceso un total de 337 expedientes, por haber las partes llegado a acuerdos por intermedio del avenimiento o la negociación directa, lo que fija una proporción de 24.20% de casos resueltos en dicha forma con respecto al número de expedientes entrados.

Otro dato de interés a los fines del examen de la situación son los resultados que ofrece de la Conciliación administrativa, la Dirección General de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Secretaría de Estado de Trabajo, ante la cual es desarrollada, con respecto al año 2001, de acuerdo a la cual, ella fue apoderado de 46 solicitudes de Conciliación, concluyéndose unas 23 mediante el levantamiento del acta de acuerdo, lo que equivale a un 50% del total presentado.

Vistos estos datos, resultaría injusto arrojar irreflexivamente sobre la sola idea de nuestra cultura del litigio, todas las culpas sobre la aparente ineficiencia de las fórmulas conciliatorias establecidas en el país, ya que, como consecuencia de los datos nacionales cuantificados, puede apreciarse una cierta y latente capacidad de las partes de dar solución a sus diferendos mediante la negociación directa o a través de la participación de terceros colaboradores en la

68 Esto refleja el número de expedientes depositados por las partes ante los tribunales competentes, no así el número de reclamos, ya que cada uno de ellos tienden a contener diversos reclamos

69 Dato copiado de la Revista del Servicio de Conciliación Obligatoria, Junio 2001. p. 24.

70 Montoya Melgar, Alfredo, Ob. Cit., P. 702.

presente materia.

Se supone que el proceso conciliatorio conlleva tres ventajas primordiales: a-) Evita un juicio formal con todas sus etapas desde la presentación y preparación de la demanda, el desarrollo de las audiencias hasta la culminación en una sentencia ; b-) Evita las demoras derivadas del curso lógico y preciso de los procedimientos que deben cumplir o agotar las autoridades; y c-) Hace que las partes se sientan identificadas con la decisión adoptada.

Es así y vista la diferencia de resultados a nivel nacional entre los procesos conciliatorios judiciales y administrativos, que puede extraerse sin mucho esfuerzo, la idea de qué dificultades rodean el procedimiento de la primera que le impide cumplir con su ideal, por lo que podemos hacer las siguientes anotaciones:

- Es necesario separar la etapa conciliatoria de las formalidades de presentación de escritos, documentos y medios probatorios, ya que, como bien señala el profesor Pasco Cosmópolis, al exponer los yerros de la legislación peruana, al abrir la posibilidad de que al tiempo que se abría la conciliación, correlativamente abría la posibilidad de presentar pruebas y oponerse a las de la contraparte que estimara impertinentes, sobre lo cual decidía el conciliador, “la ley, en vez de proporcionar mecanismos de acercamiento, colocaba liminarmente la semilla de una litis”⁷¹.

- La celebración de la etapa conciliatoria en forma de audiencia, con todas sus condiciones de publicidad se convierte en obstáculo a la obtención de un acuerdo, ya que las partes no siempre se encuentran en condición de abrirse a exponer sus causas de desavenencia ante todos los presentes, a explicar los puntos que entienden dispuestos a ceder, en cuales puntos entienden más débil su posición, además de que esto rompe con el esquema de necesaria confidencialidad de las discusiones y aparenta restar oportunidad al conciliador de reunirse en forma individual o conjunta con ellas. Entendemos necesario hacer modificaciones de la etapa conciliatoria que la trasmuten en una reunión ante los miembros del tribunal apoderado, Juez Presidente del Tribunal de Trabajo o conciliadores especiales, que fijen lugar, fecha y hora en que esta se celebrará.

-Es necesario capacitar los actuales vocales, para cumplir con el papel asignado a estos fines,

⁷¹ Pasco Cosmópolis, Mario. Ob. Cit. P. 173.

ya que en sus condiciones actuales estos carecen de conocimientos de técnicas de negociación y de aspecto legales que se constituyen en necesarios para ejercer sus papeles.

- Hacer obligatoria la comparecencia personal de las partes, a los fines de que estas sean realmente las que se reúnan y expresen sus pareceres frente a los conciliadores. La participación de los abogados se limitaría a un papel de asesoría, cuyos honorarios no estarían en juego en curso de tal etapa.

La celebración de la etapa Conciliatoria, desde la visual de la jurisprudencia Dominicana, no conlleva aceptación de que se encuentren presentes “ninguna de las condiciones que exigen para el éxito de una acción en justicia, sino que es un preliminar que se debe cumplir y que en nada influye en la solución que se dará al asunto” (B. J. 1067, octubre de 1999, Páginas 576-581). Es además reiterativa la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, y en ello coinciden los tribunales de primer grado y apelación, en que el Juez no debe pronunciarse sobre excepciones o medios de inadmisión planteados en la misma, sino que deben ser acumulados para decidirse junto con el fondo del proceso, como consecuencia de las previsiones del artículo 534 del Código de Trabajo (B. J. 1060 marzo de 1999, P.917-924, B. J. 1061, abril de 1999, Páginas 910-914 y B. J. 1067, octubre de 1999, Páginas 576-581), e incluso ha sostenido que la presentación de estos últimos, debe ser vista “como una actitud de rechazo a la Conciliación... lo que permite al tribunal ordenar el levantamiento de la correspondiente acta de no acuerdo y fijar la audiencia para la presentación de pruebas y discusión del caso” (B. J. 1060, Marzo de 1999, P. 917-924).

Es finalmente, un criterio constante, ya antes apuntado, que la oferta de arreglo o avenimiento planteada en la Audiencia de Conciliación por el demandado, no implica reconocimiento de los derechos de la contraparte, asentamiento a la demanda, ni compromete al ofertante en forma alguna, quien incluso podrá en lo adelante aún argumentar válidamente y demostrar, de no aceptarse la propuesta, que no es empleador del reclamante (B. J. 1046, enero de 1998, P. 242-248 y B. J. 1068, noviembre de 1999, P. 606-612).

De lo expuesto entendemos que el valor de la conciliación ha sido aquilatado en forma apropiada por los tribunales nacionales, encontrándose debilidades en las estructuras y forma del procedimiento, que deben ser corregidas a los fines de cumplir en mayor medida con su finalidad de método de solución no litigiosa. Para el trabajador siempre será preferible conservar su fuente de trabajo u obtener rápido pago de los montos que poseen para si un carácter

esencialmente alimenticio, así como para el empleador evitar litigios que pueden cuestionar la imagen de la empresa, bajar la moral de otros trabajadores y conllevar al decaimiento del ritmo productivo. Queda pendiente pues, que esas voluntades sean coronadas por el buen juicio y el parecer favorecedor de jueces y funcionarios activos, interesados y dispuestos a contribuir con la composición del conflicto. El camino para la transformación de lo que escasamente tenemos a lo que podemos alcanzar, está señalado, ahora, demos el paso.

MODULO VII:

LA MEDIACIÓN PENAL

AUTOR: JOSÉ MARÍA VÁSQUEZ

Capítulo I: La Resolución Alternativa de Conflictos

Nadie desconoce la crisis en que viven los poderes judiciales en el mundo, incluidos o especialmente en nuestros países latinoamericanos, y una preocupación central de los Estados democráticos y modernos que persiguen el bienestar social de la población es tender hacia la adecuada resolución de los conflictos de la sociedad, lo cual no necesariamente significa obtener una sentencia para cada disputa.

La institucionalización de la resolución de conflictos abarca tanto mecanismos voluntarios e informales como obligatorios y coactivos. La resolución alternativa comprende una amplia gama de acciones y procesos que tratan el conflicto desde distintas perspectivas y alcances: su abandono, la prevención, la administración y la resolución mediante los llamados métodos alternativos como negociación, conciliación, mediación arbitraje u otros híbridos. Del otro lado, complementada por estos métodos, se encuentra la decisión del juez que aplica la ley. Expresión de los valores constitucionales bajo amenaza de coerción.

I.1 Alcances del Sistema Penal y Lamentable Realidad

Al derecho penal se le asignan una serie de funciones y encargos sociales, algunos de los cuales solo constituyen míticos anhelos de los grupos ciudadanos, pero no realidades. Por ello, una cosa es la discusión teórica sobre la coerción penal y otra el funcionamiento real del sistema represivo en un lugar y tiempo determinado, especialmente en países latinoamericanos donde la disfunción de la justicia criminal se hace más evidente. Cuando se caracteriza al derecho penal, por lo común se sostiene que la función social que cumple es doble. Aseguradora, en tanto protege bienes jurídicos fundamentales para el grupo y de defensa social.

Igualmente ocurre con la pena, a la que por un lado se le asigna efecto de prevención general, en el sentido de disuadir del delito a aquellos que no han delinquido; y por otro, un efecto particular sobre el delincuente, para que no vuelva a delinquir. Por su parte, para algunos la pena tiene fines retributivos y para otros de resocialización. Sin embargo, cuando se hacen investigaciones sobre la función real de la pena, las ideologías se ven tapadas por los hechos: la prisión, que desde hace dos siglos es la pena por excelencia, no tiene mayor efecto sobre el sujeto, a no ser el de contenerlo y aislarlo del grupo social y deteriorarlo hasta que llega el momento en que no puede vivir fuera de la institución.

El principio rígido de obligatoriedad de la acción que llena los tribunales de asuntos no fundamentales, restando dinero, esfuerzo y tiempo para la resolución de los temas que importan a la comunidad, los cuales en definitiva, carecen de definición. Inclusive según opinión fundada en investigaciones de la realidad, el sistema de derecho penal genera, en ocasiones, mas violencia de la que trata de evitar, al producir leyes que se tornan inaplicables o le facilitan a la policía un actuar de mano libre que únicamente reprimen en sectores de bajos recursos. Y se torna violento, traiciona su propio cometido por cuanto el problema social no solo se agrava, sino que la administración de justicia se pone en la picota y la institucionalidad del país corre el peligro de perdida de confianza, mal que no puede tolerarse en una democracia. En tal contexto, la sociedad esta seriamente expuesta a quedar rehén de la violencia de las fuerzas de seguridad, con su carga de arbitrariedad y corrupción o cuando la acción demorada y tardía de los tribunales genera en la sociedad sentimientos de desprotección y frustración.

1.2 El Delincuente y el Sistema Carcelario

Ha resultado evidente que ni puede llevarse a cabo ningún proceso de resocialización en sujetos segregados o presos dentro de colectividades que prescinden de la mas elemental referencia a los valores sociales que favorece esa comunidad. La permanencia en un establecimiento de detención altera la funcionalidad psicológica de la persona, sea produciendo modificaciones en la estructura de base, sea agravando un estado anterior al confinamiento por evidenciar una predisposición latente u originando síndromes psicopatológicos específicos de la privación de la libertad. La cárcel es, encima, reproductora de la criminalidad. Un dato de la realidad es que el penado, concluida su detención, sale igual en el mejor de los casos o peor, debido a un proceso asistemático de aprendizaje delincencial y de haber hecho alianzas con otros criminales.

1.3 La Despenalización, el Abolicionismo y el Minimalismo

Se afirma que, hoy en día, las sociedades por medio de sus órganos llevan a cabo una selección de conductas que serán objeto del derecho penal. Dentro de tal contexto, se ha puesto de manifiesto una tendencia racionalizadora del fenómeno penal que reserva el derecho criminal para los casos en que el enfrentamiento carece de alternativas en cuanto a una solución por medios diversos de política social. Bajo este marco de derecho penal mínimo que entiende que no siempre se protegen bienes jurídicos fundamentales, se inserta la despenalización de hechos de poca trascendencia social para sustituir el castigo penal por formas más eficaces, menos costosas y de menores efectos desocializadores. El minimalismo no abarca solo la fase judicial, sino una política criminal de perfiles amplios y que delinea la menor cantidad posible de intromisión estatal con la mayor cantidad alcanzable de garantías. El minimalismo reduce las respuestas a los casos más graves y extremos.

Otros autores definitivamente abolicionistas, tratan de desplazar completamente al derecho penal por medio del reemplazo de la pena por otros mecanismos culturalmente distantes del derecho penal, entre ellos, la reparación.

Los abolicionistas señalan que:

- Las normas del sistema de justicia penal no cumplen con la función esperada, el sistema funciona de manera deficiente y actúa solo en casos esporádicos, argumentación que se reafirma con el alto porcentaje de conducta delictivas; además, el sistema opera con los mismos valores que dice combatir.
- El sistema de justicia penal degrada al ser humano, lo estigmatiza y lo conduce a perder la dignidad. Se dice que fabrica al culpable y una vez seleccionado el sujeto, lo rechaza socialmente.
- La ejecución de la pena resulta estéril y aniquila al sujeto al producirle efectos irreparables que en forma alguna la sociedad logra rehabilitar o restaurar.
- Se deja a un lado a la víctima.

1.4 Sistema Intermedio: La Mediación

Se trata de un procedimiento distinto en que participa la víctima, el victimario y la comunidad. No pretende ser sustitutiva del sistema criminal, sino complementarlo. Con frecuencia, parti-

cularmente si el delito es serio, no impide aplicar la sanción no de ningún modo pretende reemplazar el criterio del juez penal pues, en tales supuestos, los objetivos humanístico que se ambicionan son diversos a los de la mera descongestión de cárceles y tribunales; y, a lo sumo, será el magistrado interviniente el que tome la decisión final respecto de la pena.

Capítulo 2: La Víctima del Delito

2.1 La Víctima y el Sistema Penal

Aun los mayores defensores de los sistemas judiciales reconocen que éstos, aunque resulta triste reconocerlo, no funcionan como se avizoró históricamente que debían marchar. Los Tribunales están sobre cargados y tramitar un caso a través del camino que debe recorrer una causa emerge como lento y costoso. Y, mas importante aún:

- El proceso puede ser deshumanizante, al revictimizar a la victima y al victimario.
- El modo de llevarse a cabo el juicio y las eventuales respuestas a la problemática que el proceso puede ofrecer impiden satisfacer las necesidades de los implicados, pues los intereses de los participantes no siempre concuerdan con las posibles derivaciones y efectos de una decisión judicial.
- El proceso penal no ofrece posibilidades para que las partes exploren la índole de sus futuras relaciones e interacciones.
- El sistema judicial falla en lo que concierne a reconocer el dolor de la victima.
- La persecución estatal no da cabida a la posibilidad de participes en cuanto causantes de un resultado.

En consecuencia, ha habido una evolución en el sistema penal y existen nuevos aires que preconizan una verdadera transformación en lo que atañe al tratamiento de la victima.

2.2 ¿Quién es Titular del Conflicto?

Con los criterios imperantes en nuestra sociedad, en materia criminal, justicia equivale a castigo. A tener del lema “ojo por ojo”, quien comete un crimen debe cumplir con el correspondiente tiempo de detención; cumplido el periodo de encarcelamiento ha pagado su deuda ala sociedad,

con lo cual se ha hecho justicia. Pero, ¿justicia para quién? Ciertamente, no para la víctima, así la víctima en un caso penal, es una especie de perdedor por partida doble: en primer lugar, frente al infractor; y después, frente al Estado. Su persona está excluida de cualquier participación en su propio conflicto, pues el Estado se apodera de él.

Capítulo 3: Mediación en Materia Penal

3.1 ¿Es Posible Mediar en el Conflicto Penal?

El sistema penal está en estado de emergencia y al borde del colapso. Prueba de ello son las diarias afirmaciones de sus protagonistas: víctimas, procesado, política y justicia, reiteradamente manifiestan insatisfacción. Esta es una realidad que debe reconocerse, cualquiera sea el régimen, y justifiquemos o no el sistema desde el punto de vista teórico.

Y la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 realizó una severa advertencia sobre la utilización de la pena, ciertamente no acatada: “la ley no debe establecer mas penas que las estrictamente necesarias”. Por ello, revalorizando la necesidad del derecho penal como forma armónica de vida, hay que darle una nueva dimensión a la pena y reservarla para los casos estrictamente necesarios.

La cuestión de la reparación o composición como institutos del derecho civil, frente a la pena como instituto de derecho penal, pareciera ser irreductible, ante la magistral y tantas veces citada frase de Binding: “La pena debe producir una herida, el resarcimiento del daño curar otra, en lo posible sin causar una segunda”.

La razón de ser del derecho penal es otorgar una respuesta equilibrada y menos violenta a las dos fuerzas que protagonizan al delito: la violencia que representa la acción delictiva por un lado y la venganza privada que se ejercita sobre el delincuente por el otro.

La mediación penal no significa que el ofensor “se salga fácilmente con la suya”, pues aun si acepta participar en el procedimiento de mediación, en caso, el reo tendrá que cumplir con la sentencia que le imponga el juez. Además, existe bastante experiencia que indica que una de

las cosas mas difíciles para el autor del hecho delictuoso es enfrentar al a victima en una entrevista cara a cara.

3.2 ¿Es Inevitable Mediar en el Conflicto Penal Juvenil?

Existe una razón fundamental adicional para promover la mediación victima-infractor en la justicia juvenil y ésta está dada por el contenido del Art. 403.b de la Convención sobre los Derecho del Niño, según la cual: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, ...específicos...y en particular:... Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...” Un elemento adicional es la participación de la comunidad, y en particular de la victima, en el proceso de resolución de conflictos. Esto refuerza una concepción mas democrática de la administración de justicia.

3.3 ¿Se está Institucionalizando una Justicia Criminal de Segundo Orden con la Mediación Penal?

Se ha debatido mucho sobre la clase de justicia que se administra al aplicar la mediación a casos penales. La inquietud pasa por preguntarse si, cuando se flexibilizan las pautas jurídicas y procesales, se utiliza a quienes no son abogados como mediadores, no estando tampoco las partes legalmente representadas, se crea un sistema de justicia criminal de segunda clase. Para esta opinión la naturaleza privada de la mediación no se presta a la tradicional protección de valores como el derecho al debido proceso asociado al sistema judicial ideal. Al quedar en manos de los particulares el procesamiento de la disputa y sacarle el caso del escrutinio público del tribunal, puede pasar desapercibida una eventual injusticia. Esta posibilidad se advierte como especialmente perjudicial para los acusados con pocos recursos que podrían verse privados de sus derechos constitucionales.

3.4 ¿Cuándo es apropiada la Mediación de Casos Penales?

Los cánones para establecer cuales son los asuntos penales susceptibles de mediación aparecen algo nebulosos. Se ha propiciado la mediación para faltas menores, entre individuos que tienen una relación continuada. Se la ha desaconsejado firmemente ante la violencia, particularmente en supuestos de violencia domestica. En atención a esta discrecionalidad en la selección de casos mediables, el profesional de la justicia criminal se encuentra muchas veces en medio de la corriente acerca de cuando es apropiada la mediación.

3.5 ¿Qué significan los Mediadores Voluntarios para el Sistema de Justicia Criminal?

¿Quién debería estar resolviendo los conflictos penales? ¿Cuáles son las razones que justifican aprovechar el ofrecimiento de voluntarios? La respuesta a estas preguntas varía, según quien las conteste. En los hechos, la mayoría de los programas de mediación comunitaria se sirven de voluntarios para manejar casos que de otro modo hubieran sido procesados por los tribunales. No se requiere que estos voluntarios tengan antecedentes de estudios en derecho. Uno de los desafíos para los profesionales del sistema de justicia criminal es el de trabajar con estos nuevos grupos que ejercen esta práctica con poco o ningún conocimiento del sistema jurídico.

El uso de voluntarios es a menudo una prevención para recordar costos y reducir la sobrecarga y congestión de los despachos judiciales, que se percibe como un esfuerzo para dar poder a los miembros de la sociedad civil. Independientemente de ello, la convocatoria a voluntarios enfatiza el enfoque no jurídico para la resolución de este tipo de disputas y hace surgir interrogantes sobre el modelo de formación que deben tener quienes la llevan a cabo.

3.6 ¿Por qué hay Resistencia a la Mediación Penal?

Existen muchas razones que pueden dar lugar a oposición al uso de la mediación penal, no siendo la menos importante la tradición cultural que insiste en el tema de la adversarialidad en la orientación del sistema. La mediación se aparta notoriamente de esta perspectiva. En tanto el sistema legal se rige por disposiciones procesales y reglamentaciones de prueba y opera en público, la mediación permite a las partes participar en el procedimiento y explorar causas subyacentes, expresar sentimientos, discutir necesidades y generar soluciones creativas para sus diferencias en un ambiente privado e informal. Debido a esto, hay alguna intranquilidad sobre la preservación del valor del derecho a la defensa en juicio. Además, el futuro de la mediación descansa sobre las actitudes y compromiso de la profesión jurídica. Los abogados construyen los cimientos de la resolución de disputas. Cuando la gente tiene problemas y desencuentros, consulta con un abogado para que le aconseje qué hacer. En consecuencia, si los abogados no tienen una inclinación favorable a la mediación, difícilmente la recomiendan y es poco probable que manden sus casos a mediación. A ello se agrega que las partes tienen cierta predisposición a buscar reivindicación y venganza o deseos de probar que el otro actuó equivocadamente.

3.7 Diferencias entre Mediación Civil y Penal

La mediación se utiliza en una creciente cantidad y variedad de conflictos. En materia familiar, comunitaria o comercial, las partes se consideran en disputa, hay una presunción de que ambas contribuyeron a configurar el conflicto y, en consecuencia, necesitan llegar a un compromiso para obtener un acuerdo, lo cual no ocurre en forma similar en casos de actos delictivos. Como características diferenciales de la mediación penal pueden predicarse.

3.7.1 Inexistencia de Relación Previa

En principio (aunque no siempre), la mediación penal ocurre entre extraños que no tienen relación previa, en tanto en la mediación civil es más frecuente la disputa entre partes con relación preexistentes.

3.7.2 Reuniones Preliminares Separadas

El modelo clásico de mediación civil tiende a evitar el contacto previo de las partes con el mediador a solas, a fin de sortear el peligro de la formación de alianzas que puedan comprometer la neutralidad del mediador o que puedan percibirse por las partes como ruptura o compromiso de la neutralidad. A diferencia de ello, la columna vertebral del proceso víctima-victimario tradicional está dada por las reuniones preliminares separadas entre el mediador y cada uno de los participantes, con el objetivo de explicitar el procedimiento, obtener credibilidad y asistirlos en prepararse para el encuentro frente a frente. En definitiva, se busca crear alianzas y una relación de confianza de ambos participes con el mediador antes de ir a la mesa, lo cual redundará en una mejor comunicación y en que sean poco frecuentes las sesiones separadas una vez comenzada la mediación propiamente dicha.

3.7.3 Significado de la Neutralidad

Hay un criterio distinto sobre lo que significa la neutralidad. La neutralidad en la mayoría de los contextos requiere que el mediador no “acuerde” en forma anticipada con ninguna de las partes en cuanto a las cuestiones en disputa. El papel de tercero “neutral” requiere del mediador que de ninguna manera favorezca a un participante en relación al otro. El mediador no toma partido y no juzga sobre el bien y el mal en cuanto a las conductas de las partes que llevaron a la disputa.

3.7.4 Confidencialidad y Denuncia

En las relaciones entre jóvenes y padres, tanto proveniente de unos como de otros, llega a conocimiento de los mediadores mucha información sensible, que puede tener relación con la

seguridad y bienestar del menor o con temas que la legislación obliga a denunciar. Pero también puede conocer datos que no son tan claros en cuanto a la conducta a seguir, supuestos en que los mediadores se debaten entre la confidencialidad y la denuncia.

3.7.5 Mediación y Consejo

Los mediadores están inquietos y sienten gran tensión para no sobrepasar los límites de la actuación del mediador y pasar a la del consejero. El joven autor del hecho que atienden los mediadores víctima-victimario generalmente proviene de una familia con serios problemas que requieren inmediata ayuda y solución y están faltos de información. Pero deben tener cuidado de no perder o no ser percibidos como perdiendo la imparcialidad.

3.7.6 Dirección y Control

El mediador debe ser imparcial y conducir un procedimiento educativo que de poder a las partes. No debe controlarlas, sino darles la oportunidad de resolver su propio problema y a veces ello es difícil y prima el deseo de intervenir en lo sustantivo y dar la solución o boicotear la arribada por las partes y persuadirlas de que existe una solución “mejor”.

3.7.7 Imparcialidad

Pueden existir dificultades directamente relacionadas a como permanecer o si corresponde permanecer imparcial, cuando se crean antipatías o rechazos y juegan ciertos prejuicios en temas tan delicados como los que se tienen que tratar entre un menor y sus padres, o entre la víctima y ofensor.

3.7.8 Consentimiento

En tanto esta mediación involucre a un menor es necesario, pero también difícil, saber si el joven menor entiende claramente qué es lo que se está resolviendo y los alcances y límites de un acuerdo.

3.7.9 Creación de Falso Optimismo

A veces las familias tienen tantos problemas que el mediador debe tener cuidado de no crear falso optimismo, en el sentido de hacerlos creer que lo han logrado todo por haber arribado a una solución en el pequeño problema que se trata en la mediación, engañándose hasta pensar que construye una solución más global.

Capítulo 4: Los Principios de la Justicia Restitutiva

4.1 La Comunidad y el Sistema de Justicia

Todos, víctimas, infractores, componentes de la comunidad, estamos atrapados en una espiral hacia abajo compuesta de crimen, miedo, apartamiento y aislacionismo, que lleva cada vez a mayor intranquilidad y delincuencia. El crimen no solamente afecta a la víctima y al victimario, sino a la colectividad de la que forman parte especialmente cuando se trata de comunidades de pocos recursos, pues los hechos delictivos, aún menores, llevados a cabo en áreas donde impera la pobreza, tornan tirantes los vínculos entre los miembros del grupo, a punto de hacer prácticamente imposible vivir en armonía. Se puede llegar a una situación tal en que no sea factible hablar ya de comunidad en sentido propio, sino de individuos aislados que viven en estado de zozobra.

4.2 Nueva Forma de Enfrentar el Delito: La Justicia Restitutiva

En lugar de concentrarse solamente en el infractor y definir el término justicia por una finalidad tendente exclusivamente a endilgar culpas y administrar e imponer penas, el movimiento en pro de la justicia retributiva reconoce que el crimen lesiona a la víctima, a la comunidad y al transgresor de la ley. La justicia retributiva construye una filosofía, una actitud, un modo de pensar y un nuevo paradigma en cuanto a la forma de enfrentar el delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad.

Capítulo 5: Nuevas Formas de Tratamiento del Delito y Utilización de la Mediación como Herramienta Util

5.1 La Resolución Alternativa de Disputas y los Profesionales de la Justicia Criminal

El modo de procesar los conflictos en años recientes ha ido cambiando en diversas áreas y ello ha comenzado a impactar también el quehacer de la justicia criminal, a tal punto que en algunas jurisdicciones de otros países se derivan asuntos penales a centros de resolución de disputas. Y estos cambios no pueden pasar desapercibidos para los profesionales que operan en el sistema de justicia criminal. Según las políticas, la legislación y el programa, se puede llegar a esperar de ellos o inclusive requerirles que escruten y seleccionen casos, que deriven casos o que utilicen centros de resolución de disputas de carácter comunitario en lugar de los procedimientos tradicionales; en algunas instancias, inclusive se les puede pedir que medien casos. Los profesionales de la justicia criminal que más expuestos están a los afanes de la mediación son los que provienen del campo del derecho, quienes pueden obrar como restauradores del conflicto social, lo cual encierra un profundo cambio de filosofía. El otro grupo de profesionales más asociado a la mediación es la política. También pueden familiarizarse con las técnicas los oficiales de supervisión de la suspensión del juicio a prueba y, en menor medida, los que trabajan en establecimientos carcelarios y correccionales o en la libertad condicional.

5.2 Cambio de Paradigma en Cuanto al Tratamiento del Delito

En un momento en que la delincuencia está fuera de control, hay quienes sugieren que para enfrentar el problema del ilícito con éxito, nuestra sociedad debe pensar en nuevas alternativas, buscar opciones creativas y llegar a la revisión de los paradigmas conocidos en cuanto a la concepción y posibles respuestas al crimen.

5.3 De la Reacción a la Prevención

De un modelo basado en un tratamiento como el que enfrenta la enfermedad, reactivo a los síntomas y concentrado sobre el individuo, debe pasarse a una posición activa, dirigida hacia las condiciones y ambiente en que ocurren las conductas. Se parte de que, convencionalmente, respondemos a los problemas sociales luego de que aparecen y lo hacemos de manera onerosa y mediante esfuerzos no muy logrados en cuanto a su tratamiento, que este modelo no funciona tan bien como el preventivo, especialmente cuando se trata del comportamiento de los jóvenes; y que debemos reconocer que, si las comunidades maximizan las oportunidades para que los jóvenes y las familias tengan éxito, habrá más jóvenes y familias que logren sus aspiraciones y menores abusos de sustancias prohibidas, delincuencia, deserción escolar, embarazos de adolescentes, crimen y violencia.

5.4 El Posible Rol de la Policía

La policía puede tener un importante papel preventivo de mayor conflicto con aristas penales, pues muchísimas veces sus efectivos son los primeros en intervenir, y merecer una revisión el modo de procesar la controversia como parte del sistema de justicia criminal del que forman un primer eslabón y sobre el que tienen crucial impacto: por lo menos, pueden protagonizar un mejor manejo inicial al conflicto. Aunque no se ha estudiado mucho el tema, resulta evidente que este paso puede ejercer enorme influjo sobre como se va a definir, procesar y manejar posteriormente el asunto. Los oficiales de policías trabajan a diario con situaciones que surgen del choque y del enfrentamiento; y cada vez más por lo menos en un contexto civilizado y democrático, se espera de ellos que operen con destreza en situaciones delicadas y difíciles, sin usar más fuerza que la estrictamente necesaria. De ahí la conveniencia que se sepan utilizar técnicas de disipación de la disputa, como asimismo que tengan en su haber herramientas y estén duchos en habilidades de intervención eficaces. La mediación ofrece un marco informal de resolución del conflicto que permitiría a las partes arribar a buen puerto, y no es raro que en

ciertos momentos un miembro de la policía deba asumir un papel central en el manejo de la crisis.

5.5 Valores e Implicaciones Prácticas que Subyacen en el Modelo de Mediación Penal

La concepción que promueve la mediación penal configura una actividad pacificadora que quita el acento en la noción según la cual el crimen es un mal contra el Estado que requiere castigo, pues entiende que los conflictos pertenecen a las partes, quienes deben tener la oportunidad para resolverlos, en lugar de ser meros receptores de soluciones impuestas por el Estado; además, bajo la nueva concepción que priorizar los derechos de la víctima que se advierten como pisoteados por los agentes estatales, estima que esta debe estar facultada a participar en las decisiones que le competen, por lo cual de poder encontrarse con el victimario y negociar con el la reparación; y asimismo, promover una reducción de la intromisión del Estado tanto en las vidas de las víctimas como de los infractores, ofreciendo mayor incremento de la participación ciudadana y de las víctimas a lo fines de obtener la restitución.

5.6 Delincuentes Menores de Edad

Aparecen particularidades en cuanto a los jóvenes autores de delitos.

5.6.1 Características Personales del Menor Delincuente

La literatura especializada viene analizando en los últimos años la importancia de subrayar los aspectos cognitivos interpersonales en la descripción del carácter del delincuente juvenil, como una vía prometedora, tanto para establecer programas de prevención como para elaborar estilos educacionales que permitan una reeducación eficaz. De acuerdo a ellos, y sin ánimo de ser exhaustivos, se considera que el joven infractor se caracteriza por ciertos factores individuales y biográficos:

- Impulsivo
- Ansioso antecedentes de fracaso escolar
- Consumidor de drogas
- Con escasa autoestima
- De familia desestructurada
- De clase baja

- Falto de afectividad
- Agresivo
- Sin habilidades sociales
- Con poco equilibrio emocional
- Inadaptado
- Frustrado

La sociedad plantea exigencias, pero para poder llenarlas se necesitan ciertos atributos: posibilidades, recursos, capacidad o habilidad para satisfacerlos y tener la voluntad de hacerlo. Dentro de tal escenario, el joven que carece de estos recursos ingresa en la marginación, es decir que vive una falta de ajuste entre las exigencias establecidas por la sociedad y su comportamiento como individuo. La consecuencia es su exclusión de la comunidad organizada, con lo cual se ve “obligado” a aprender ciertas conductas que le reportan beneficios similares a los que la sociedad presenta a quienes cumplen con sus exigencias: dinero, excitación, prestigio, autoestima, poder. Con las conductas antisociales, el adolescente también evita situaciones que le parecen amenazantes, como ser responsable, trabajar, someterse a normas, comprometerse en proyectos, ofrecer una personalidad débil, etc.

En general, estos menores han tenido una infancia con modelos antisociales, padres o hermanos que actúan en formas irresponsable o improductiva (alcohol, falta de trabajo) o viven de la delincuencia; han sido sometidos a castigos excesivos o violentos; no tienen pautas de conducta o han conocido pautas contradictorias e inconsistentes; no han vivenciado calidad afectiva, apoyo ni seguridad, han sufrido la falta de estimulación cognitiva. Luego, debido a su falta de atención y comportamiento difícil, sufren la etiquetación de los maestros, no alcanzan los objetivos escolares, y, al fin, se asocian con jóvenes de similares características, con lo cual quedan ubicados en un grupo rechazado y temido.

5.7 Necesidades a cubrir para el Menor Institucionalizado

Los programas que lidian con éxito con los menores de conducta antisocial comparten ciertas características:

- Enfatizar el ambiente de aprendizaje, trabajo y responsabilidad y no remedar un lugar de tratamiento. Se realizan actividades deportivas y académicas, se emplean terapias para formar habilidades sociales, políticas de desarrollo cognitivo y ético, dinámicas de grupo acerca de las funciones que les competen, etc.

- Establecen un sistema de fases de progresiva autonomía personal, pues no se pueden esperar similares comportamientos sobre la propia persona y sobre los demás en distintas etapas de la estadía en el lugar, ya que los jóvenes van evolucionando con el programa educativo. En tal sentido, cada vez tomarán mayor participación en las decisiones de la comunidad y tendrán mayor libertad, inclusive referida a salidas al exterior. El sistema ofrece motivación externa, al observar el propio interno su mejoría en las condiciones ambientales, a través de una creciente emisión de comportamientos prosociales.
- Trabajan en equipo, en una dinámica compartida. Con funciones delimitadas y de apoyo recíproco.
- Evalúan a los menores en forma operativa, es decir de acuerdo con objetivos concretos del tratamiento y de acuerdo con las metas fijadas con cada intervención profesional, tomando en cuenta el aprendizaje social.
- Establecen un ambiente positivo, con un sistema de disciplina claro, preciso y consistente, a fin de dar a conocer límites y criterios de normas y justicia a los jóvenes que carecen de ellos.

Por cierto que la revitalización de la comunidad requiere de un tratamiento adecuado de estos jóvenes a fin de integrarlos y hacer que pertenezcan al grupo principal y no a grupos estigmatizados y marginados, vistos por los demás como irrecuperables.

Capítulo 6: ¿Cómo se lleva a cabo la Mediación Penal?

6.1 Los Encuentros Víctima-Victimario

Una oportunidad que daría cualquier ámbito conciliatorio o de mediación penal tanto para la víctima como para la sociedad en general se relaciona con la posibilidad de encuentros personalizados entre autor y víctima de un acto delictivo. De otro modo, la víctima permanece alejada de su caso y no tiene oportunidad de comunicarse con el autor del hecho. Queda afuera, enojada, quizás humillada por un interrogatorio en el tribunal, sin contacto humano con el delincuente. No tiene alternativa. Necesitaría de todos los estereotipos clásicos de “el criminal” para intentar una mínima comprensión del problema. En cuanto al delincuente, no es necesaria demasiada introspección para apreciar que una participación directa de la víctima puede resultarle una experiencia realmente dolorosa y edificante. Muchos de nosotros escaparíamos a una confrontación de este tipo. Escapar es la primera reacción, pero la segunda es algo más positiva. Los seres humanos tienen motivos para sus actos y conductas. Si la situación se conformara de modo que las razones pudieran darse desde el punto de vista de las partes y no de los abogados, quizás la situación no sería tan humillante. Y, especialmente, si la cuestión central no radicara en atribuir culpas, sino en profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para enmendar lo hecho. Y esto es exactamente lo que puede suceder al reintroducir a la víctima en su caso.

6.2 Admisión de la Responsabilidad

La determinación de la responsabilidad no es el objetivo del proceso de mediación. Sin embargo, la aceptación de los hechos y de su participación es presentado por los más expertos en

la materia como requisito fundamental para poder iniciar una mediación entre el infractor y la víctima.

6.3 Confidencialidad y Respeto de la Intimidad

La reserva y confidencialidad de los procesos que se tramitan en la justicia juvenil esta garantizada en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas que contienen una normativa de mediación. Cuando la mediación y conciliación se realizan fuera del proceso judicial, resulta de fundamental importancia garantizar la confidencialidad de todo lo dicho y de los acuerdos que se alcancen. La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza (Art. 40.2.b.) “que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”. Se han observado procedimientos judiciales en los que las preguntas formuladas a un infractor en las etapas iniciales del proceso exceden los objetivos de la determinación de los hechos y de su participación (por ejemplo: vida o preferencia sexual, datos sobre las relaciones familiares). Este punto podría convertirse en un retorno a la “doctrina de la situación irregular” con un procedimiento en el que la prueba de los hechos es solo una parte de la determinación de una situación que justifique la aplicación de medidas tutelares, que en muchos casos significan la internación.

Por otra parte la mediación requiere ampliar el plano de los hechos y dar lugar a la inclusión de preguntas o información sobre situaciones o intereses particulares que puedan exceder el contenido de la infracción. En este sentido parece necesario reforzar el requisito de participación voluntaria y cuidar que el mediador no invadirá áreas de la esfera personal en forma irruptiva o violenta y se mantendrá en la certeza de que es necesario para el bienestar del niño o adolescente. Iguales requisitos deberían plantearse cuando la víctima es un niño- Por cierto que las mismas reservas deben existir cuando se trata de mediación penal con personas adultas.

6.4 ¿Cómo se Desarrolla el Sistema de Mediación Penal?

Existen diversos pasos pero, dentro del modelo tradicional de mediación víctima-victimario puede resumirse el procedimiento del siguiente modo:

- Fase de admisión.
- Fase de preparación de la mediación.
- Fase de mediación.
- Fase de seguimiento.

El procedimiento de Icohol que es muy importante y tiene por objeto identificar que casos son apropiados para la mediación víctima-victimario. La víctima tiene que estar dispuesta a participar y a enfrentar la Icoholn estableciendo un vínculo con el autor del hecho: no puede estar sufriendo tal dolor que no este en condiciones, o que no esté en estado de escuchar, no puede tener como único objetivo denigrar y maltratar a su ofensor. Y el victimario tiene que ser una persona susceptible de rehabilitación; debe mostrar cierto grado de arrepentimiento; debe también estar en condiciones personales de hablar, escuchar atentamente y establecer un dialogo, por lo cual no puede ser un usuario no tratado dependiente de drogas estupefacientes o alcohol, etc.

6.5 Contenido de los Acuerdos

El contenido del compromiso al que se arribe en la mediación puede ser variado; así, puede consistir en pago de dinero a la victima en trabajo efectuado por el infractor a favor de la víctima, en trabajo para una institución de caridad elegida por la víctima, en la inscripción del infractor en un programa de tratamiento, etc.; pudiendo existir combinaciones de varios modos de restitución.

En definitiva, el acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor, pues se trata de arribar a soluciones realistas y cumplibles. El tipo de acuerdo al que se puede llegar es muy amplio:

- a. A veces, el dialogo, la comunicación, las disculpas, la comprensión del problema y el compromiso de no volver a reincidir de un joven infractor, ayudados por la habilidad del mediador en hacer que cada una de las parte se ponga en los zapatos del otro, tienen suficiente entidad como para solucionar el conflicto.
- b. En otras ocasiones, se trata de aportar una prestación a la victima mediante la realización con el hecho que tenga un sentido responsabilizador y pedagógico. La actividad favorece que el infractor, especialmente si es joven, se dé cuenta del valor de las cosas, de lo que estas representan para los demás, del servicio que prestan y de lo que cuesta repararlas.
- c. Las compensación económica también tiene en determinados conflictos un significado importante en los acuerdos. En esos casos se lleva a cabo teniendo muy presentes las posibilidades del infractor, contando con el acuerdo de los padres si es menor y, si es necesario, con su soporte económico. De esta forma, lo padres asumen aquella parte de la responsabilidad que no está al alcance del hijo.

6.6 Bases del Entrenamiento de un Mediador Penal

¿Cuál es el contenido específico de la preparación y entrenamiento que requiere un mediador penal? A la larga y porque la mediación los coloca en un lugar diferente al de los papeles que han jugado tradicionalmente, estos profesionales necesitan aprender a facilitar las discusiones entre las partes involucradas para que puedan saldar sus diferencias. Además del conocimiento general de todo mediador, deben tener clara conciencia de las consideraciones éticas y legales implicadas en la mediación de casos criminales.

Como procedimiento informal de resolución de disputas, para los profesionales que trabajan dentro de la justicia criminal surgen diversas interrogantes respecto de la mediación en este tipo de causas. A diferencia de otro género de asuntos, la mediación de casos criminales se caracteriza no sólo por estar en juego los valores del derecho al debido proceso, sino también por los fuertes sentimientos referidos a la necesidad de castigar a los individuos que violan las leyes penales. Pero, a medida que crece el hábito de la mediación, estos profesionales deben estar a la altura de los desafíos asociados con la adquisición de conocimientos y habilidades que les permitan ingresar en ella.

6.7 Diversos Modelos de Mediación Penal

Los proyectos víctima-victimario existen en medio de una diversidad cambiante, en que los programas se modelan a fin de satisfacer una cantidad de necesidades, iniciales y sobrevivientes; y la consiguiente reestructuración del esquema necesariamente implica una cantidad de factores involucrados, como el nivel de recursos y posibles fuentes de financiación, el desarrollo de las instituciones que realizan el programa, la disponibilidad de servicios jurídicos y sociales e, inclusive, la filosofía personal de los administradores, sin dejar de mencionar como dato fundamental, el interés de las poblaciones a quienes se sirve. Existen tantas presiones, necesidades y demandas a satisfacer, que el diseño e implementación de los programas varía. Las prioridades son muchas y es imposible obtener todo.

Capítulo 7: Mediación Penal en Casos de Delitos Graves

7.1 Evaluación de la Mediación Víctima-Victimario hacia Casos del Homicidio y otras Ofensas Criminales Violentas

La mayoría de los programas de mediación víctima-victimario trabajan solamente con hechos cometidos por jóvenes cuando, además, se trata de acciones no violentas, especialmente delitos contra la propiedad. Sin embargo, se han hecho ensayos sobre la aplicabilidad de la mediación en materia penal en casos de crímenes severos y violentos, inclusive de homicidio. De este modo, se comienza a observar que la confrontación con el ofensor en un ambiente seguro y controlado, con la ayuda de una mediación, devuelve a la víctima su desaparecido sentido de estar a salvo y tener el control de su propia vida. De ahí que, cada vez más programas, adviertan que un encuentro cara a cara puede ser invaluable hasta en los crímenes más horribles, por lo cual están ampliando su visión para incluir la mediación de casos cuidadosamente seleccionados de crímenes serios y crímenes cometidos por adultos.

7.2 Características Específicas de los Casos de Ofensas Criminales Violentas

Las causas de homicidio y otras ofensas criminales violentas tienen ciertas características distintivas:

- intensidad emocional.
- Extrema necesidad de una actitud que no implique juzgamiento.
- Mayor preparación del caso por parte del mediador (6 a 18 meses).
- Múltiples entrevistas o reuniones con las partes por separado previas a la sesión conjunta.

- Negociación con los oficiales del instituto penal de detención a fin de asegurar acceso al interno y poder llevar a cabo la mediación en la prisión.
- Adiestramiento de los participantes en la comunicación de sentimientos intensos.
- Clarificación de los límites del procedimiento (mediación versus terapias).

7.3 Selección de los Casos

Indudablemente, no se recomienda el procedimiento de mediación para todos los casos de pérdidas violentas y catastróficas; quizás, ni siquiera para la mayor parte de las víctimas y autores. Deben evaluarse con cuidado los casos a fin de dilucidar si se adaptan a la mediación.

7.4 Conocimientos Especializados que se requieren en el Mediador en Casos de Delitos Violentos

Tanto desde la perspectiva de la víctima como del victimario, para manejar estos casos se requieren en el mediador conocimientos más especializados que los habituales, que de por sí en la mediación penal son ya específicos.

7.5 Condiciones del Mediador en relación a la Víctima

- Comprensión de la experiencia de victimización y sus estadios.
- Destreza para tratar el dolor y la pérdida (propia y de los demás).
- Entendimiento de las tensiones, sentir o estrés postraumático y de sus efectos.
- Habilidad para colaborar con los psicoterapeutas.

7.6 Condiciones del Mediador en relación al Victimario

- Conocimiento del sistema de justicia criminal y correccional.
- Comprensión de la experiencia del ofensor y del prisionero.
- Aptitud para relacionarse con perpetradores de crímenes horribles de un modo que no implique juzgamiento.
- Habilidad para negociar con oficiales de alto nivel del sistema carcelario para lograr acceso al ofensor.

Capítulo 8: La Mediación Penal en el Derecho Comparado

Para ilustrar la importancia del tema en la realidad actual, realizaremos una breve reseña de lo que está ocurriendo en el mundo.

Canadá:

El primer antecedente que obtuvo la solución innovadora (caso “Elmira”) ocurrió en 1974 cuando dos jóvenes drogados anduvieron por las calles del pueblo pequeño de Kitchener, Ontario, habiendo destrozado 22 automóviles en forma irracional (parabrisas, gomas, espejos, radiadores, faros). No se trataba de un hecho habitual en el lugar y los ciudadanos estaban indignados. Los jóvenes no tenían antecedentes de este tipo de conductas y el oficial de libertad condicional asignado, que había sido voluntario menonita, pensó que lo que necesitaban no era castigo, sino asumir responsabilidades. Hizo una recomendación absolutamente novedosa al juez, al afirmar que podía existir algún valor terapéutico en que estos jóvenes enfrentaran personalmente a las víctimas de sus numerosas transgresiones. Al principio el juez desechó la sugerencia por carecer de toda base legal. Pero al dictar sentencia ordenó que los jóvenes cumplieran con lo sugerido. Bajo la vigilancia del oficial, fueron a las casas y negocios de las 22 víctimas. Admitieron sus crímenes y trabajaron en lograr un acuerdo para restituir todas las pérdidas irrogadas a cada uno de los perjudicados. A los tres meses ya habían cumplido lo comprometido y la comunidad experimentó una sensación de participación responsable que el castigo no hubiera podido ofrecer.

Estados Unidos:

El sistema federal constitucional estadounidense facilita la incorporación de prácticas de mediación, pues el gobierno central solamente tiene algunas funciones especializadas en mate-

ria de administración de justicia criminal y cada Estado define el contenido de los delitos dentro de su territorio, tiene la responsabilidad de investigar y perseguir su comisión y también de castigar a los culpables. En consecuencia, los poderes locales pudieron ensayar alternativas y modos informales de combatir la criminalidad con participación de las autoridades policiales que dependen de los condados y las municipalidades, sin una ley que así lo dispusiera. Además la tradicional práctica estadounidense de justicia negociada previa al juicio a través del “plea bargaining” entre fiscalía y el abogado de la defensa permitió asimilar fácilmente figuras como la mediación penal. Aunque las raíces se pueden rastrear hacia atrás hasta 1960, existieron programas como el del Centro de Restitución de Minnesota de principios de los '70 que fue pionero en experimentar una comunicación directa entre la víctima y el ofensor, el sistema se adoptó en Estados Unidos en 1978 con el programa PACT (Prisoner and Community Together) organizado por la Iglesia Menonita en Indiana a semejanza del de Ontario, Canadá. Hacia principios de los '80, el juez Kramer inició un programa en las afueras de Boston, Massachussets, para ofrecer servicios de reconciliación víctima-victimario, en el cual el 80% de los casos se trataron de delitos cometidos por adultos. En 1983 un sheriff del Estado de Nueva York patrocinó un programa de este tipo en un condado rural. Para enero de 1985 se estableció un programa piloto de mediación juvenil en los tribunales de Connecticut y a los seis meses se implementó el sistema en todo el Estado, basado en los poderes de los jueces y sin necesidad de legislación específica. La tendencia creció tanto desde entonces que se estima que existen unos 400 programas de este tipo, lo cual evidencia el creciente interés en lograr la reconciliación entre ofensor y ofendido.

Para fines de 1995 veinticuatro Estados habían adoptado o estaban por adoptar códigos juveniles o procedimientos administrativos que incluyeran conceptos de justicia retributiva o una noción de equilibrio entre la seguridad de la comunidad, la rendición de cuentas y asunción de responsabilidades de los victimarios ante las víctimas, y la capacitación de los autores de actos criminales para retornar a la vida civil con elementos para realizar actividades legítimas luego de su liberación. Desde 1977, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha apoyado la formación y mejoramiento de programas juveniles retributivos, basado en investigaciones que demuestran que tales sistemas reducen la reincidencia. Promueve programas juveniles de justicia equilibrada y retributiva por los cuales el infractor contrae la obligación de devolver a la víctima y a la comunidad el estado de bienestar preexistente al hecho cometido. Como consecuencia de este proyecto, numerosas jurisdicciones de condado y diversos estados en todo el país se encuentran abocados a examinar los méritos de la justicia retributiva.

El programa más ambicioso y revolucionario se implementó en el Estado de Vermont. En 1994, tras una encuesta pública que indicaba una excesiva insatisfacción con el sistema de justicia criminal y que el público estaba dispuesto a aceptar respuestas más restauradoras y comunitarias al crimen no violento, el Departamento Correccional de Vermont se embarcó en una iniciativa abierta de justicia restitutiva. Demolió así el sistema correccional que tenía un siglo de existencia, basado en la opción de prisión o "probation". Se trabajó en identificar hasta un 50% de casos de "probation" que podían ser llevados ante unos paneles comunitarios en vistas a una reparación. Los paneles estaban compuestos de vecinos, ciudadanos voluntarios. En vez de la tradicional supervisión del cumplimiento de las condiciones de libertad, los autores de delitos contra la propiedad se derivan directamente al Panel Comunitario de Reparación ante quien deben comparecer. En diálogo con el ofensor, el panel determina una sanción restitutiva de base comunitaria, que muchas veces incluye mediación víctima-victimario, servicio ciudadano o una reunión con un grupo de víctimas. El Departamento está instando a que las víctimas participen en el panel. No hay en vigor otro programa que represente un cambio estructural tan grande, pues éste tiene la particularidad de elevar el papel de los voluntarios de la comunidad y de las víctimas de crímenes, a fin de que participen en el proceso de hacer que los ofensores asuman sus responsabilidades ante la comunidad que violentaron. En 1994 la American Bar Association (Asociación de Abogados de Estados Unidos) apoyó los programas de diálogo víctima-victimario y recomendó que este tipo de programas se incorporaran a los sistemas judiciales federales, estatales y locales. Inclusive las organizaciones que agrupan a las víctimas, que eran hostiles a este tipo de tratamiento del crimen, se están adhiriendo al sistema y llaman a la acción efectiva en materia de justicia restitutiva, auspiciando programas y entrenamientos. En general estos planes de mediación se desarrollan en forma conjunta o conectada con los tribunales. Están dirigidos hacia las causas en que los infractores han incurrido en delitos menores, preferentemente aquellos en los que no se ha ejercido violencia, no se relacionan con un acoso sexual ni se encuentran involucrados problemas de drogas; con frecuencia se trata de robos, hurtos, tipo de crímenes en los cuales nadie resultó dañado o no hay lesiones personales como consecuencia de la comisión del delito. Excepcionalmente, se dirigen a casos de criminales homicidas o violentos, autores de violación, etcétera. En programas vecinales se manejan cuestiones de menor cuantía y también disputas no violentas o causas de delitos menores derivadas por un tribunal. En primer lugar el tribunal constata que se trate de un caso adecuado. Se parte de la noción que lo que la gente desea no es que se castigue o se encarcele a alguien, sino que se resuelva su problema; y lo logran en un centro vecinal, con alto grado de satisfacción.

Francia:

Con el espíritu que impulsa a este país a seguir disposiciones internacionales como las reglas de Beijing y recomendaciones del consejo de Europa y asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por la ley del 4 de enero de 1993 que reformó el procedimiento penal, el legislador francés introdujo una norma que permite a los magistrados proponer la realización de una medida de reparación a cargo de los menores autores de alguna infracción. Además, incorporó simultáneamente una disposición suplementaria que prevé que, en base al principio de oportunidad y antes de tomar la decisión sobre la prosecución de la acción pública, el Procurador de la Republica puede recurrir a una mediación siempre que cuente con el acuerdo de las partes y considere que tal procedimiento es susceptible de asegurar la reparación de los daños causados a la víctima poniendo fin a los efectos de la infracción y de contribuir a la reinserción social del menor. Desde antiguo ha regido en Francia el principio de oportunidad y, antes de esta ley, la mediación penal constituía una prioridad de los programas de prevención de la delincuencia y se llevaba a cabo pro mandato y con control judicial. Las actuaciones de mediación pueden desarrollarse en las alcaldías, en las casas de justicia donde existen, o en servicios de mediación que preexisten a la legislación específica.

En ciertos casos, el juez toma la tarea del mediador como una forma de completar el expediente, homologando el acuerdo, en lugar de investigar y evaluar los elementos probatorios sobre los hechos y lo que ha sucedido entre víctima y victimario. En otros, la sentencia versará sobre lo mas aceptable para la víctima y el victimario según el convenio firmado, y en su caso, las penas serán lenitivas o no se pronunciarán. Si la mediación fracasa, por falta de acuerdo o deserción de una de las partes, se informa a la Fiscalía sin mayores explicaciones y el juez encontrará esta información en el legajo.

Austria:

Como fórmula para propiciar la compensación a las víctimas, algunos programas negocian con determinados bancos la concesión de créditos a bajo interés, para que los jóvenes infractores puedan cubrir indemnizaciones previamente acordadas en la mediación. Las mismas pautas pueden aplicarse también en caso de adultos. A veces, el propio programa posee un pequeño fondo subvencionado por el Estado, a estos fines. Concedido el préstamo, el infractor lo va devolviendo en determinados plazos. Las entidades de mediación reciben subvenciones del Estado. Una parte de las subvenciones llega procedente de las multas impuestas y pagadas por aquellos que fueron sancionados. En algunos casos, esto permite habilitar préstamos que con posterioridad el infractor debe ir devolviendo de acuerdo con los plazos establecidos.

Noruega:

En Noruega, el antiguo modelo austriaco de resolución de conflictos se aplica generalmente a jóvenes de 14-15 años, para evitar respuestas penales. La mediación con la víctima es una de las formas de resolución de conflictos que en la actualidad se ha extendido hasta autores de 25 años de edad.

Suiza:

En Suiza pueden suspenderse las penas privativas de la libertad de hasta 18 meses, únicamente en el supuesto en que el condenado haya hecho la reparación.

España:

Lo que busca la mediación penal aplicada a menores es el proceso de responsabilización que es uno de los determinantes del cumplimiento de los acuerdos de mediación. Ya no la responsabilización por el “deber ser” sino una buena aceptación de la norma externa, que el menor ya quebró. Este fenómeno de responsabilización significa el encuentro con la víctima, el reconocimiento del daño no por el daño mismo, sino por lo que le implica la víctima en tanto ser humano. Si el mediador logra revertir el sentimiento de venganza por una actitud positiva por parte de la víctima, también reparadora, la mediación prospera. El proceso de mediación tiene como finalidad que el infractor y la víctima puedan llegar a acuerdos a fin de solucionar el conflicto creado como consecuencia de una transgresión penal. El mediador tiene como primer objetivo la valoración de la viabilidad del caso. Esto comporta una explotación previa que permita saber si se dan las condiciones necesarias para iniciar un programa de mediación y reparación. Dentro de estos programas, está establecido que la función del mediador no es resolver el conflicto, sino conducir el proceso. Debe procurar que haya participación de las partes. El mediador es un elemento activo, que no solamente informa y observa, sino que prepara a los involucrados para el encuentro. Contiene la crisis inicial, trabajando con los sentimientos y las fantasías negativas vividas, como consecuencia del delito, para ayudar a las partes a rescatar lo que tienen de positivo a fin de solucionar el conflicto y llevarlo a la mesa de negociación el día del encuentro.

Nicaragua:

El proyecto de Código de niños y adolescentes presentado ante la Asamblea Nacional de Nicaragua establece una serie de disposiciones para garantizar la protección integral que merecen los niños, niñas y adolescentes, de su familia, la sociedad y el Estado. Son principios rectores

de la justicia penal del adolescente, aplicarse a quien entre los 13 y los 18 años cometa un hecho punible según las leyes penales, el interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto a sus derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción en su familia y en la sociedad y las garantías del debido proceso, lo mismo que la protección de los derechos e intereses de las víctimas u ofendidos del delito. Entre las normas proyectadas se incluye la conciliación como modo de extinción de la acción penal, siempre que se cumplan los acuerdos o diligencias en ellas establecidas. La conciliación constituye un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, con el objeto de lograr un acuerdo para la reparación, restitución o pago del daño causado por el adolescente. Procede de oficio, a instancia del acusado o a petición del ofendido, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del adolescente, sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del acusado. Se lleva a cabo ante el juez penal del adolescente, quien invitará a las partes, previamente asesoradas, a un acuerdo. A la audiencia pueden asistir los padres, tutores, persona a cargo y/o representantes legales del adolescente, lo mismo que el representante de la Procuraduría General de Justicia y la instancia administrativa correspondiente. Presentes los participantes, el juez deberá instruirlos sobre el objeto de la diligencia e instará a las partes a conciliarse y buscar un arreglo al conflicto planteado. Luego escuchará las propuestas del adolescente y del ofendido. Si se llega a un acuerdo y el juez penal del adolescente lo aprueba, las partes firman el acta de conciliación; de no haberlo, se continuará con la tramitación del proceso. En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, el plazo para su cumplimiento y el deber de informar al juez penal del adolescente sobre el cumplimiento de lo pactado. El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a obligaciones, continuará el procedimiento. Si cumple, el Juez dictará la resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive.

República Dominicana:

Recientemente ha sido incorporada en el Código Procesal Penal: en la sección 3, relativa a la conciliación:

Art. 37. Procedencia. Procede la conciliación para los hechos punibles siguientes:

1. Contravenciones;
2. Infracciones de acción privada;
3. Infracción de acción pública a instancia privada;
4. Homicidio culposo;
5. Infracciones que admiten el perdón condicional de la pena.

En las infracciones de acción pública la conciliación procede en cualquier momento previo a que se ordene la apertura del juicio, En las infracciones de acción privada, en cualquier estado de causa. En los casos de acción privada, el ministerio público debe desestimar la conciliación e iniciar o continuar la acción cuando tenga fundados motivos para considerar que alguno de los intervinientes ha actuado bajo coacción o amenaza.

Art. 38. Mediación. El ministerio público, para facilitar el acuerdo de las partes, puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas en mediación, o sugerir a los interesados que designen una. Los mediadores deben guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes. Si no se produce la conciliación, las manifestaciones de las partes deben permanecer secretas y carecen de valor probatorio. En los casos de violencia intrafamiliar y los que afecten a los niños, niñas y adolescentes, el ministerio público sólo puede procurar la conciliación cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales.

Art. 39. Efectos. Si se produce la conciliación se levanta acta que tiene fuerza ejecutoria. El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal. Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento continúa como si no se hubiera conciliado.

Capítulo 9: Experiencias de la Mediación Penal

9.1 Contenido de la Mediación Penal y Labor Desarrollada

La labor de los Centros de Mediación consiste en mediar entre el ofensor y el agraviado, para intentar que lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos.

9.2 Premisas de que parte la Mediación Penal

El sistema parte de algunas premisas, en primer lugar, que la pena y el castigo han demostrado ser ineficaces e ilegítimos. Se afirma que el castigo no ha demostrado ser disuasivo del delito, que la pena es ineficaz porque no consigue su objetivo, cuál es la reducción de la criminalidad: es corriente la aseveración de que el delito es un producto de muchas causas (condiciones sociales, familiares, socialización, estructuras de oportunidad, posición subordinada, etc), para luego aportar una única “solución” el castigo que no guarda relación con las causas apuntadas; que no se ha demostrado que la severidad en vez de la certeza o celeridad del castigo consiga modificar conductas, para presumir que, si no existiese la cárcel, existirían más delitos; que tomarse en serio estas proposiciones implica desvincular la relación entre delito y castigo, significa discutir seriamente estrategias de reducción del delito y reservar al castigo el papel simbólico de denuncia, que se cumple cuando se obliga a reparar el mal, en lugar de imponer otro mal.

MODULO VIII:

CONFLICTOS EN LA OFICINA JUDICIAL

AUTOR: FRANCISCO JÉREZ MENA

Capítulo I: Definición del Conflicto

I.1 Preámbulo

Las diferencias entre los hombres originadas por intereses encontrados se presenta como un estado patológico que vulnera la pacífica convivencia. Desde este punto de vista, el conflicto nace como un desvío social que requiere descubrimiento en las causas que lo motivan para proyectar desde allí el tratamiento de corrección.

Algunos autores advierten en el conflicto un enfrentamiento globalizado de sectores, donde todo es motivo de pretensiones y resistencias; de ganadores y perdedores. La búsqueda del vencimiento en las posiciones explica la irreductibilidad de las conductas, el éxito se concilia con los resultados queridos más que por los beneficios logrados. La idea de ganar de los participantes no implica que quienes intervengan no puedan tener intereses comunes, además de otros opuestos. Sólo en el conflicto puro los intereses de las partes son completamente opuestos.

Cabe señalar que el conflicto puede ser un serio problema en cualquier organización a tal punto de que puede lesionar verdaderamente el desempeño de una organización, en nuestro caso, puede erosionar y mitigar el rendimiento de los despachos judiciales. Sin embargo como se explicará más adelante no todos los conflictos son malos. El conflicto tiende a bifurcarse, esto es, a tener un lado positivo y un lado negativo.

Luego de este preámbulo, es preciso que definamos lo que es el conflicto. El experto Stephe Robbins define el conflicto “como todo tipo de oposición o de interacción antagónica. Se basa en la falta de poder, de recursos o de posición social y en sistemas de valores diferentes”.

Otros autores han definido el conflicto como un “desacuerdo sobre la asignación de recursos escasos o choques en cuanto a metas, valores, percepciones o personalidades”.

Por otra parte hay quienes entienden los conflictos “como la situación donde dos o más adversarios o grupos humanos, vinculados en una misma relación social tienen intereses y criterios distintos.

Todo universo de recursos humanos con que cuenta el poder judicial tienen metas, valores, percepciones y personalidades diferentes lo que no excluye que al interior de los tribunales puedan surgir conflictos a consecuencias de estas diferencias de intereses y de criterios, lo que hace necesario buscar medios alternativos que nos permitan convertir esos conflictos en una posibilidad de trascender individual y colectivamente, todo ello en obsequio de un mejor desempeño en la difícil labor que tenemos por delante todos los días.

Como hemos visto, no han faltado definiciones de lo que es el conflicto pero a pesar de los significados divergentes que ha adquirido el término, varios signos comunes están latentes en todas las definiciones que precedentemente han sido expuestas; como son: a título de ejemplo, la oposición o incompatibilidad y algunas formas de interacción. Estos factores fijan las condiciones que determinan el punto inicial del proceso del conflicto.

Es importante señalar que las partes involucradas deben percibir el conflicto; el hecho de que exista o no un conflicto es un tema de percepción. Si nadie está consciente del conflicto, entonces hay consenso de que no existe conflicto. De ahí que finalmente podamos definir el conflicto, “como un proceso que comienza cuando una parte percibe que otra parte la ha afectado en forma negativa, o está por afectarla en forma negativa, en algo que la primera parte estima. Esta definición describe el momento en alguna actividad continua en que se atraviesa una interacción para convertirse en un conflicto entre las partes. Si se lee detenidamente observaremos que la referida definición abarca la amplia gama de conflictos que las personas experimentan en nuestro centro de trabajo – incompatibilidades de metas, diferencias sobre interpretación de los hechos en un caso determinado, desacuerdos con base en expectativas del comportamiento y cosas semejantes. Esta definición muestra además toda la gama de niveles de conflictos, desde actos abiertos y violentos hasta formas sutiles de desacuerdos.

1.2 Diferentes Escuelas de Pensamiento acerca del Conflicto

Existen tres escuelas de pensamiento que explican el papel que el conflicto representa en los grupos y en las organizaciones:

1.2.1 La Escuela Tradicional

Cuyo criterio fundamental es que todos los conflictos son dañinos y por tanto deben evitarse.

1.2.2 La Escuela de las Relaciones Humanas

Sustenta su postulado diciendo que el conflicto es un resultado natural e inevitable de cualquier grupo y que no necesariamente tiene que ser malo, sino que, más bien, tiene el potencial para ser una fuerza positiva que determine el desempeño del grupo.

1.2.3 La Escuela Interaccionista

Cuyo postulado esencial, es que el conflicto no sólo puede ser una fuerza positiva en un grupo, sino que plantea de manera explícita que cierto conflicto es absolutamente necesario para que un grupo se desempeñe con eficacia.

En síntesis, la escuela tradicionalista, ciertamente ofrece un enfoque sencillo para observar el comportamiento de las personas que crean conflictos. Puesto que se debe evitar todo conflicto, simplemente necesitamos dirigir nuestra atención a las causas del conflicto y corregir este mal funcionamiento a fin de mejorar el desempeño del grupo.

Del simple análisis del postulado de la escuela de las relaciones humanas, se revela que ésta daba por establecido que el conflicto era un hecho natural en todos los grupos y organizaciones. Siendo inevitable el conflicto, dicha escuela abogaba por la aceptación del conflicto.

Racionalizaban su existencia: no se le puede eliminar, e incluso hay ocasiones en que el conflicto puede ser benéfico para el desempeño de un grupo.

El punto de vista interaccionista estimula el conflicto sobre la base de que un grupo armonioso, apacible, tranquilo y cooperador está propenso a volverse estático, apático y sin capacidad de respuesta a las necesidades de cambio y de innovación.

Por lo tanto, la contribución principal del punto de vista interaccionista consiste en alentar a los líderes de grupo a mantener un nivel mínimo y continuo de conflicto – lo suficiente para mantener al grupo viable, con autocrítica y creador. Pienso que esta es la escuela que hay que adoptar en los despachos judiciales para estimular a los empleados a que expresen sus creencias y opiniones personales y cuestionen abiertamente y comuniquen el desacuerdo con las ideas de otros compañeros de trabajo, este conflicto puede mantener los empleados autocríticos y creativos, y es probable que pueda determinar un mejoramiento en su desempeño, al identificar un conflicto de valores compartidos y puedan escoger las palabras que mejor reflejen esos valores.

1.3 El Conflicto Funcional en comparación con el Disfuncional

Como dijimos precedentemente, es inapropiado considerar que el conflicto es enteramente bueno o enteramente malo. De ahí que un conflicto sea bueno o malo dependerá del tipo de conflicto.

Lo que nos impone diferenciar entre el llamado conflicto funcional y el disfuncional.

1.3.1 Conflicto Funcional

De entrada podemos, decir que este es un conflicto que apoya las metas del grupo y tiende a mejorar su desempeño, es una confrontación entre grupos que resulta positiva para el rendimiento de las labores de los juzgados; éstas son formas funcionales constructivas de conflictos.

1.3.2 Conflicto Disfuncional

Es cualquier confrontación o interacción entre grupos que perjudican a la organización o impiden que éstos alcancen sus objetivos, mitigando el rendimiento de la misma. Esta clase de conflictos se presentan cotidianamente en el juzgado, ya sea entre empleados o entre funcionarios.

Pueden manifestarse por problemas de personalidades, la falta de empatía, la falta de comunicación, y muchas veces está presente el elemento ganar/perder. Este es una clase de conflicto nocivo dentro del juzgado el cual debe evitarse a toda costa, pues de fomentarse disminuiría el rendimiento de las labores de los juzgados lo que iría en detrimento de los usuarios del servicio.

I.4 Las Causas del Conflicto

Antes de pasar el capítulo II que trata sobre el proceso del conflicto, es oportuno señalar algunas causas generadoras del conflicto.

- La Existencia de Intereses diferentes o Complementarios, y de posibilidades limitadas para su satisfacción.
- La toma de posiciones extremas.
- Interpretaciones erróneas.
- El hecho de tener en cuenta sólo un punto de vista o una forma de percibir el conflicto.
- Incapacidad para reconocer el hecho de no tener razón.
- Incapacidad para ponerse en el lugar de los demás.

Capítulo 2: El Proceso del Conflicto

Se puede considerar que el proceso del conflicto consta de 5 etapas:

1. Oposición o incompatibilidad potencial
2. Cognición y personificación
3. Intenciones
4. Comportamiento
5. Resultados

2.1 Etapa I: Oposición o Incompatibilidad Potencial.

El primer paso en el proceso del conflicto es la presencia de condiciones que generan oportunidades para que surja en conflicto. No necesitan llevar directamente al conflicto, pero al menos una de éstas condiciones es necesaria si el conflicto va emerger. Estas condiciones, las cuales, también, pudieran ser consideradas como causas de conflicto han sido sintetizada en tres categorías generales:

- 2.1.1 Comunicación
- 2.1.2 Estructura
- 2.1.3 Variables personales.

2.1.1 La Comunicación

Puede ocurrir en el juzgado esta situación: que el magistrado XX se dirija a la secretaria MM, para que realice el informe mensual del tribunal, la secretaria MM lo hace, pero luego el magistrado XX dice que lo hizo mal, la secretaria piensa que el magistrado quiere decir una cosa, pero ella entiende otra, ella dice que no pasa un día sin que él esté gritándole por algo y

agrega que con el magistrado NN se le facilita la comunicación, pero que con el magistrado XX es imposible. Esta situación revela que la comunicación puede ser una fuente de conflicto.

Representa aquellas fuerzas en oposición que emergen de dificultades semánticas, malentendidos y “ruido” en los canales de comunicación; uno de los grandes mitos que la mayoría de nosotros arrastra es que la falta de comunicación es la razón de los conflictos, se suele decir cotidianamente, “si sólo podríamos comunicarnos el uno con el otro, podríamos eliminar nuestras diferencias”. Tal conclusión no está fuera de razón, dada la cantidad de tiempo que cada uno de nosotros pasa comunicándose.

Pero, por supuesto, la falta de comunicación no es ciertamente la fuente de todos los conflictos aunque, existe una evidencia considerable que sugiere que los problemas en el proceso de comunicación actúen para retardar la colaboración y estimular las tergiversaciones. El potencial para el conflicto se incrementa cuando existe muy poca o demasiada comunicación.

Consideramos que los siguientes son obstáculos que impiden el logro de una comunicación efectiva:

- Creer que se sabe todo sobre el otro o sobre determinada situación.
- Sentir inseguridad y temor a ser rechazado.
- No tener claridad en los propósitos de las acciones.
- Emplear palabras ofensivas
- Asumir actitudes de indiferencia.
- Emplear el silencio evasivo.
- Plantear temas ajenos al que se esta tratando.
- Malinterpretar lo que dice el otro.

Algunos remedios que permiten superar estos obstáculos.

- Aceptar que siempre hay algo que aprender.
- Escuchar atentamente y reconocer lo que el otro dice.
- Pedir a la otra parte que exprese detalladamente, en forma cuidadosa y clara, exactamente lo que quiere decir.
- Solicitar que se repitan las ideas si hay ambigüedad o incertidumbre.
- Lograr explicar su punto de vista antes que los otros, usted maximiza la posibilidad de iniciar un diálogo constructivo.
- Hablar con un propósito.

- Hacer buen uso del lenguaje.
- Asumir actitudes positivas frente al trabajo.
- Concentrarse en el tema que se está tratando.
- Antes de decir algo significativo se debe estar seguro de que se quiere comunicar o averiguar y del objetivo de dicha información.

Para concluir esta parte hay que destacar que la comunicación es la base de la prevención y resolución de conflictos. Ella incluye lo que decimos cuando hablamos con los demás, los mensajes que emitimos, el tono de voz, las expresiones faciales, y el lenguaje de nuestro cuerpo. También conlleva escuchar, hacer preguntas y tratar de entender como hacen las cosas desde la perspectiva de la otra persona. En definitiva hay que evitar lo que dijo Emerson: “me gritas tan fuerte en los oídos que no puedo oír lo que me dices”.

2.1.2 Estructura

Otra forma de resolver las disputas en los lugares de trabajo, en nuestro caso en los tribunales, consiste en modificar las variables estructurales, lo que supone cambiar la estructura de la organización. Estructura es algo relacionado con las relaciones estables entre los puestos de trabajo de una organización. Modificar la estructura de la organización para resolver un conflicto entre grupos supone realizar acciones como trasladar, cambiar, o nombrar un coordinador, enlace o intermediario que haga que los grupos se comuniquen entre sí. Ahora bien, cambiar la estructura de la organización no solo es útil para solucionar los conflictos entre grupos, sino que también los crea.

En lo que respecta a los tribunales colegiados, y por qué no, al personal de apoyo, se manifiestan conflictos o disputas basados en diferencias conocidas o desconocidas, de opiniones, percepciones e interpretaciones, y muchas veces conflictos de roles, que se revelan en la incongruencia total o parcial entre las expectativas recíprocas y la idea que ambas partes tienen sus propios roles. Más aún, y por qué no decirlo, se presentan a lo interno de los tribunales conflictos de poder, que se traducen como su nombre lo indica en la lucha por asegurarse poder; aquí las partes en pugna ignoran las decisiones del contrario, cuestionan su competencia y transgreden u obstaculizan las decisiones.

En estos casos el organismo superior tiene que recurrir para solucionar esos conflictos a la modificación de las variables estructurales, es decir, a trasladar o cambiar de una jurisdicción a

otra a los funcionarios fomentadores de éstos conflictos, pero como ya se dijo, estos cambios estructurales en ocasiones son fuentes de conflictos, pues si hay remoción de un funcionario, los que pretenden ascender a ocupar las vacantes que existan, se constituyen en un potencial de conflictos que muchas veces trascienden los límites de lo interno de los tribunales.

2.1.3 Variables Personales

Es probable que magistrados y empleados de los tribunales, hayan conocido a alguien que le fue antipático a primera vista; que siempre estén en desacuerdo con la mayoría de opiniones que exprese un compañero de labores, o que el sentido de su voz, una sonrisa forzada, su personalidad le molestaba.

Todos hemos conocido personas como éstas. Cuando uno tiene que trabajar con tales individuos, con frecuencia existe el potencial para el conflicto. Esta categoría de fuentes potenciales de conflictos, puede ser definida como la de los factores personales. Estos incluyen los sistemas de valores individuales de cada persona y las características de personalidad que tienen que ver con la idiosincrasia y con las diferencias individuales.

La evidencia indica que ciertos tipos de personalidad, por ejemplo, los individuos que son altamente autoritarios y dogmáticos, y lo que demuestran una baja autoestima, conducen al conflicto potencial. Puede ser incluido aquí el llamado sistema de valores divergentes, esto es, las diferencias de valores, tales como los prejuicios y desacuerdos en la interpretación de un hecho, o el derecho.

2.2 Etapa II: Cognición y Personalización

Como se señaló en la definición del conflicto, se requiere de la percepción. Por tanto una o más de las partes debe tener conocimiento de la existencia de condiciones antecedentes. Sin embargo, el hecho de que el conflicto sea percibido no significa que esté personalizado. Es a nivel de sentimientos, cuando dos individuos se involucran emocionalmente, que las partes experimentan ansiedad, tensión, frustración u hostilidad. Esta etapa es importante porque es donde los temas problemáticos tienden a definirse. Este es el momento en el proceso cuando las partes deciden de qué se trata el conflicto.

2.3 Etapa III: Intenciones

Las intenciones intervienen entre las percepciones y las emociones de la gente y en su comportamiento. Esas intenciones son decisiones para actuar de una forma dada en un episodio de conflicto.

Pueden identificarse cinco intenciones del manejo del conflicto, a saber:

- 2.3.1 Competencia
- 2.3.2 Colaboración
- 2.3.3 Evasión
- 2.3.4 Complacencia
- 2.3.5 Compromiso

2.3.1 Competencia

Cuando una persona busca satisfacer sus propios intereses, a pesar del impacto en las demás partes en el conflicto, esta persona está compitiendo, busca el éxito a expensas o excluyendo el éxito de los otros.

2.3.2 Colaboración

Una situación donde cada una de las partes en un conflicto desea satisfacer completamente los intereses de todas las partes. Aquí la intención de las partes es solucionar el problema aclarando las diferencias en lugar de reconciliar varios puntos de vistas. Se trata de encontrar una solución ganar/ganar, esta solución ve el conflicto como un escenario cooperativo, no competitivo.

2.3.3 Evasión

Una persona podría reconocer que un conflicto existe y que quiere retirarse de él o suprimirlo. Este es uno de los errores más comunes en el tratamiento de los conflictos, quien actúa así piensa que ignorando el conflicto, éste deja de existir, por el contrario el conflicto debe ser identificado para poder encontrarlo.

2.3.4 Complacencia

La voluntad de una parte en conflicto de colocar los intereses del oponente por encima de los suyos.

2.3.5 Compromiso

Una situación en la cual cada parte en un conflicto está dispuesta a renunciar a algo, no hay un ganador o perdedor claro. En su lugar, hay una voluntad de racionalizar el objeto de conflicto y aceptar una solución que proporcione una satisfacción incompleta a los intereses de ambas partes. La característica distintiva del compromiso, es que cada parte tiene el propósito de renunciar a algo.

2.4 Etapa IV: Comportamiento

En esta etapa es donde los conflictos se hacen visibles. La etapa de comportamiento incluye declaraciones, acciones y reacciones llevadas a cabo por las partes en conflicto. Estos comportamientos de conflictos por lo general son intentos francos de forzar la implantación de las intenciones de cada parte, pero tienen una calidad de estímulo que los separa de las intenciones. Es útil pensar en que la etapa cuatro es un proceso dinámico de interacciones, por ejemplo, alguien me plantea una exigencia y yo le respondo discutiéndola; usted me amenaza yo le devuelvo la amenaza y sucesivamente.

Hay conflictos caracterizados por forma de tensión sutiles, indirectas y muy controladas, como lo sería los desacuerdos menores o malos entendidos.

La intensidad del conflicto se agrava cuando el conflicto se vuelve muy destructivo, aniquilador por así decirlo, como serían, esfuerzo abierto para destruir a la otra parte, ataques físicos, amenazas y ultimátum y ataques verbales, estos conflictos casi siempre son disfuncionales.

Si un conflicto es disfuncional, ¿qué pueden hacer las partes para reducir su intensidad? O a la inversa ¿qué opciones existen si el conflicto es demasiado bajo y necesita ser incrementado? La respuesta nos conduce a las técnicas de administración del conflicto, que consiste en el uso de técnicas de solución y estímulos para alcanzar el nivel de conflicto deseado.

Técnica para la Administración del Conflicto.

- Solución del problema. Reunión cara a cara de las partes en conflictos, con el propósito de identificar el problema y resolverlo por medio de una discusión franca.
- Metas Superordinales. Creación de una meta compartida que no se puede lograr sin la cooperación de cada una de las partes en conflicto.
- Ampliación de Recursos. Cuando la escasez de un recurso ocasiona un conflicto – oportunidades de ascenso, espacio de oficina -, la ampliación del recurso puede crear una solución ganar/ganar.
- Evasión. Retiro o supresión del conflicto.
- Allanamiento. Minimizar las diferencias mientras se enfatizan los intereses comunes entre las partes en conflicto.
- Mando Autoritario. La administración utiliza su autoridad para resolver el conflicto y luego comunica sus deseos a las partes involucradas.
- Modificación de la Variable Humana. Uso de técnicas de cambios del comportamiento, como capacitación de relaciones humanas para modificar las actitudes y comportamientos que ocasionan el conflicto.
- Modificación de las Variables Estructurales. Cambio de la estructura formal de la organización y los patrones de interacción de las partes en conflicto por medio del rediseño de puestos, transferencias y otras medidas similares.

Técnica para la Estimulación del Conflicto.

- Comunicación. Uso de mensajes ambiguos o amenazadores para incrementar los niveles del conflicto.
- Incorporación de Personas Externas. Incorporar a empleados a un grupo cuyos antecedentes, valores, aptitudes o estilos administrativos son diferentes a los de los miembros actuales.
- Reestructuración de la Organización. Reacomodo de los grupos de trabajo, modificación de las reglas y reglamentos, aumento de la interdependencia y promoción de cambios estructurales similares para destruir el status quo.

2.5 Etapa V: Resultados

La interacción acción-reacción entre las partes en conflictos tiene consecuencia. Estas consecuencias podrían ser funcionales en el sentido de que el conflicto dé como resultado un incremento en el desempeño del grupo o disfuncionales si obstaculiza el desempeño.

2.5.1 Resultados Funcionales

El conflicto es constructivo y por ende funcional cuando mejora la calidad de las decisiones, estimula la creatividad y la innovación, alienta el Interés y la curiosidad entre los miembros del grupo, proporciona el medio a través del cual puede exponerse los problemas y liberarse las tensiones y nutre un ambiente de autovaloración y cambio. El conflicto puede mejorar las tomas de decisiones al permitir que todos los puntos, particularmente los que son inusuales o defendido por una minoría puedan ser sopesados en decisiones importantes.

El conflicto desafía el statu quo, y, por tanto, fomenta la generación de nuevas ideas, promueve la reevaluación de metas y actividades del grupo e incrementa la probabilidad de que el grupo responda al cambio.

2.5.2 Resultados Disfuncionales

Por lo general son bien conocidas las consecuencias destructivas del conflicto sobre el desempeño de un grupo u organización.

Entre las consecuencias más indeseables de los conflictos disfuncionales están el retraso de la comunicación, la reducción en la cohesión del grupo y la subordinación de las metas de grupo a la prioridad de la lucha interna entre los miembros.

Capítulo 3: Control de Conflictos

3.1 Control de los Conflictos mediante la Negociación

Las personas de todas ocupaciones van a afirmar que los aspectos más incómodos y que generan tensiones en el lugar de trabajo residen en los conflictos interpersonales que experimentan de manera cotidiana entre sí, y con sus compañeros o superiores inmediatos. Ha habido una lamentable ausencia de mecanismos efectivos para reducir, abordar o eliminar conflictos en el lugar de trabajo. Se estableció precedentemente, que los conflictos son inevitables, por lo tanto las organizaciones deben trazar planes al respecto, y desarrollar estrategias de resolución de conflicto.

Muchas personas carecen de las habilidades personales de negociación y comunicación para hacer con éxito a otros contendientes con sus percepciones de los problemas, generar una discusión útil, examinar las opciones y efectuar negociaciones.

La forma habitual de solución de conflicto en nuestra organización, es la sanción, ya sea esta admonitoria o en el caso más grave la separación definitiva del cargo, estas sanciones son aplicadas porque a veces, formas sutiles de conflictos pasan al dominio de la autoridad sancionadora. Pienso que en el juzgado, o lo que es lo mismo, en nuestros tribunales, se puede practicar un pequeño esfuerzo de negociación en la fase del proceso del conflicto, antes de que ésta pueda llegar a la fase de acción disciplinaria, pues con ello se puede contribuir notablemente a alcanzar la paz y un efectivo desempeño en el lugar del trabajo.

Hemos dicho precedentemente, que gran parte de los conflictos que experimentamos surgen de la forma en que comunicamos nuestros anhelos, necesidades y valores a los demás. En ocasiones nos comunicamos con claridad pero las otras personas tienen diferentes necesidades.

Pero en otras nos comunicamos mal y el conflicto surge porque los demás nos malinterpretan. Las autoridades superiores pueden usar el dominio y el poder que les delega la normativa disciplinaria para manejar los conflictos entre los funcionarios y empleados de los tribunales. Sin embargo, la negociación nos puede ayudar a manejar conflictos de todo tipo, de manera más efectiva y satisfactoria para las partes. La negociación es un proceso en el cual interactúan dos partes, por medios de diversos canales de comunicación, para resolver un conflicto en forma conjunta.

3.2. Lo Negociable y el Proceso de Negociación

La vida cotidiana nos ofrece innumerables ejemplos de negociaciones. Cuando establecemos o hacemos parte de un determinado contexto social en la permanente necesidad de satisfacer intereses, estamos en la obligación de negociar. Así vemos, que negociamos con los amigos en cuanto a las actividades recreativas que negociamos, se negocia en el trabajo con los compañeros de labor, sobre las condiciones generales de trabajo, las satisfacciones frente al desempeño y la orientación misma de institución.

Todas estas situaciones de negociaciones podemos definir las en tres características esenciales:

- Existe un conflicto de intereses entre dos partes o más, es decir, lo que una quiere no siempre es lo que quiere la otra.
- bien no existe una serie fija establecida de reglas o procedimientos para resolver el conflicto, o bien las partes prefieren trabajar ajenas a las series de reglas y procedimientos para inventar su propia solución al conflicto.
- Las partes, cuando menos por momento, prefieren buscar un arreglo que luchar abiertamente, que una de las partes capitule, acabar con el conflicto de forma permanente o llevar la disputa a una autoridad superior para que ésta resuelva.

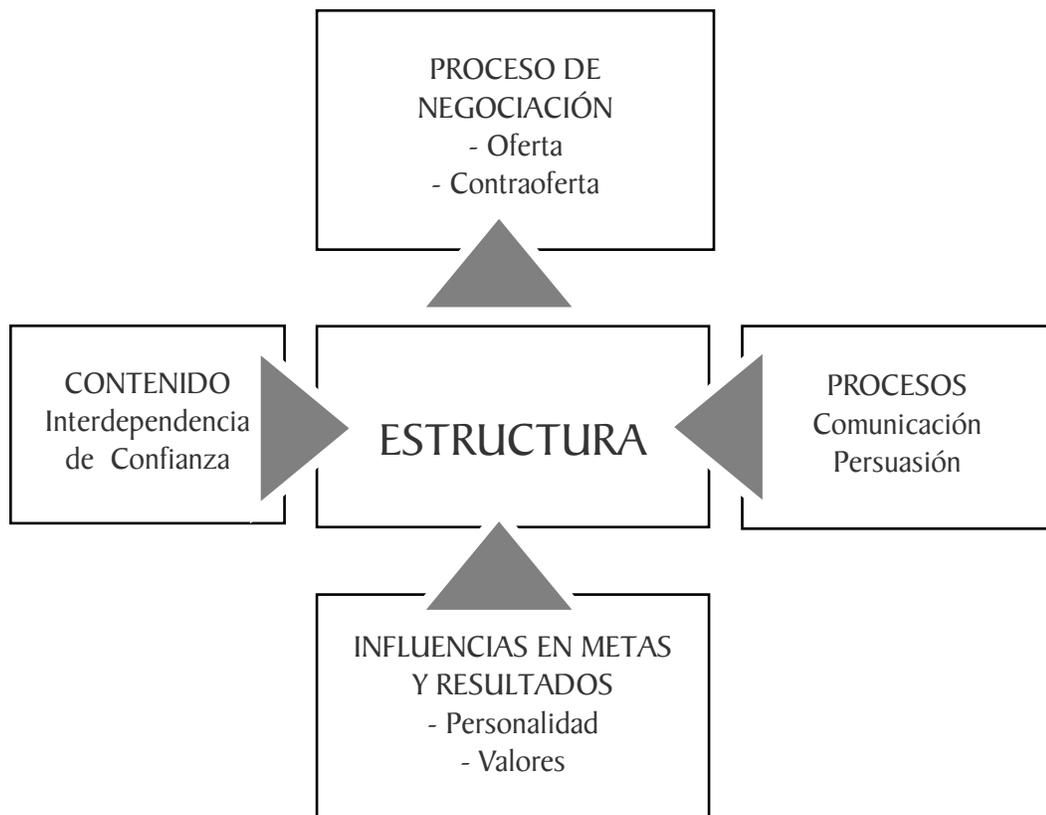
El verdadero proceso de negociación – la serie de ofertas y contraofertas que pueden considerarse el fondo de la negociación – depende de:

- Que una de las partes considere que sus intereses dependen de la otra (independientemente de que así sea o en realidad);
- El grado de confianza o desconfianza que tengan las partes.
- La capacidad de una parte para comunicar con claridad y convencer o coaccionar a la otra que acepte su punto de vista.

- Las personalidades y las idiosincrasias de las personas involucradas de hechos.
- Las metas y los intereses de las partes.

La negociación representa un complejo proceso de comunicación. La preparación es un punto clave para el negociador. Dicha preparación debe incluir un resumen de la historia de las sesiones anteriores de negociación y de los resultados negociados. El negociador arriesga mucho si actúa como si la historia no tuviera importancia para la otra parte.

Factores Importantes para la Negociación⁷²



Se han señalado dos tipos generales de proceso de negociación que difieren en cuanto a las perspectivas de su relativa estabilidad que son:

- Un proceso integrador que es aquel que tiene perspectiva promisoria para los avances de las dos partes. También es conocido como ganar/ganar este proceso se caracteriza por comunicaciones francas y con empatía.
- Proceso distributivo es aquel en el que una de las partes tiende a buscar el máximo de

⁷² Roy Lewicki y Joseph Litterer, *Negotiation and Negotiator: Reading, exercise and Case* (Homewood, III Ilwin, 1985.) Pag. 44.
Tomado del libro *Administración*. De James A. F. Stoner, Freeman y Daniel R. Gilbert Jr. Sexta edición. Pag. 592

ganancia y quiere imponer a la otra el máximo de pérdida. Este proceso se conoce también como ganar/perder. Estos procesos distributivos son procesos inestables y contenciosos que se pueden perpetuar para siempre.

Lineamiento para llevar Negociaciones

- Tener objetivos fijos y claros para cada punto de la negociación y entender el contexto en el cual se han establecido los objetivos.
- No apresurarse.
- Cuando existan dudas, hacer tiempo.
- Estar bien preparado con datos sólidos que apoyen los objetivos definidos de forma clara.
- Adoptar una posición flexible.
- Averiguar los motivos de lo que quiere la otra parte.
- No quedarse atorado. Si no se avanza en un punto dado pasar al siguiente, y volver a este más adelante. Crear fuerza para llegar a un acuerdo.
- Considerar la importancia de respetar la fachada de la otra parte.
- Saber escuchar.
- Crearse fama de justo, aunque firme.
- Controlar las emociones.
- Estar seguro, con todo paso dado en la negociación, que se conoce su relación con todos demás pasos.
- Medir cada paso comparándolo con sus objetivos.
- Prestar estrecha atención al texto de cada cláusula negociada.
- Recordar que la negociación es por naturaleza, un proceso para llegar a compromisos.
- Aprender a atender a las personas; quizás resulte rentable durante la negociación.
- Considerar el impacto que las negociaciones presentes tendrán en las futuras.

Capítulo 4: Inteligencia Emocional Aplicada al Manejo de Conflicto

Toda emoción es una llamada de atención. Se supone que lo mueve a uno para hacer una pregunta, aclarar las cosas, aprender y ampliar sus capacidades, actuar o adoptar una posición.

El enojo, por ejemplo, es en su esencia un combustible. Cuando lo sentimos queremos hacer algo, hablar, interceder, correr, afrontar o resolver algo. Pero lo que muchos hacemos con el enojo es amordazarlo, ahogarlo, enterrarlo, negarlo o no hacer caso de él. Hacemos de todo menos valorar y escuchar. El enojo es una voz interior que grita, suplica, obliga y demanda. Se debe respetar y actuar de conformidad no permitir que se convierta en cólera y hostilidad.

Si reaccionamos excesivamente al enfado o a cualquier otro sentimiento, nos estamos dejando llevar por el impulso. En ocasiones a fuerza de querer prescindir de las emociones en el trabajo nos hemos habituado a hacer caso omiso de nuestros sentimientos. En este caso el enojo sigue bullente, aumenta y al fin nos domina en el momento más inoportuno. Entonces estallamos, por cualquier cosa baladí.

Todos sentimos impulsos emocionales, inclusive irritación y frustración. En muchas situaciones estos son valiosos aguijonazos. Otras veces, especialmente cuando estamos tensos o cansados es preciso manejar bien la energía emocional y el impulso de hablar o actuar en forma inapropiada, detectando sus primeros brotes para encausar nuestra reacción en una dirección constructiva.

Cuando manejamos los impulsos, logramos una conexión más clara con las verdaderas razones de nuestro enfado y vigilamos más de cerca nuestros niveles de energía y tensión para poder hacer frente a los retos y las dificultades.

Es evidente que la impulsividad habitual dificulta las relaciones de confianza y socava el rendimiento. Una señal de conocimiento emocional es, en efecto, la capacidad de superar la impulsividad y guiar apropiadamente su reacción a las emociones.

Tres Estrategias nos permiten manejar la Energía Emocional:

- Reconocer y sentir las emociones en lugar de negarlas o minimizarlas.
- Escuchar la información o retroinformación que la emoción le da.
- Guiar o canalizar la energía emocional hacia una respuesta constructiva apropiada.

La idea fundamental del conocimiento emocional es que las emociones limitantes son una llamada de alerta.

La voz de las emociones nos incita a:

- Escuchar.
- Aclarar
- Valorar
- Pararnos y avanzar.
- Aprender e innovar
- Considerar
- Recordar
- Simpatizar
- Cambiar y motivar.

Una vez que uno ha aprendido a reconocer su corazón, a ser emocionalmente honesto consigo mismo, a manejar su energía, a trascender la impulsabilidad y valorar la retroinformación emocional, está preparado para echar mano de la intuición y fiarse de ella como guía en su trabajo y su vida.

Capítulo 5: Trabajo en Equipo

Una de las formas que nos permitirán resolver los conflictos en nuestra organización es precisamente lograr que nuestros resultados sean el producto de una labor en equipo, pues ésto nos permitirá alcanzar un mejor desempeño en nuestras funciones

El trabajo en equipo es un proceso colectivo. No lo puede realizar una sola persona cuando varios individuos se reúnen para formar un grupo, cada cual aporta sus conocimientos personales, sus habilidades, sus ideales y sus motivaciones.

El concepto de trabajo en equipo exige aporte individual, estar informado y respeto mutuo; no se puede imponer por orden de una autoridad. Sólo se logra cuando el interés de los resultados del grupo se une a la confianza y el apoyo mutuos de los miembros del equipo.

No hay duda de que el líder del equipo carga con la responsabilidad final de su éxito. Los líderes interpretan de distintas maneras el mandato que reciben:

- Unos creen que deben ejercer autoridad para exigir obediencia.
- Otros piensan que un equipo contento, libre de conflicto será el más productivo.
- Algunos interpretan su papel en el sentido jerárquico de tramitar el flujo de mensajes y órdenes que vienen de arriba.

El comportamiento del líder en un grupo puede variar desde un control completo de la toma de decisiones por ese líder, aún control completo por parte del grupo y el líder contribuyendo con sus recursos como cualquier otro miembro del grupo.

5.1 Las Funciones del Líder de Equipo:

- Planifica, organiza y conduce reuniones eficaces (productivas en términos de resultados, tiempo, participación, etc.). para desarrollar el equipo y sus miembros.
- Asume la responsabilidad de mantener el equipo en agenda y en trabajo.
- Asume la responsabilidad final de equilibrar el proceso y el contenido de la reunión y de proteger de ataques tanto a las ideas como a los individuos.
- Ayuda a balancear la participación entre todos los miembros con el propósito de lograr dentro del equipo una situación de sinergia.

5.2 Características de un Equipo Efectivo

- Liderazgo Participativo: Los miembros del equipo comparten las funciones de responsabilidad y liderazgo.
- Propósito Común: Los miembros del equipo comprenden y comparten los mismos objetivos y metas.
- Comunicación Abierta: Existen líneas abiertas de comunicación entre todos los miembros del equipo. Todos se escuchan y participan.
- Confianza: Los miembros del equipo comparten sentimientos de confianza.
- Claridad de Roles: Los miembros del equipo tienen una idea clara de que, como y por qué las tareas son realizadas. Los roles de los miembros dan soporte a los esfuerzos del equipo.
- Conflicto: El conflicto es manejado de una manera positiva, ni suprimidos ni personalizado.
- Creatividad: Se fomenta la innovación, la creatividad, la competitividad y el riesgo.
- Planificación a Largo Plazo: La planificación está orientada hacia el futuro.
- Espíritu de Equipo: Se desarrolla un espíritu de equipo que permite apertura, soporte y disfrute.
- Identificación: Los miembros del equipo se identifican con sus equipos y son afectados por su éxito y fracaso.

MODULO IX:

EL ARBITRAJE

AUTOR: JULIO MANUEL CASTILLO PLATA

Capítulo I: El Arbitraje

I.1 Antecedentes Históricos

Desde tiempos muy remotos, la humanidad ha utilizado, aunque de forma rudimentaria en sus orígenes, la figura del arbitraje doméstico para dirimir los conflictos surgidos entre ciudadanos. Fue un instrumento de justicia privada que formaba parte de los griegos y persas, así como una técnica que el Derecho Romano insertó en los Pactos Pretorios de Compromiso y en el *Receptum Arbitri*.

La Biblia en Génesis y el Exodo se refiere al arbitraje: así Jacob dijo a Labán "...somete tus reclamaciones al juicio de tus hermanos y de los míos, y que ellos decidan entre tu y yo...".

Por su parte, la ley de las XII Tablas se refiere al arbitraje en las Tablas II y XII, y el Digesto Justiniano planteaba la obligatoriedad de los laudos.

En el derecho Español, y durante la época de los visigodos en España, se nota un adelanto en la organización judicial, debido al estatuto denominado fuero juzgo, obra atribuida a los padres de los concilios toledanos, según el cual, los jueces eran nombrados por el monarca y se le atribuye competencia de administrar justicia, otorgándole, además, a las partes la posibilidad de que eligieran jueces árbitros compromisarios. Así también, en el derecho aplicado por las colonias Españolas aparecía el arbitraje, sobre todo en las Ordenanzas Reales de Castilla, en la Novísima Recopilación y en la Recopilación de Indias.

Para la época del feudalismo, el arbitraje mantiene su vigencia, pues los señores, en aras de evitar enfrentarse en la corte con los detentadores del poder real, decidían someter sus controversias a un tribunal arbitral. Más adelante, y con la llegada de la Revolución Francesa se

le dio al arbitraje un giro no conocido anteriormente, al implementarse de manera forzosa y creando árbitros públicos seleccionados por la asamblea del pueblo, los que tenían competencia de fallar en única instancia, sin observación de reglas de procedimiento y sin costo.

Más recientemente, aparece una corriente contraria al arbitraje y defensora del poder judicial del Estado, cuyos partidarios resaltan una serie de consideraciones a favor de este último, entre las cuales destacan, no solamente la capacidad jurídica de los magistrados, sino también, su imparcialidad. Pese a semejante criterio, reconocen, bajo ciertas circunstancias, el statu legal del arbitraje.

Finalmente, y en lo referente al arbitraje doméstico, no hay dudas de que en los últimos tiempos, y gracias a los resultados fructíferos cosechados por varios países, entre los cuales hay que citar necesariamente a Estados Unidos de América, esta figura de resolución de controversias incrementa su aplicación, debido a una serie de factores, como son: la mora judicial, los costos de los procesos judiciales, los plazos excesivamente largos durante el procedimiento de juicio ante los tribunales estatales, entre otros.

En cuanto al arbitraje internacional, una de sus primeras manifestaciones la encontramos en Grecia y en Europa por la época medieval, pero por las características de éste, tanto de forma como de contenido, hoy se habla de que lo surgido allí se asemeja más a la mediación y, como muestra, se citan los casos resueltos por el papado y las Anfitionías Helénicas, esta última constituida como una federación de ciudades para dirimir asuntos de interés general en la citada Grecia.

No es sino hasta la edad media cristiana cuando surgen realmente convenios que tienen características propias del arbitraje, como son los suscritos entre Castilla y Navarra en el 1176, entre Bohemia y Hungría en 1272, Inglaterra y Francia en 1298, y entre Polonia y Prusia en 1410, gracias a la corriente cristiana preponderante en esos tiempos, lo que contrasta con los siglos siguientes, en que la noción de soberanía supuestamente era incompatible con el arbitraje, lo que condujo a que su utilización fuera escasa.

Pero con la llegada de la independencia de los Estados Unidos de América renace el arbitraje, pues como consecuencia de ese acontecimiento surgieron una serie de controversias con Gran Bretaña, entre las que hay que citar la frontera con Canadá, deudas y presas marítimas, para lo que se conformó una comisión mixta para resolver el conflicto mediante el llamado acuerdo

Jay_Treaties del 19 de Noviembre del 1794.

Posteriormente, de manera específica en el año 1872, se puede decir que llegó la época dorada del arbitraje, sirviendo de trampolín el famoso caso del Alabama, el cual trajo como consecuencia una tensión entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña, situación resuelta por medio de una sentencia arbitral de fecha 15 de diciembre de ese mismo año, por un tribunal compuesto por el presidente de la confederación Suiza, el Rey de Italia y el Emperador del Brasil, destacándose la decisión tanto por su gran contenido Diplomático como jurídico.

Esta pieza sirvió para que naciera en todo el mundo una corriente favorable a este tipo de solución de conflictos, lo que influyó en la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje en la Haya en 1899.

De la mano de un proceso de fortalecimiento institucional, tanto el arbitraje internacional como el doméstico se han constituido en herramientas de suma importancia a la hora de resolver los conflictos propios de la humanidad.

1.2 El Arbitraje en la República Dominicana

Se puede afirmar, de manera inequívoca que, el arbitraje en la República Dominicana era antes de la década de los años 80 un instrumento jurídico casi inaplicable, a pesar de que el Código de Procedimiento Civil lo contempla desde larga data.

Quizás atribuido a una serie de factores como son la falta de cultura de nuestros abogados por esta forma de solucionar las disputas, motivados por la falta de educación en ese sentido por parte de nuestros altos centros de estudios, lo que se traduce en un amor al pleito que no tiene fronteras; la ausencia de una legislación adecuada con el correr de los tiempos; ignorancia por parte de las personas que se dedicaban al comercio con relación a esta manera de solución de sus conflictos; apatía legislativa con relación a la aprobación de los convenios internacionales relativos al arbitraje; falta de una política del estado para crear las condiciones necesarias para impulsar una agresiva campaña de concientización hacia la clase comerciante sobre las ventajas de acudir al arbitraje, lo cual implicaría una reducción considerable de los casos que son sometidos a los tribunales del orden judicial.

No obstante el panorama sombrío transitado por nuestro país en materia de arbitraje hasta la época referida, en lo adelante comienzan a surgir inquietudes tendentes a la necesidad de crear

mecanismos alternativos de dirimir los conflictos propios de esta materia. En efecto, y producto de la ley 50-87 del 21 de mayo 1987 se crearon las Cámaras de Comercio y Producción, mediante la cual se le otorga la potestad de funcionar como órganos de solución de controversia por medio de los mecanismos de la conciliación y arbitraje. En ese sentido, y por medio del reglamento elaborado por las cámaras de Santo Domingo y Santiago se estableció de manera institucional la jurisdicción arbitral. Es la única muestra que el país puede exhibir sobre este particular.

1.3 Concepto de Arbitraje

La República Dominicana no tiene una ley especial sobre arbitraje. Por tanto, hay que recurrir al Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, y a la ley 50-87 que crea las Cámaras de Comercio y Producción. Estos textos constituyen el marco legal regulatorio del arbitraje.

Ninguna de esas normas ofrece una definición concreta del arbitraje.⁷³ Igual situación se presenta en muchos de los países de América Latina, los cuales, no obstante tener una ley específica sobre la materia, omiten lo relativo al concepto del arbitraje.

De las escasas legislaciones Hispanoamericanas que definen el arbitraje, tenemos el caso de Honduras, que por ley número 161-2000 sobre Conciliación y Arbitraje en su artículo 26 lo conceptualiza de la siguiente manera: “ El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, a través del cual las partes en conflicto difieren la solución del mismo a un tribunal arbitral”.

Otra definición la encontramos en el artículo 9 de la ley General de Arbitraje No. 26572, de Perú, el cual dispone que: “ El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial”.

Fuera del ámbito de América latina, tenemos el caso de España donde el artículo 1 de la ley No. 36 / 1988 sobre arbitraje establece que: “ Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a derecho.”

⁷³ El anteproyecto del nuevo código de procedimiento civil que cursa en el senado tampoco lo define. No obstante, al definir la cláusula compromisoria se acerca a lo que podría considerarse arbitraje.

Creación de la doctrina es la definición ofrecida por Patricio Aylwin Azocar⁷⁴ que entiende el arbitraje como: “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distinto de los establecidos permanentemente por el estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por tercero en determinadas ocasiones”.

Por último, la Enciclopedia jurídica Omeba lo considera de la siguiente manera: “Decisión dictada por uno o varios jueces particulares, elegidos por las partes, con arreglo a Derecho y al debido procedimiento, sobre una cuestión o cuestiones determinadas y dentro del término, establecidos en el compromiso arbitral.”.

I.4 Clasificación del Arbitraje

De acuerdo al origen:

- A. Voluntario: Se produce cuando las partes se someten espontáneamente al pacto arbitral o compromiso para solucionar una controversia presente o futura mediante el procedimiento seleccionado.
- B. Obligatorio o forzoso: es cuando viene ordenado por una disposición de tipo legal⁷⁵. Ejemplo de ello lo encontramos en el Código de Trabajo Dominicano vigente.

Según el criterio de cómo debe resolverse la diferencia surgida.

- A. De derecho: la cuestión sometida a uno o más árbitros debe ser fallada con apego a las leyes y con sujeción a las normas establecidas.
- B. De equidad o Amigables componedores: en este caso él o los árbitros proceden sin sujeción a formas legales y fallan de acuerdo a su entender o saber (ex aequo et bono).

De acuerdo a la constitución del tribunal arbitral

- A. Institucional: se trata de la existencia de un tribunal permanente con una lista de árbitros, de los cuales, las partes tienen la facultad de elegir los que consideren pertinentes a los fines de resolver el asunto⁷⁶.
- B. Ad-hoc: El tribunal es creado para ese solo caso, en el cual las partes deciden

⁷⁴ Citado por Tobal, Vinicio, El arbitraje Internacional.

⁷⁵ No existe unidad de criterio entre los entendidos en la materia en cuanto al hecho de si solo es forzoso por imperio de la ley o también por disposición contractual.

⁷⁶ Para el caso de la Rep. Dom. Podemos encontrar este tipo de tribunal en la cámara de comercio y producción de Santo Domingo y Santiago.

soberanamente las reglas de procedimiento, la selección de los árbitros, el lugar y sede del mismo.

Según las partes que intervienen:

- A. Privado: se discuten y solucionan controversias entre particulares o entidades de derecho privado.
- B. Público: se resuelven conflictos entre dos o más Estados.⁷⁷

I.5 Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Establecer la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje ha sido motivo para que la doctrina se divida en tres grandes corrientes, las cuales son las siguientes:

- A. El principio contractual: Consideran que el árbitro se comporta como un mandatario de las partes, pues su rol viene dado por la voluntad de éstas, careciendo en consecuencia la decisión evacuada por éste de las características de una sentencia.
- B. Carácter jurisdiccional del arbitraje: En oposición a la doctrina contractual, considera el arbitraje una especie de juicio, porque si bien es cierto que los árbitros reciben mandato de las partes para dirimir el conflicto, también es cierto que al ejercer dichas funciones la hacen de manera imparcial e independiente, sujetándose exclusivamente en el derecho o la equidad, con el fin único de que la solución sea el producto de lo justo.
- C. Carácter mixto: en esta tesis concurren aquellos doctrinarios que ven en el arbitraje aspectos propios de los contratos como también de lo jurisdiccional. Cuestionan la naturaleza de un juicio concreto y, además, no equiparan el laudo a la categoría de sentencia en franca contradicción con los abanderados de la tesis jurisdiccional; en cambio, no ofrecen con certera precisión cual es su razón para no compartir la tesis sostenida por la corriente contractual.⁷⁸

I.6 Carácter del Arbitraje

- A. Celeridad: Frente al congestionamiento de los tribunales del orden judicial, el arbitraje se erige como una herramienta de rápida respuesta al conflicto surgido o que se presente

⁷⁷ Esta división también se le conoce como doméstico para el primero de los casos e internacional para el segundo.

⁷⁸ No compartimos la tesis sostenida por la doctrina que considera al arbitraje una naturaleza contractual, y por el contrario nos adherimos a la que lo ubica como una verdadera jurisdicción de juicio, pues en el ejercicio de sus funciones, los árbitros deciden todas las cuestiones sometidas con apego únicamente al derecho o a su entender, dependiendo la clase del arbitraje, lo que lo sitúa en el mismo lugar de una jurisdicción estatal. Además, pese los árbitros no poseer el imperium y de la executio de los tribunales ordinarios, existen razones poderosas para considerar su naturaleza jurisdiccional.

en el futuro, pues las partes pueden establecer el tiempo máximo en el cual el laudo debe ser pronunciado, momento en el cual concluye el conflicto.

B. Especialización del Juzgador: las partes tienen la facultad de seleccionar árbitros especializados en la materia objeto de la controversia.

C. Ausencia de publicidad: los casos de arbitraje se dirimen sin que el caso llegue al conocimiento de la comunidad, como consecuencia de que no es necesario la publicidad de los actos de procedimiento.

D. Flexibilidad: opera en los casos de que se trate de un tribunal ad-hoc, ya que al procedimiento ser determinado por las partes, permite que sea adecuado al criterio de las partes.

E. Eficacia: en caso de falta de cumplimiento de la decisión que intervino, la misma puede ser objeto de ejecución forzosa, igual que si se tratara de una sentencia rendida por un tribunal judicial.

1.7 Asuntos No Objeto de Arbitraje

En materia de arbitraje existe un principio que establece: “todo lo transigible es arbitrable”. De manera tal, que en los casos en los cuales el objeto del litigio versa sobre cuestiones que no puedan ser objetos de transacción, éstas no podrán ser dirimidas por medio del arbitraje.

En ese sentido, tanto en nuestra legislación vigente, como en la gran mayoría de los países que han implementado el arbitraje como un instrumento de solución de controversia, especifican, aunque con ciertas variantes, los asuntos excluidos de arbitraje⁷⁹.

Un caso que parece interesante traer a colación es el de Costa Rica, donde en lugar de enumerar las cuestiones no sujetas a arbitraje, se prefirió fijar las condiciones necesarias para que un asunto sea arbitrable, las que según el artículo 18 de la ley que regula la materia en ese país, son las siguientes: A) que es arbitrable lo que tiene un carácter patrimonial, B) que tiene que ser disponible, y C) que se pueda extraer de la jurisdicción de los tribunales judiciales.

Para el caso de la República Dominicana, el artículo 1004 del Código de Procedimiento Civil enumera los casos que no pueden ser traducidos a la jurisdicción arbitral, entre los cuales cita: los dones y legados de alimentos, alojamiento y vestidos; asuntos relativos a separaciones marido y mujer, cuestiones sobre el estado personal; litigios donde esté envuelto el orden

⁷⁹ De manera extraña, el proyecto del nuevo código de procedimiento civil no se pronuncia sobre este aspecto.

público, el estado, los bienes de la nación, los municipios, establecimientos públicos, dones y legados en beneficio de los pobres; las que tengan que ver con tutelas, menores y sujetos de interdicción; lo relativo a personas que se presuman ausentes; y por último, a las que estén encomendadas a la defensa de un curador.

De la lectura de las normas legales que rigen el arbitraje en América Latina se colige, en síntesis, que los tribunales arbitrales son incompetentes en razón de la materia para conocer los casos siguientes:

- A. Asuntos que versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas.
- B. Los casos en que interviene el ministerio público, es decir, a la persecución de los delitos.
- C. Los litigios sobre los que han recaído sentencias firmes o irrevocables.

1.8 Aspecto Constitucional

Los antecedentes constitucionales del arbitraje en Centroamérica y el Caribe tienen su origen en la constitución de Bayona del 1808 y la de la monarquía Española de 1812, mejor conocida como la Constitución de Cádiz, las cuales constituyeron el marco regulatorio durante la dominación española.

La actual constitución de la República Dominicana no se pronuncia en cuanto al arbitraje, contrario a lo que ocurre en otros países de América Latina, donde existen textos con rango constitucional. Tal es el caso de Colombia, donde la Constitución Política del año 1991, en su artículo 116 estipula que: "... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

Lo propio sucede en Ecuador, que mediante la constitución política del 1998, al regular la competencia de juzgar, establece en su artículo 118 lo siguiente: " con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la constitución, las leyes y en los tratados internacionales. Sin perjuicio de la unidad de la función judicial ésta actuará en forma descentralizada. Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias".

El artículo 43 de la Constitución Política que rige a Costa Rica desde el 1949, consagra que: “ toda persona tiene derecho de determinar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”

Otras constituciones que en su contenido se refieren al arbitraje son las de El Salvador, Panamá y Venezuela.

Capítulo 2: La Cláusula Compromisoria

2.1 Concepto

Se denomina así, a la convención en virtud de la cual, las partes envueltas en un contrato deciden someter a arbitraje, de forma general o parcial, los conflictos que puedan sobrevenir durante la vigencia de la relación contractual.

2.2 Contenido

El contenido de la cláusula compromisoria está íntimamente ligado a la voluntad de las partes. Éstas pueden acordar para todos los problemas que nazcan, fruto de esa relación contractual, que su solución será sometida a la jurisdicción arbitral, o en cambio, tienen facultad de circunscribirse a determinado asunto.⁸⁰

La cláusula en modo alguno puede convenir sobre cuestiones que la ley declara no susceptibles de arbitraje.

Otro aspecto que las partes pueden incluir dentro del contenido de la cláusula compromisoria es la designación de los árbitros o amigables compondores.

2.3 Tiempo de Redacción

La cláusula compromisoria puede ser convenida en el momento mismo en que nace el contrato o, en caso contrario, posterior a la fecha de aquel, pero nunca cuando el conflicto ha nacido, pues en este caso se denomina “compromiso”, tal y como veremos más adelante.

⁸⁰ Existe especie de consenso al respecto entre las mayorías de las legislaciones de los países del área; para citar un ejemplo está el caso de Costa Rica, donde el artículo 23 de la ley No. 7727 que regula el arbitraje establece en su primera parte que: El acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como acuerdo autónomo o parte de un convenio.

2.4 La Forma

La legislación dominicana actual no contempla la cláusula compromisoria, limitándose a regular lo relativo al compromiso. No obstante, el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, cursante actualmente en las cámaras legislativas, sí prevé lo relativo a la cláusula compromisoria al disponer en su artículo 1505 que ésta deberá, a pena de nulidad, estipularse por escrito en la convención principal o en un documento adicional referido al primero.

En cambio, el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo contiene ambos métodos, es decir, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso, ya que al regular el procedimiento de las demandas que son incoadas a través de su centro de arbitraje, exige el depósito de uno u otro como condición de validez de la misma, lo que implica que su forma debe ser por escrito.

La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), pieza acogida por una gran cantidad de países como modelo al momento de crear la norma de arbitraje aplicable, establece que el acuerdo debe constar por escrito, entendiéndose por esto último, un documento firmado por ambas partes, intercambio de cartas, télex, telegramas, telefax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo.

2.5 Efectos

- A. Despoja a la jurisdicción ordinaria del conocimiento del caso frente a una eventual diferencia.
- B. En caso de demanda judicial de una de las partes, en franca violación a lo pactado, faculta al demandado a solicitar la excepción de incompetencia del indicado tribunal.
- C. En caso de negativa de uno de los contratantes de acudir al arbitraje, se puede solicitar judicialmente la suscripción del compromiso y, consecuentemente, la constitución del tribunal arbitral.

2.6 Extinción o Renuncia Tácita

La extinción opera de diferentes maneras. Cuando producto de una demanda judicial el demandado no plantea como medio de defensa la excepción de incompetencia, la cláusula compromisoria se reputa extinguida de manera tácita. Otro caso donde se presenta la extinción lo encontramos cuando, las partes, por medio de la cláusula, designan a los árbitros y éstos no

pudieren ejercer las funciones encomendadas, siempre y cuando se hubiere pactado en el sentido de que el referido nombramiento es una condición indispensable para la formación del eventual arbitraje.

Asimismo, cuando el contrato principal es rescindido, pronunciada su nulidad, o existe prescripción queda configurada la extinción.⁸¹

Ahora bien, no se puede interpretar que existe renuncia tácita cuando una parte envuelta en un litigio de carácter arbitral acude a la jurisdicción estatal a solicitar una medida conservatoria.

⁸¹ el anteproyecto del nuevo código de procedimiento civil hace la distinción entre éstos dos tipos de convenciones, señalando para el caso de cláusula compromisoria, que si está afectada de nulidad se considera como no escrita, sin entrar en mas consideraciones respecto a la extinción de la misma.

Capítulo 3: El Compromiso

3.1 Concepto

A juicio del jurista Lino Palacio, quien es árbitro internacional Argentino, el compromiso no es más que: “el convenio conforme al cual las partes especifican concretamente las cuestiones que se someten al arbitraje, designan los árbitros o amigables componedores y determinan, eventualmente, ciertos requisitos del proceso arbitral”.

El Código de Procedimiento Civil vigente, no define lo que es el compromiso. Para el proyecto de ley del nuevo Código de Procedimiento Civil es: “la convención por la cual las partes, en un litigio ya nacido, someten éste al arbitraje de una o varias personas”.

De la comparación de ambas definiciones, se puede apreciar que en la primera no aparece un elemento de notable significación como es el hecho de que el compromiso se utiliza en los casos en que el litigio ha surgido, rasgo que lo diferencia de la cláusula compromisoria, la cual es convenida antes de que se presente la disputa.

Otra definición, muy completa, la ofrece Enrico Redenti⁸² cuando lo considera: “como un acto compuesto mediante el cual una o más personas (partes) convienen en encomendar y encomiendan a una o más personas distintas (árbitros), quienes aceptan y asumen el encargo de decidir determinadas controversias surgidas entre las primeras partes, la cual implica que estas (las partes) excluyan con ello hacerlo decir por la autoridad judicial”.

Un elemento a destacar es que, en el campo del arbitraje comercial internacional, ésta distinción entre compromiso y cláusula compromisoria está siendo abandonada por la mayoría de las

⁸² Citado por Tobal, Vinicio; op. Cit.

legislaciones de Iberoamérica, influenciados por la llamada ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del año de 1985, en la cual se establece como denominación común para ambas figuras el concepto: convenio arbitral.

3.2 Contenido

A diferencia de lo que sucede con la cláusula compromisoria, en la cual, su contenido recae, casi exclusivamente, sobre el hecho de extraer del orden judicial las futuras controversias que puedan suscitarse durante la ejecución del contrato, la ley exige que en el compromiso sean respetadas ciertas formalidades. En ese tenor, el artículo 1006 del Código de Procedimiento Civil vigente en el país se limita a señalar como elementos del compromiso, a pena de nulidad, lo referente a la causa del litigio y los nombres de los árbitros.⁸³

Al igual que aquí, otras legislaciones Latinoamericanas han establecido reglas en cuanto al contenido del compromiso; tal es el caso de Argentina, donde el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación prescribe en el artículo 740 que el compromiso tiene que contener: fecha, nombre y domicilio de los otorgantes, nombre y domicilio de los árbitros, las cuestiones que serán sometidas al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias y, finalmente, la estipulación de una multa para la parte que dejare de cumplir los actos necesarios para la realización del compromiso, la cual será a favor de la parte contraria.

En Uruguay, y mediante la ley 15.982 sobre arbitraje, se estipula en el artículo 447 que: "... El compromiso deberá contener: 1) fecha de otorgamiento y nombre de los otorgantes; 2) nombres de los árbitros, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 480.4; 3) puntos sobre los cuales debe recaer el laudo. Si no hubiera acuerdo de partes sobre este particular, cada una de ellas propondrá sus puntos y todos ellos serán objeto de arbitraje; 4) Procedimiento del arbitraje, si nada se dijera sobre este particular, se estará a lo dispuesto en el artículo 490; 5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad; 6) Plazo para laudar.

Como se observa, aunque existen algunas diferencias entre las disposiciones legales antes citadas, en términos generales hay consenso en cuanto a lo relativo a los nombres de los

⁸³ Por su lado, el proyecto para el nuevo Código de Procedimiento Civil contempla que el compromiso debe determinar el objeto y ser redactado por escrito.

árbitros y el objeto de la controversia.

3.3 Tiempo

La doctrina está de acuerdo en que se puede suscribir el compromiso en cualquier momento, aún en el momento en que se encuentre apoderada una jurisdicción judicial⁸⁴.

Si bien es cierto que no existe disparidad de criterio en cuanto a lo antes referido, no sucede igual en el caso de que se pretenda someter a arbitraje un asunto que, ya previamente, ha recaído sentencia con el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada.

En Argentina la doctrina está dividida sobre el particular. Pues algunos entendidos en la materia sostienen la tesis de que es posible aún en ese caso. Sin embargo, otros autores opinan lo contrario, entre los que se encuentra el ya citado Lino Palacio quien afirma, para mostrar su desacuerdo, lo siguiente: “Estimamos que se trata de una solución errónea, pues el hecho de que la parte vencedora pueda renunciar al resultado favorable obtenido a través de aquellos actos, o regular nuevamente, de común acuerdo con el vencido, los términos de la relación o del estado jurídico sobre que versó el pronunciamiento, en tanto la institución de la cosa juzgada se halla orientada a preservar el orden y la paz y puede ser invocada de oficio. Está vedada a las partes la posibilidad de someter a decisión arbitral la cuestión anteriormente resuelta con el objeto de lograr el pronunciamiento de un nuevo laudo”. Nos inclinamos a favor de esta tesis, por entender que se ajusta a los más sanos ideales de justicia. Sobre este aspecto existe un vacío de tipo legal en nuestro país.

3.4 Forma

El compromiso siempre será hecho por medio de un documento escrito. En efecto, el artículo 1005 del Código de Procedimiento Civil así lo ordena: “El compromiso podrá hacerse por medio de una acta ante los árbitros elegidos o por instrumento ante notario o bajo firma privada”⁸⁵.

Anteriormente, había señalado que muchos de los países de Latinoamérica habían incorporado

⁸⁴ El proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil expresa en el artículo 1512 que: “ Las partes tienen facultad de comprometerse aún en el curso de una instancia ya iniciada ante otra jurisdicción ”.

⁸⁵ El proyecto para el nuevo Código de Procedimiento Civil se pronuncia en un sentido muy parecido.

a su legislación la ley modelo de la CNUDMI, lo que implica que hayan dejado de lado la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, limitándose a denominarle “convenio arbitral”. Además, no exigen formalidad alguna, salvo el hecho de que conste en un documento escrito por las partes o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de acudir a arbitraje.

Capítulo 4: Arbitros y Amigables Componedores

4.1 Designación

La práctica más común es que su designación se hace al momento de redactar el compromiso, ya que constituye una de las condiciones de validez de este acto. Sin embargo, nada obsta que su nombramiento sea hecho al momento de redactar la cláusula compromisoria⁸⁶.

En caso de que se produzca un empate con respecto a la decisión a intervenir, o sea, el laudo arbitral, el Código de Procedimiento Civil nuestro ordena que, los árbitros, siempre y cuando estén facultados, procederán a nombrar un tercero, debiendo hacerlo en la misma decisión que declara el empate. En caso contrario, o sea, que los árbitros no tengan facultad para el nombramiento, éstos darán constancia de esa situación en el acta que se levante al efecto, y el tercero propuesto será nombrado arbitro por el presidente del tribunal que corresponda ordenar la ejecución de la sentencia arbitral, a solicitud de la parte más diligente⁸⁷.

Para evitar la ocurrencia de incidentes como el antes referido, es que varias legislaciones han incorporado el mandato de que el tribunal esté constituido por números de miembros impares.

Veamos ahora, el procedimiento a utilizar para los casos en los cuales se apodera al Consejo de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo.

El consejo, que es quien maneja el aspecto administrativo de los arbitrajes, posee una lista de árbitros de carácter permanente; dentro de un plazo de 20 días a partir del momento de recibir la demanda, éste notificará, a cada parte, una lista idéntica de los nombres de los árbitros que podrían ejercer esas funciones. Posteriormente, y una vez recibida la selección de cada parte,

⁸⁶ El proyecto para el nuevo Código de Procedimiento Civil contempla que el compromiso deberá designar el o los árbitros, o prever las modalidades de su designación, todo a pena de nulidad del acto.

⁸⁷ Ver artículo 1017.

el consejo decidirá al azar cuál de ellos será el presidente del tribunal arbitral. En caso de que dentro del plazo que tienen las partes para seleccionar sus árbitros, que son 15 días, no lo hagan, el consejo dará por aprobados todos los nombres indicados en la lista. Cuando algún árbitro no pueda ejercer sus funciones, sea por cualquier causa, el bufete directivo del consejo podrá nombrar el sustituto, sin necesidad de someter nueva lista a las partes.

4.2 Requisitos

Con excepción del código de Trabajo, no existe en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana un texto legal que indique cuales son las condiciones necesarias para ser árbitro. El nombrado código, exige solamente que sean Dominicanos, mayor de edad y que sepan leer y escribir.

En el ámbito del derecho Argentino se requiere que la persona que ejerza las funciones de árbitro sea mayor de edad y que se encuentre en pleno ejercicio de los derechos civiles, aunque la doctrina entiende necesario el saber leer y escribir por tratarse de un asunto de simple lógica. Además, la jurisprudencia de ese país ha decidido que, para los casos de árbitros de derecho es necesario poseer título de abogado, en virtud de que constituye un requisito implícito.

En ese mismo sentido se pronuncia la legislación Española, aunque, a diferencia de aquella, exige expresamente la necesidad de ser abogado cuando se trata de arbitraje de derecho. Ambas legislaciones prohíben expresamente a sus jueces y fiscales, o cualquier persona que ejerza funciones públicas actuar como árbitro.⁸⁸

Hay otros países, como por ejemplo Honduras, donde se establece que en los casos en que la controversia a resolver tengan que emplearse conocimientos técnicos, los árbitros serán expertos en esa profesión u oficio.⁸⁹

4.3 Aceptación

No basta solamente con el hecho de que se concrete el acto de compromiso para que quede configurado el proceso arbitral. Es necesario, en adición, que los árbitros nombrados por las partes acepten resolver la controversia.

Desde el mismo momento en que el tercero propuesto por las partes acepta la designación se

⁸⁸ Artículo 743 del Código de Procedimiento Civil de Argentina y 12 de la ley 36/1988 sobre arbitraje de España respectivamente.

⁸⁹ Artículo 43 de la ley de conciliación y arbitraje de Honduras.

convierte en árbitro.

El artículo 16 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo estipula al respeto que: La aceptación del árbitro a las funciones que le han sido asignadas deben efectuarse por escrito dentro de un plazo de quince (15) días a contar desde la fecha en que haya recibido la notificación de su designación.

No hay dudas de la importancia que reviste el acta de aceptación por parte del árbitro, pues de ella depende el inicio del proceso, así como también, marcan el inicio de situaciones jurídicas que pudieren presentarse; por ejemplo, hay legislaciones que contemplan la posibilidad de que las partes puedan demandar en daños y perjuicios al centro de arbitraje, cuando se trata de un arbitraje institucional, o a los árbitros para los casos de tribunales arbitrales ad-hoc, en ocasión de incumplimiento de la responsabilidad contraída por parte del árbitro⁹⁰.

4.4 Recusación

Al igual que en todo proceso litigioso donde se persigue una solución al conflicto, necesariamente tiene que intervenir un tercero, que en estos casos denominamos: juez o árbitro. Éste a su vez, pudiere ser rechazado formalmente por una de las partes para ejercer tal labor por circunstancias propias de cada caso, que es lo que denominamos: recusación.

Nuestro Código de Procedimiento Civil nada dice sobre las causas por las cuales un árbitro puede ser recusado⁹¹. Por su parte, el reglamento de la Cámara de Comercio y producción de Santo Domingo se pronuncia sobre el particular, cuando por medio del artículo 18 prescribe que: “ Todo árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia en la decisión de la controversia sometida al arbitraje ”; Como se ve, el texto no especifica las causales por las cuales uno o varios árbitros puedan ser recusados.

De su lado, el Código de Trabajo Dominicano contempla las mismas causas por las cuales se recusan a los jueces y vocales para ser aplicadas a los árbitros, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 597 de ese código.

⁹⁰ Artículo 483 de la ley de No.15.982 de Uruguay, así como el artículo 15 numeral IV de la ley sobre arbitraje de Bolivia.

⁹¹ El proyecto para el nuevo código de procedimiento civil solo lo menciona como una causal de terminación de la instancia arbitral, pero no indica las causas por las cuales se puede recusar un árbitro.

En el sistema procesal de arbitraje de Bolivia sucede todo lo contrario. Allí el legislador expresó, en un primer plano, que las causales de recusación serán las mismas contempladas por el Código de Procedimiento Civil y, en segundo lugar, por inexistencia de los requisitos personales y profesionales convenidos por las partes o establecidos por la institución encargada de administrar el arbitraje. Semejante solución se adoptó en Uruguay, pero con la diferencia de que se limita a las indicadas para los jueces del orden judicial.

Por otro lado, un árbitro no podrá ser recusado posterior al momento en que se levantó la cláusula compromisoria o el compromiso bajo el entendido de que, siendo imprescindible para la eficacia del acto, que las partes nombren los árbitros de mutuo acuerdo, es lógico, en consecuencia, que éstas no tenían reparos con relación a aquellos, y en el hipotético caso de que conocían la causal de recusación, han renunciado tácitamente a esa facultad. No obstante, si la parte demuestra que la causa que imputa al árbitro nació o tuvo conocimiento de ella posterior al momento en que se formalizó el acuerdo arbitral, la misma debe ser aceptada si se demuestra su veracidad de conformidad a lo establecido en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil Dominicano.

El reglamento de arbitraje para las Cámaras de Comercio y Producción, creadas mediante ley No. 50-87, se pronuncia de manera concreta sobre este particular, cuando estipula en su artículo 19 numeral I que: “ Una vez firmado el documento del compromiso o el Acta de Misión, el árbitro sólo podrá ser recusado por motivos surgidos con posterioridad a la fecha indicada en dichos documentos”.

Numerosas son las leyes dictadas en diversos países que adoptan este criterio, tal es el caso de Venezuela, Uruguay, Bolivia, Honduras, etc.; lo que parece ser, tiende a constituirse en un principio de carácter general.

4.5 Inhibición

Cuando un árbitro seleccionado por las partes para dirimir un conflicto surgido entre ellas, entienda que por razón de índole moral o ética no debe conocer el caso, procederá, antes de emitir acta de aceptación, a comunicarlo a las partes en los casos de que se trate de un arbitraje ad-hoc, o al centro de arbitraje apoderado para los casos de arbitraje institucional.

El centro de arbitraje que funciona en la Cámara de Comercio y Producción de nuestro país no establece una lista de las causas por las cuales un árbitro puede inhibirse o renunciar, sino, que de manera general, consagra en su artículo 17 de su reglamento que: “ Si el árbitro designado tuviere algún motivo que pudiere afectar su independencia e imparcialidad lo informará, por escrito, al Bufete Directivo del CCA ”.

Se puede notar, que el referido reglamento nada expresa del momento en que debe ser formulada la solicitud de inhibición por parte del árbitro designado, pero por sentido común debe interpretarse que ésta debe ser depositada antes de emitir el acta de aceptación.

De su lado, el Código de Procedimiento Civil, aunque es mudo en cuanto a las causas por las cuales se puede inhibir un árbitro, sí se pronuncia de manera precisa en cuanto al momento en que debe ser formulada la misma, contemplando que una vez iniciado sus operaciones los árbitros no pueden renunciar, ni ser recusado, salvo que la causa que la provoca sobreviniera posterior al compromiso⁹².

Como se observa, se puede presentar renuncia hasta el momento en que se deban iniciar las operaciones. Ya anteriormente se dijo que se tenía como punto de partida del inicio del proceso arbitral el momento en el cual los árbitros otorgan el acta de aceptación.

Son numerosas las legislaciones Latinoamericanas, que al igual que nuestro país, no se pronuncian sobre las causas que motivan la inhibición de un caso. Sin embargo, tenemos el caso de Honduras donde la ley sobre conciliación y arbitraje precisa que el árbitro que quiera abstenerse podrá hacerlo por las mismas causales establecidas por el código de procedimiento civil para los jueces del orden judicial⁹³.

En conclusión, todo árbitro seleccionado para dirimir un conflicto puede, antes de aceptar el cargo o excepcionalmente posterior, presentar formal inhibición siempre que considere que su imparcialidad o independencia podrían estar en dudas, o en cualquier caso, entienda que, aceptar las funciones implica el resquebrajamiento de normas éticas o morales.

92 Ver artículo 1014 C.P.C. Dominicano

93 Art. 49 de la ley 161-200 de Honduras.

4.6 Revocación

Se dice que en materia de arbitraje las partes son las que crean su propia ley. Esa afirmación tiene su origen en el hecho de que esa voluntad es la que en gran medida dirige el proceso. Son ellas quienes optan por ese método de solución de conflicto, eligen su propio juez, pueden crear el procedimiento a seguir durante el juicio en los casos en que se trate de un tribunal ad-hoc, deciden el plazo de duración del proceso, etc.

Es por todas esas razones que las partes envueltas en proceso de arbitraje pueden, de común acuerdo, decidir que los árbitros cesen en sus funciones, siempre que sea anterior al momento de dictar el laudo⁹⁴.

En ese caso, deben pagar los honorarios que correspondan hasta el momento de la revocación.

4.7 Facultades

Es incuestionable que la facultad de un árbitro durante el ejercicio de sus funciones dependerá en gran medida de la voluntad de las partes, la cual se determina a través de la cláusula compromisoria o el compromiso.

No obstante, el legislador ha querido poner límite a esa potestad, dictando para ello normas de carácter imperativo para las partes. Pero, respetando esas delimitaciones, ellas pueden establecer el alcance de las facultades de los árbitros. En ese sentido, pueden definir el procedimiento a seguir durante el arbitraje de manera expresa, o tácita cuando lo dejan a los procedimientos establecidos por el centro de arbitraje apoderado de la disputa.

Ahora bien, ese derecho de que gozan las partes de poder influir en cierta manera en el ámbito de la competencia del árbitro, no es absoluto, pues en ella también concurre la legislación vigente en el Estado donde se celebre el juicio arbitral. Un asunto debe quedar claro, las partes deben otorgar poder suficiente a los árbitros para que cumpla con la misión encomendada: decidir el litigio de manera justa.

Con el objeto de poder decidir si acepta o no la función propuesta, un buen árbitro debe examinar el documento que contenga el acuerdo a que han arribado las partes, y determinar, de

⁹⁴ Véase art. 1008 C. P.C. Dom.

esa lectura: cuales son sus poderes, el objeto litigioso a resolver, y el plazo de duración del proceso, que es el que tiene para dictar el laudo.

Si bien es cierto que los árbitros deben gozar de cierto poder que le permita realizar sus funciones dentro de un marco de independencia y evaluación objetiva del caso, no menos cierto es que no pueden decidir sobre cuestiones que caen fuera del objeto litigioso o fallar extra y ultra petita.

4.8 Deberes

Si tal y como hemos dicho antes, la función de ser árbitro es semejante, en términos generales, a la de los jueces del orden judicial, obviamente que se ha de colegir que dichas funciones entrañan obligaciones de parte de quien asume el cargo. Pero, ¿ existe algún texto de ley que especifique cuales son esas obligaciones?. La respuesta es negativa.

No existe norma alguna en el derecho dominicano que regule lo relativo a los deberes que corresponden a un árbitro. Pese a ello, se debe dar por entendido que, siendo éste una especie de juez privado, debe actuar dentro de los parámetros establecidos para los del orden judicial, es decir, ejercer sus funciones con responsabilidad y puntualidad tanto en la fecha fijada para la instrucción del proceso como en la que tenga que dictar el laudo.

Dada la falta de normas legales en nuestro país, respecto al tema, pasaremos revista sobre la experiencia de otras naciones que sí se pronuncian sobre el particular. En el caso de Argentina, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 745 reza de la siguiente manera: “ La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daño y perjuicios ”. En Uruguay encontramos el artículo 483 de la ley sobre arbitraje que ordena lo siguiente: “ Los árbitros que aceptan el encargo lo consignarán con su firma al pie del compromiso o de un testimonio del mismo. La aceptación del cargo da derecho a las partes a compeler a los árbitros a su cumplimiento bajo pena de responder por los daños y perjuicios ”.

Capítulo 5: El Proceso de Instrucción

5.1 Constitución del Tribunal

A diferencia del poder judicial, donde los jueces son designados para permanecer en una determinada jurisdicción, y tienen facultad para decidir en cuanto a los casos sometidos en virtud de su competencia tanto territorial como de atribución, en el arbitraje doméstico o internacional son las partes las que deciden cuáles serán los integrantes del tribunal.

Una vez las partes se han puesto de acuerdo en quién o quiénes serán los árbitros que van a decidir la controversia, y éstos expresan por los medios establecidos, según el caso, que aceptan las funciones encomendadas, se considera que el tribunal está debidamente constituido.

5.2 Las Pruebas

Al igual que en los procesos judiciales, en el arbitraje existe un hecho litigioso, el cual debe, necesariamente, dilucidarse por medios probatorios.

Las partes pueden, al momento de formalizar el compromiso, determinar el procedimiento a seguir en todo lo relativo a los modos de pruebas que durante el juicio se puedan aportar. En caso de que no se pronuncien sobre el mismo, el Código de Procedimiento Civil manda a que los árbitros acudan al establecido para los tribunales judiciales. (Artículo 1009).

En esta materia, son admisibles todos los medios de pruebas. Disponiendo los árbitros de la facultad de ordenar, sea de oficio o a solicitud de parte, de cuantas medidas de instrucción sean necesarias en aras de lograr la verdad de los hechos discutidos.

Un asunto reconocido por la generalidad de las legislaciones que sobre esta materia existen, es que hay que respetar el goce de los derechos fundamentales de todas las partes envueltas en un litigio, tal y como son: haber sido citado dentro de un plazo razonable, derecho a ser escuchado, igualdad de las partes, etc. En sentido general, el árbitro debe velar porque a las partes se les garantice el derecho al debido proceso.

5.3 Los Incidentes

Durante el transcurso del proceso arbitral las partes pueden formular alegatos que alteren el curso normal del proceso. Diversos son los incidentes que pueden surgir en el transcurso del mismo, tal es el caso de una excepción de incompetencia por inexistencia o nulidad de la cláusula arbitral o el compromiso, recusación de uno o varios de los árbitros, entre otros casos.

Frente a tales circunstancias, la competencia de los árbitros para solucionar el incidente planteado en algunos casos viene dada por acuerdo de las propias partes a través de la cláusula arbitral o el compromiso, otras veces del reglamento del centro de arbitraje cuando las partes han sometido sus controversias a este tipo de institución. No obstante, por disposición del artículo 1015 del Código de Procedimiento Civil existen incidentes que necesariamente tienen que ser dilucidado en la justicia ordinaria, entre los que tenemos los relativos a inscripción en falsedad, aunque sea civil, y los de índole criminal, en este caso debe suspenderse el proceso arbitral hasta tanto se resuelva el incidente.

Una de las razones por las cuales aquellos que prefieren someter sus diferencias a la consideración de jueces independientes, excluyendo de esta manera a los del orden judicial, reside en que la jurisdicción arbitral ofrece, entre otras ventajas, rapidez para resolver de manera definitiva el caso, y mal podría extraer de éste ámbito un asunto colateral del proceso para llevarlo a aquella.

Es por ello que, la práctica, casi generalizada, de todas las legislaciones modernas o centros de arbitrajes tienden a otorgar competencia a los árbitros para que decidan todos los incidentes que surjan durante la causa. Una muestra de esto es que el centro de arbitraje que funciona en la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo establece que para estos casos el tribunal arbitral es competente para resolver de todas las situaciones planteadas a modo de incidentes (artículos 29 y 47).

Finalmente, los incidentes deben ser presentados de manera conjunta al iniciarse las pretensiones de las partes, evitando así, la posibilidad de incidentar el proceso en cualquier etapa.

5.4 El Principio Kompetenz-Kompetenz

Mediante este principio se reconoce la facultad que posee el tribunal arbitral para decidir los asuntos relativos a los incidentes de incompetencia sometidos por una de las partes. Incluso, se admite tal facultad aún en los casos en que se arguye la inexistencia o validez del acuerdo de arbitraje.

De esta manera se cierra la posibilidad de que una de las partes envuelta en un proceso de arbitraje, intente con éxito sustraer el litigio del ámbito del arbitraje para llevarlo a la jurisdicción judicial.

El fundamento de este principio radica en que, si las partes han convenido someter sus controversias a arbitraje, empujadas bajo el criterio celeridad de que gozan estos tribunales, mal podría alegarse que frente a un incidente de esa naturaleza, la competencia para decidir la suerte del mismo corresponde a una jurisdicción judicial.

Capítulo 6: El Laudo Arbitral

6.1 Concepto

Se le denomina así a la decisión definitiva que pronuncian los árbitros o amigables compondores respecto de las cuestiones controvertidas contenidas en la cláusula arbitral o el compromiso.

Frente a un caso de arbitraje de derecho, el laudo, que no es más que una especie de una sentencia, debe ajustarse a las normas jurídicas aplicables al caso; en caso contrario, y que se trate de un tribunal de amigables compondores el laudo debe ser rendido al margen de lo jurídico y basarse en la equidad, lo que muchos doctrinarios entendidos en la materia denominan “el saber y entender”.

6.2 Plazo de Emisión

Si se trata de un arbitraje ad-hoc, El laudo debe ser dictado dentro del plazo contenido en el compromiso, el cual se inicia en el momento en que el árbitro o los árbitros han notificado a las partes su aceptación a esa función. Por lo que una vez concluida la instrucción, los árbitros dispondrán, para rendir su decisión, hasta el vencimiento del plazo acordado por las partes para tal efecto. En cambio, y para los casos de que se trate de un arbitraje institucional, rige el plazo contenido en el reglamento del centro de arbitraje apoderado por las partes; en el caso del centro de arbitraje que funciona en la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo el plazo es de un mes.

Frente a la ausencia de plazo, el Código de Procedimiento Civil ordena que el mismo sea de tres meses a partir del compromiso. (Artículo 1007 C.P.C.)

6.3 Contenido

El laudo debe otorgado por escrito.

Debe contener las generales de las partes, sus representantes y las de los árbitros, lugar donde se dictó, exposición de la cuestión sometida a arbitraje, los alegatos de hecho y derecho de las partes, una relación de la instrucción del proceso, el fallo y sus motivaciones, así como las firmas de los árbitros.

El laudo se decidirá por mayoría de votos para los casos de un tribunal colegiado.

6.4 Notificación

En el caso de que se trate de un arbitraje llevado por ante un centro dedicado a estos asuntos, éste es el que generalmente procede a notificar por acto de alguacil a las partes copia certificada de la decisión, dentro de un plazo establecido en el reglamento dictado por esa institución. Sin embargo, para el caso de que se trate de un tribunal ad-hoc debe ser hecha en el plazo acordado a través de la cláusula arbitral o el compromiso; en cuanto a la forma, indiscutiblemente debe ser por intermedio de acto de alguacil, al igual que las sentencias de los tribunales del orden judicial. Cabe destacar que nuestro Código de Procedimiento Civil no se pronuncia sobre el particular.

6.5 Efectos

- A. Desapodera a los árbitros o amigables componedores, salvo que se trate de la solicitud de rectificación material o de interpretación del laudo.
- B. Otorga categoría de cosa juzgada al laudo, siempre que no se admitan recursos de impugnación.
- C. Otorga el derecho a los árbitros para recibir sus honorarios.

6.6 Ejecución

El párrafo primero del artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil reza de la manera siguiente: “ La sentencia arbitral se hará ejecutiva, por auto del presidente del tribunal de primera instancia del distrito en el cual se haya dado.”

Pero, ésta disposición legal no se aplica para el caso de los centros de arbitraje que funcionan

en las Cámaras de Comercio y Producción de la República, pues por mandato del artículo 16 de la ley No. 50-87 del 21 de Mayo del año 1987 se estableció lo siguiente: “ las decisiones o sentencias del consejo de conciliación y arbitraje que se establece en el artículo 15 de esta ley, no estarán sujetas, para su ejecutoriedad, a los requisitos de los artículos 1020 y 1021 del Código de Procedimiento Civil ”.

Tenemos entonces que, todo arbitraje ad-hoc realizado en la República Dominicana, o sea, fuera del centro de arbitraje antes indicado, tendrá que recaer *exequátur* (denominado también homologación) por parte del tribunal judicial, previo a su ejecución.

6.7 Impugnación

La posibilidad de atacar un laudo va a depender de la legislación aplicable en el país donde se lleve a efecto el arbitraje. En ese tenor, existe una corriente mayoritaria que se inclina hacia reducir al mínimo los recursos contra el laudo arbitral, estableciendo en algunos casos el recurso de apelación o de nulidad. En adición a uno de estos recursos, ciertos países contemplan el de la revisión civil.

Para el caso nuestro, y de acuerdo al Código de Procedimiento civil el recurso que procede es de apelación, siempre y cuando las partes no hayan renunciado a ese derecho al momento de formalizar el compromiso o posterior a éste, facultad concedida por medio del artículo 1010 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso que no exista renuncia, el recurso debe ser incoado por ante el tribunal de primera instancia cuando se trate de asunto que, fuera del arbitraje, sea de la competencia de los jueces de paz y, ante la Suprema Corte de Justicia, en caso de que fuere competencia del juzgado de primera instancia. Además, el mismo código establece que pueden ser impugnados los laudos arbitrales por medio de la revisión civil; recurso que debe ser incoado por ante el tribunal que habría sido competente de la apelación. Sin embargo, el mismo código, más adelante, señala algunos casos que no pueden ser atacados por el recurso de la revisión civil.

Por otra parte, la misma ley de manera taxativa señala los casos en los cuales un laudo arbitral es susceptible de ser atacado por medio de una demanda en nulidad, al mismo tiempo que se puede perseguir la oposición del auto de ejecución (*exequátur*) ante el tribunal que lo dictó.

El plazo para impugnar, tanto en apelación como en revisión civil, es el mismo establecido para los casos ordinarios, es decir de un mes para el caso de apelación y de dos meses para la revisión civil.

La vía del recurso de oposición está cerrada para los laudos arbitrales por mandato del artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil. Pero, es conveniente resaltar que no se debe confundir laudo con auto, pues anteriormente se dijo que para éste último era posible, en algunos casos, la vía de la oposición, lo que no es factible frente a un laudo arbitral.

Con relación al arbitraje institucional que se realiza en la República, el reglamento del centro de arbitraje que funciona en la Cámara de Comercio y Producción no contempla recurso alguno en contra del laudo, dando en consecuencia un carácter definitivo. (Artículo 52 del reglamento citado)

Numerosos son los países que han optado por incluir el recurso de nulidad como única vía para impugnar el laudo arbitral; tal es el caso de España, donde el tribunal competente es el de la Audiencia provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo (artículo 45 ley arbitraje No. 36-1988). En Bolivia, el recurso se interpone ante el mismo tribunal que conoció del caso (artículo 62 ley sobre arbitraje No, 1770).

En el caso de Honduras se incorporó también el recurso de nulidad, pero dándole competencia en principio a las Cortes de apelaciones, dejándole a las partes la facultad de que recurran en apelación ante un nuevo tribunal arbitral (artículo 73 del decreto No. 161-2000 sobre arbitraje). Para la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional CNUDMI en este caso solo procede la impugnación por vía del recurso de anulación, el cual debe ser incoado por ante el poder judicial, enumerando taxativamente las causas por las cuales se puede atacar.

6.8 Laudos Dictados en el Extranjero

El procedimiento por medio del cual un estado reconoce la fuerza ejecutoria de una sentencia arbitral nacida en el extranjero y que se pretende ejecutar en su territorio, se denomina, de reconocimiento y ejecución.

La Mayoría de los estados, hoy día, reconocen la aplicación de los laudos dictados en el extranjero. Esto se debe, en gran medida, a que han ratificado las convenciones internacionales que sobre el particular existen, o en su defecto, una ley interna así lo dispone.

En el caso nuestro, pese al país haber suscrito las convenciones de New York y Montevideo del año 1958 y 1979 respectivamente, no constituían instrumentos legales de aplicación por el hecho de no haber sido aprobadas por el congreso. No obstante esta situación, frente a la necesidad de ejecutar un laudo dictado en el extranjero, podía aplicarse la legislación interna, pues, aunque el contenido de los artículos 2123 del Código Civil y 122 de la ley 834 del 15 de Julio del 1978 no son muy preciso en cuanto a su alcance, se percibe la intención del legislador de que laudos dictados fuera del territorio Dominicano pudieran ser ejecutados en nuestro país.

Actualmente, este asunto ha quedado resuelto, ya que, luego de muchos años depositada en el congreso, finalmente éste poder del estado ratificó en fecha 10 del mes de Octubre del 2001, la convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, celebrada en la ciudad de New York en fecha 10 de junio del año 1958, la cual fue promulgada en fecha 8 de Noviembre del año 2001 por el presidente de la República. En tal virtud, un título de esta naturaleza, luego de cumplir con el requisito legal requerido al efecto, que consiste en obtener el exequátur por parte de nuestros tribunales, se convierte inmediatamente en ejecutorio dentro del ámbito de la República Dominicana.

BIBLIOGRAFIA

Acevedo, Andrea; Cataldo, Ximena. "La Conciliación Laboral". Tesis doctoral inédita. Santiago (Chile). 2000.

Acosta, Juan Pablo. Código Civil de la República Dominicana y Legislación Complementaria. Santo Domingo:

Alburquerque, Rafael. Derecho del Trabajo. Santo Domingo : Editora Lozano, C. Por A., 1999. t.3

Alvarez, Horacio. Técnicas y estrategias de Negociación. La experiencia dominicana. Santo Domingo: Editorial Letra Gráfica. 2001. 273 p.

Anchieri De Sassone, María Carmen y Viani, Maria Laura. El mediador, un camino de esperanza

Arias, Samuel. "Ponencia sobre ADR" En : Código Civil (proyecto) relativa a los ADR.

Azula Camacho, Jaime. La audiencia preliminar y de conciliación. Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1999.

Berizonce O., Roberto O. "El Abogado negociador"

Boletín Judicial No. 1091, año 92, Vol I Octubre 2001

Bourgnignon, Marcelo. "El Abogado negociador, Mediación, Conciliación y Arbitraje".

Butten, Romero. Manual de Derecho Civil.

Calvo Caballo, Loreley. Pasado y presente y futuro de la conciliación en Uruguay.

Cárdenas, Eduardo José. La mediación en Conflictos Familiares

Casado M., Lucio. *Hombre y Sociedad*.

Conflicte i mediació a Latinoamérica. "Forum Dels Processos De Oains: Institut Catalai de Cooperacio Iberoamericana

Conflicto y Mediación en Latinoamérica. (Barcelona, ES). Colección Cuadernos de paz. Barcelona: Instituto Catalán de Cooperación Iberoamericana.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20/11/1989.

Cornelius, Helena y Faire, Shoshana. *Tú ganas, yo gano. Como resolver conflictos creativamente y disfrutar con las soluciones*. 3ra. Ed. Madrid: GAIA Ediciones. 1998.

Covey, Stephen R.. *Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*. Barcelona: Ediciones Piados, 1997.

Declaración Sobre una cultura de Paz. Proyecto Transdisciplinario de la UNESCO. *Hacia una cultura de Paz*. www.UNESCO.com

Díaz Solimine, Omar Luis. *Referencia Legales de la mediación en la República de Argentina: relatarías y ponencias*. Buenos Aires:

Dupuis, Juan Carlos. *La Conciliación Laboral*.. Buenos Aires: 1993.

E. Vecchi, Silvia; Greco, Silvana. *Mediación Familiar, Familia y Mediación*

Escoto Abreu, Alicia; Castro Polanco, Castro. *Vías de negociación. Derecho Administrativo del Trabajo*. Santo Domingo: Editora de Colores, S.A. 2000. 161p.

Fisher, Roger; Ury, William; Paton, Bruce. *Si, ¡de acuerdo!, Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Editorial Norma, 1993. 228p.

Folberg, Jay y Taylor, Alison. "Mediación. Resolución de conflictos sin litigio." México: Editorial Limusa., 1996.

Folberg, Jay; Taylor, Alison. *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio*.. México: Editorial Limusa, 1996. 396p.

Font Barrot, Alfred. *Negociaciones, Entre la cooperación y el conflicto*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1997. 191p.

G. Dupuis, Juan Carlos. *La Mediación Familiar*.

G. Dupuis, Juan Carlos. Mediación y Conciliación.

Gaceta Judicial. 15 al 29 de Nov. del 2001. año 5 No. 120

Gelbi Bidart, Adolfo. "Proposiciones acerca del abogado Hoy y Conciliación y Proceso".

Gibson ; Ivancevich ; Donnely. Las organizaciones. 8va. Ed.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. La mediación y el arbitraje en Argentina y Principio generales en materia de Medios Alternativos para la Solución de conflictos.

Henriquez La Roche, Ricardo. XVII Congreso Derecho Procesal. (Argentina, AR). Conciliación y Arbitraje. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Derecho Procesal Presente y futuro.

Hernández Rueda, Lupo. "Manual de Derecho del Trabajo". 6ta ed. Santo Domingo: Editora Corripio , C. por A., 1994. t.2

I Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativas de Disputas, Relatoria y Ponencias. (7-10 Noviembre 1993: Buenos Aires, AR) Reporte Final, 2000.

Informe de la Segunda Mesa Redonda Sobre Reforma Judicial (19-22 mayo 1996: Williamsburg, Virginia, US) . Lecciones Aprendidas. Virginia: 1996

James A. F. Stoner; Freeman; Daniel R. Gilbert Jr. Administración, 6ta. ed.

Jorge Blanco, Salvador. Introducción al Derecho.

Koontz, Harold; Wehrich, Heinz. Administración, una perspectiva global 11va. ed.

Kreitne, Kinicki. Comportamiento de las organizaciones. 3ra. ed.

Lerer, Silvio. La Justicia, la Mediación y el Futuro de los Abogados

Manual del facilitador. Santo Domingo: Comisión Presidencial para la Reforma y Modernización del Estado, Secretaria Ejecutiva, 1998.

Méndez, Manuel; Pilar Llanderas. "Educar en Valores, Educación para la Paz". Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa.

Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

Núñez Collado, Agripino. Concertación: La cultura del diálogo. Santo Domingo: PUCMM, 1993. 463p. (Colección Documentos)

Olea, Manuel Alonso; Casas Baamonde, Maria Emilia. Derecho del Trabajo. 17ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L. 1999.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación sobre la Conciliación y el Arbitraje Voluntarios. 1951.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado por la asamblea general de la ONU el 16/21/88.

Parodi Rimón, Carlos. Conciliación y arbitraje. (Presente y Futuro).

Pasco Cosmópolis, Mario. Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. 2da. ed., Lima: Aeel, 1997.

Pérez Méndez, Artagnan. Procedimiento Civil, 3ra ed. Santo Domingo: Editora Taller, 1992. t.2

Pérez Toro, William Fredis. Estado de Derecho y Sistema Penal

Pitti G., Ulises. La Regulación del Arbitraje y la Conciliación y la Mediación en la Legislación panameña y su aplicación a la propiedad Intelectual. (1999: Panamá, PA) ., 1999.

R. Nieto, Roberto. La Mediación de Menores y el Derecho de menores

Reglamento de métodos Alternos para la Resolución de Conflictos. Tribunal Supremo de Puerto Rico.

República Dominicana. Leyes, etc. Ley 14-94, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Santo Domingo: 1994

República Dominicana. Leyes, etc. Ley 24-97, contra la violencia intrafamiliar. Santo Domingo: 1997. (Go. No. 9945)

República Dominicana. Códigos, etc. Código de Procedimiento Civil. Santo Domingo: 2000.

República Dominicana. Códigos, etc. Código de trabajo. Santo Domingo: 2000.

República Dominicana. Leyes, etc. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo: 1998.

Revista del Servicio de Conciliación Obligatoria, Junio 2001.

Rosenberg, Marshall B. Comunicación no violenta.. Barcelona: Ediciones Urano, 2000. 222 p.

Scheinguerman, Daniel H. La incorporación de la Mediación familiar en el marco de la ley 24.513

Schnitman, Dora Freíd; et al. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas prácticas. Montevideo: Ediciones Granica, 2000. 262p.

Stephen P. Robbins. Comportamiento organizacional, 8va. Ed.

Temas de la Democracia. Mediación y los Tribunales. Periódico Electrónico del Departamento de Estado Vol. 4 No. 3 (Diciembre 1999).

Tuvilla Rayo, José. Hacia una perspectiva global de la Educación para la paz. Derechos Humanos, actos para el siglo XXI. Centro Internacional de Formación en la Enseñanza de los Derechos Humanos y la Paz. Ginebra.

UAPA "Introducción a la Psicología General"

Vanegas yepes, Alba Lucía; Alvares M , Carlos Mario. Universidad de Antrogería Biblioteca Jurídica DIKI

XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. (25 y 26 enero 2000: Buenos Aires, AR). Relatoria y Ponencia sobre Derecho procesal: La simplicación Procesal. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996.

XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal. (18-20 octubre 2000: San José, CR). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2000.

