

## INSTITUCIONES NO JURISDICCIONALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Osvaldo Alfredo GOZAÍNI

*SUMARIO: I. Introducción; II. Equivalentes jurisdiccionales o instituciones sustitutivas del proceso público; III. Características elementales de las instituciones.*

### I. 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 convenían 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 bruta 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 afectos 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, los vínculos provenientes de la amistad, surgieron nuevas formas de conciliación y avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino, procuraba no afectar la pacífica vida en comunión.

Pero si la paz y concordia no podía obtenerse, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometido al juicio de un tercero que, según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*), perseguía resolver la diferencia.

Recuerda Caravantes que “basta detenerse un instante en los hechos que se realizan en la sociedad, en la manera como se acostumbran a tratar entre sí sus individuos, y terminar las divisiones que los separan, para comprender que el arbitraje ha debido ser una de las primeras necesidades y de las primeras prácticas de la humanidad”.<sup>1</sup>

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.

También, fue claro que el inconformismo y la inejecución de las sentencias obligaron a pactar formas de coerción, tales como la imposición de multas en favor de la parte contraria al desobediente.

Aparece, entonces, una noción superior; una idea que desplaza la confianza hacia una autoridad incuestionable que concentra en sí la representación misma de la justicia.

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 diferencia la aptitud de estos depositarios de la confianza pública, organiza un sistema de enjuiciamiento diverso al conocido. Cada uno de esos métodos irán evolucionando, se crearán códigos, se perfeccionarán las instituciones y hasta habrá con el tiempo, una ciencia encargada de explicar la fisonomía y dogmática de los procedimientos.

A estar por las transcripciones recogidas por Diódoro de Sicilia, los primeros esbozos de la instrucción judicial pertenecen a los egipcios, donde cada parte redactaba sus pretensiones que leían ante el tribunal. Una vez cumplido el procedimiento, se abrían las puertas donde deliberaban los jueces y el presidente se presentaba con un collar de oro en el cuello, del que pendía una pequeña figura

<sup>1</sup> Caravantes, José de Vicente, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de enjuiciamiento*, Madrid, Ed. Gaspar y Roig, 1856, t. I, p. 11.

enriquecida con piedras preciosas, que era el símbolo de la verdad o de la justicia. Esta autoridad revelaba el éxito del juicio, volviendo la figura hacia el lado de la parte que había ganado el pleito.<sup>2</sup>

Más allá de la fábula probable de esta representación poética, lo cierto es que aparecen entre los griegos tribunales de justicia que prohicieron la oralidad (recuérdense los famosos alegatos de Pericles), y que fueron el cimiento de la casi perfecta organización romana para su complejo sistema judicial.

Estas estructuras, clásicamente concebidas en tres etapas bien diferenciadas (postulación, debate probatorio y resolución), no variaron en el tiempo. Es más, cada vez fueron más técnicas y formales las sistematizaciones procesales.

Hoy día, a nadie escapa la crisis que padece el proceso como vía pacífica de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables tales como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso.

Además, se hace evidente cierta desconfianza hacia los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone. Hasta podría afirmarse que el regreso a la mesa de deliberación de fórmulas otrora aplicadas son efecto de la desconfianza mencionada.

Es verdad que la constatación no es una realidad presente, sino producto de una evolución en los desatinos que, persiguiendo afianzar el sistema, lo llevaron a extremos de improbable rectificación si el cambio no es absoluto. En este sentido, el aumento geométrico de las causas, la pobreza presupuestaria que particulariza la asignación de recursos, la plétora profesional cada vez más inquietante por su número y calidad resultante, entre distintos registros de variada preocupación, ponen el acento en las alternativas pensadas para lograr la misma seguridad y eficacia que la vía jurisdiccional promete.

Renacen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otros carriles de igual motivación descongestiva como son los incentivos económicos (arreglos que se propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos causídicos si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judi-

<sup>2</sup> Caravantes, José de Vicente, *op. cit.*, p. 19.

cial), o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés.

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.<sup>3</sup>

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.

Las sentencias judiciales son una manera más de orientar la conducta de los hombres, por ende, lo manifiesto es la justa composición más que la solución a toda costa.

Fue por ello, como indicamos, que el curso de la historia demuestra que cuando el hombre reposó su confianza en el Estado dio origen a la justicia misma, como función social. Aquella que proviene de la voluntad del hombre que deposita su fe en el Estado para que lo organice en su vida de relación.

El ejercicio de la jurisdicción proyectó a través del causalismo, posibilidades alternas que excedieron el marco de la composición del litigio. El juez fue intérprete de la ley y de la norma constitucional, cubrió los vacíos legislativos denominados “lagunas de la ley”, dio sentido y dirección al derecho consuetudinario y, políticamente, sirvió de contrapeso de los restantes poderes del Estado a través del control de constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso y de la fiscalización de la legalidad y legitimidad de los actos administrativos.

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

De todos modos el recorrido sucintamente expuesto no refleja más que una visión parcializada del suceso. Bien cierto es que especialmente a partir de las grandes codificaciones se ha llegado a creer que el derecho existe gracias a un acto de soberanía del poder público. Además, y aunque ello esté desmentido por el diario aconte-

<sup>3</sup> Conviene tener presente que el curso dispuesto en estas vías de respuesta operativas no desacreditan la opción que la *litis* propicia, porque ésta tiene la ventaja de una elaborada preparación doctrinaria y la síntesis depurativa que el paso del tiempo consigue. El correr del procedimentalismo sirvió también para consagrar las reglas técnicas que hacen al método.

cer, se piensa que este cuerpo cerrado de normas y conceptos constituye un oráculo suficiente para extraer de allí, cuando no los preceptos jurídicos que resuelven expresamente la cuestión, al menos los principios de razonamientos que conducirán a una solución que podrá ser igualmente imputada al sistema de normas puesto y mantenido en rigor por el poder público.

En consecuencia, dice Puig Brutau, se estima que el juez no crea el derecho sino que lo “aplica”, y que la “interpretación” no hace más que determinar el sentido de una norma legal para aplicarlo a un caso particular, por más que en verdad pueda tratarse de la solución adecuada de este caso según un criterio que, sin la ayuda de razonamientos cortados a medida, sería difícilmente imputable a la regla general.<sup>4</sup>

En uno u otro caso, lo que interesa subrayar es que la fuerza de los hechos demuestra que el andar de la justicia siempre depende de los hombres, tanto de los que la componen como de quienes la activan, y que no importa tener el código más perfecto —igualmente siempre lleno de lagunas— ni la mejor estructura edilicia. Lo importante es que se mantenga el espíritu de la justicia, que la confianza otrora depositada no se evada por los intersticios de la suposición, de la inmoralidad, del caos, o de la inseguridad.

## II. EQUIVALENTES JURISDICCIONALES O INSTITUCIONES SUSTITUTIVAS DEL PROCESO PÚBLICO

Uno de los problemas a esclarecer en la cuestión, domina sobre el significado que tienen estas instituciones que se muestran opcionales para resolver controversias. Algunos indican que se tratan de equivalentes del proceso civil,<sup>5</sup> en tanto otros consideran que son procedimientos sustitutivos del juicio público.<sup>6</sup> Sin perjuicio de estas posiciones, hay fundadas tercerías que las refieren como auxiliares

<sup>4</sup> Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, p. 131.

<sup>5</sup> Cfr. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1973, t. I, p. 109.

<sup>6</sup> Cfr. entre otros, Prieto Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, Ed. Reus, 1947, p. 262.

de la justicia,<sup>7</sup> o personificando figuras propias de la *autocomposición* y la *autodefensa*.<sup>8</sup>

La definición depende de la perspectiva como la cuestión se focalice. En efecto, quienes advierten en la conciliación, el arbitraje y demás alternativas similares, un procedimiento supletorio del proceso común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses.

A su vez, esta subrogación no discute la naturaleza jurídica (si es o no jurisdiccional), para centrar la atención en los actos resolutivos. En cambio, los que cifran la función a partir de lo que el Estado tolera, entienden que constituye un permiso a los particulares para ordenar un procedimiento paralelo (o parajudicial), pero que la verdadera jurisdicción no queda desplazada sino postergada, toda vez que debe preservarse la revisión judicial de las definiciones que se alcancen.

Inclusive, el trámite dispuesto tiene limitaciones, pues de acuerdo con el objeto y su disponibilidad material podrán o no concretarse las sustracciones; en el sentido de sacarle a la jurisdicción un conflicto que, por vía de principio, sería propio de sus funciones.

En este aspecto, varios ordenamientos admiten la sustitución por los particulares del acto de juzgamiento, pero indican expresamente el trámite a desarrollar.

Una visión diferente la ofrece Alcalá Zamora, mencionando al proceso como una consecuencia de los conflictos suscitados por las diferencias entre los hombres. Producida la crisis, se polarizan dos esferas contrapuestas de intereses que podrán encausarse en base a la obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero. También, es posible, que una de ellas resuelva sacrificar su propio interés (autocomposición), o imponer al otro el sometimiento a sus propias aspiraciones (autodefensa). De esta forma, proceso judicial, autocomposición y autodefensa presentan las variables posibles para resolver un litigio, sin que ello signifique ponerlas en pie de igualdad, ni que entre ellas se repelan.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1986, vol. II, p. 278.

<sup>8</sup> Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991, p. 19.

<sup>9</sup> Alcalá Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 13.

El meollo del tema en análisis provoca un claro interrogante: ¿estas instituciones alternativas pretenden sustituir o colaborar con la justicia?

Es evidente que cada una de las posibilidades de elección (conciliación extrajudicial, arbitraje, mediación, *ombudsman*, etcétera), carecen de los elementos tipificantes de la función jurisdiccional. No de todos, pero sí de los más relevantes para conseguir la seguridad de la ejecución.

Los medios que se ofrecen son hábiles, eficaces y probadamente rápidos y seguros, pero tienen el inconveniente de no contar el órgano decisor con facultades de coerción y ejecución forzada.

Desde este punto de vista, parece obvio sostener que cada remedio es complementario de la función jurisdiccional, al desplazar hacia los jueces ordinarios las medidas necesarias de fuerza y aseguramiento. Aunque también resulta insoslayable observar que estos mecanismos generan un procedimiento prácticamente paralelo al que formalizan los códigos adjetivos, de modo tal que la elección de los particulares por las vías no judiciales, pueden significar una opción hacia aquello sobre lo que ya no se confía. De ser así, las instituciones serían, propiamente, remedios sustitutivos del proceso público.

Nada de ello es correcto aun cuando tengan bien intencionadas sus premisas. Ni se tratan de procedimientos correctores de las deficiencias seculares del proceso común; ni responden a finalidades integracionales o subrogatorias del modelo jurisdiccional.

Cada una de las modalidades (arbitraje, conciliación, mediación, *ombudsman*, etcétera), tiene una motivación particular que está desprendida del modelo adversarial que tipifican los procedimientos ordinarios.

Son fórmulas de entendimiento racional, donde la crisis no se identifica necesariamente con la subsunción de los hechos en la norma jurídica; es decir, que persiguen la solución concertada, pacífica, sin tener que hallar el encuadre jurídico donde insertar la motivación fundante.

No quiere decir ello que cuando la disputa verse sobre estrictas cuestiones *de iure* se puedan aplicar deducciones diversas a las normas jurídicas, sino que el tercero interviniente cuenta con una dinámica procesal que no lo somete al “corset” de las formas, pues el principio es la libertad de ellas.

Por supuesto que cada una de las figuras tienen matices que las distinguen, y las aproximan o distancian de los trámites adjetivos en los códigos; pero sus bases de conocimiento son diferentes, están llamadas desde la confianza particular que el modelo inspira; desde la sabiduría que prometen los jueces seleccionados; y, esencialmente, del concierto voluntario de las partes para arribar a una solución sin controversia, a una justicia sin resentimientos.

### III. CARACTERÍSTICAS ELEMENTALES DE LAS INSTITUCIONES

Las crisis humanas habitualmente representan una colisión con los intereses de otro. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre, etcétera), es verdad, pero la búsqueda de respuestas por lo común, se orienta a partir del concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria. Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad, cada pretensión de partes constituye una versión “acomodada” de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despejarse de este “método adversarial”,<sup>10</sup> encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como si ocurre con el proceso judicial.

Si tornamos la intimidación natural que los tribunales conllevan, lo que puede verificarse en cada una de sus etapas, y aun en sus ficciones irritantes (*verbigracia* juicios en ausencia, en rebeldía, notificaciones tácitas, caducidades y negligencias, etcétera), para ir hacia un método que resuelva problemas sin padecimientos colaterales, estaremos en condiciones de bosquejar las ventajas e inconvenientes de cada figura posible.

#### 1. *Pautas de acercamiento entre intereses en conflicto*

El diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: *debe abandonarse* la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

<sup>10</sup> Cfr. Tapia, Graciela y Silvana Greco, “¿Dónde está el adversario?”, en revista *Libra*, Buenos Aires, año 1, núm. 1, p. 13.



A veces, los problemas terminan porque uno de los interesados renuncia unilateralmente a su reclamo; en otras, es el sujeto pasivo quien acepta la demanda formulada; es probable, también, que ambas partes sean quienes busquen salidas resolutivas; o bien, que las persigan a través de la decisión de un tercero.

Las primeras situaciones muestran el conflicto finito espontáneamente (autocomposición); las restantes, hallan en la heterocomposición la respuesta a sus problemas.

Alvarado Velloso explica correctamente estas alternativas indicando que, ante el conflicto entre dos hombres, ellos pueden:

a) autodefenderse, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, es ilegítima y prohibida por la ley y excepcionalmente aceptada y legitimada por ella (en este caso la parte afectada no consiente el sacrificio de su propio interés, tal como lo hace en la autocomposición); b) autocomponerse directamente (sin la ayuda de nadie), obteniendo un resultado consistente en uno de tres supuestos: allanamiento, desistimiento o transacción; c) autocomponerse indirectamente (con la ayuda de otro pero con variante respecto del caso anterior), mediante la aceptación mutua de la presencia de un heterocomponedor (simple conciliador, mediador) para que, actuando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a desatar el conflicto mediante una autocomposición que operará como resultado en una de sus tres fórmulas conocidas (allanamiento, desistimiento, transacción); e) heterocomponer directamente el conflicto, mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública (juez) requiriendo una decisión que lo resuelva. De tal modo, dicha decisión opera como resultado (sentencia luego de proceso judicial). Es éste el único supuesto de solución que escapa al concepto genérico de conciliación. . .<sup>11</sup>

## 2. Conciliación

La conciliación es una de las formas más antiguas para resolver disputas humanas. Embrión del modismo se encuentra en las formas tribales, para avanzar históricamente afinándose en los consejos de familia, clanes o “reunión de vecinos caracterizados”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, “La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1986-3, pp. 235 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Hitters, Juan Carlos, “La justicia conciliatoria y los conciliadores”, *La Justicia entre dos épocas*, Ed. Platense, 1983, p. 167.

De conciliación puede hablarse en dos sentidos. O proveniente del acuerdo de voluntades que encuentra puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrenten sin que para ello intervengan terceros; o, también, de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar 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.

Asimismo, este mecanismo, a veces, se establece como presupuesto previo a formalizar el reclamo ante la jurisdicción.

La conciliación pública obligatoria se encuentra, por ejemplo, en el artículo 255 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, cuando establece que: “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”.

En nuestro país, la conciliación de tipo corporativa es obligatoria para los conflictos de trabajo; en otros países se organiza institucionalmente, como acontece fenomenalmente en Francia con sus “conciliadores”.

En líneas generales, la conciliación responde a la justicia coexistencial que refiere Cappelletti, de forma tal que la diversidad de circunstancias y de sociedades permite hallar fisonomías diferentes, aun cuando inspiradas en el mismo modelo de solucionar sin “trance” ni arrepentimientos.

No hay necesidad de formas ni de procedimientos, basta con establecer un método que ponga en el banco de prueba las formas de superar la crisis afrontada. La decisión consensuada debe ser la resultante.

La técnica, en cambio, es preciso auspiciarla. La preparación del conciliador es de suma importancia. No basta con tener oficio, debe informarse previamente de la situación, ayudar a las partes a explorar las soluciones factibles y predisponer a la “negociación”. Una vez puesto en materia podrán alcanzarse recíprocas concesiones (según esta idea, la conciliación es el marco y la transacción su contenido).<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Vescovi, Enrique, “La justicia conciliatoria”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1982-2, pp. 164 y ss. También, su disertación en ocasión de las VII Jornadas Nacionales —Uruguayas— de Derecho Procesal, Lavalleya, Minas, 23/25 de abril de 1993.

### 3. *Mediación*

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requería de soluciones jurídicas; mientras que la mediación asumía el acercamiento de intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental.

Carnelutti sostiene que la conciliación tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a la composición contractual; sin que la fisonomía de litigio que asume el trámite de mediación excluya posibilidades de arreglo concertadas.<sup>14</sup>

Posiblemente, la solemnidad que tuvo en el proceso italiano posterior a 1940, determinó la incredulidad de Denti sobre sus posibilidades reales. Pero actualmente, la mediación ocupa un espacio diferente. Se instala anterior al procedimiento judicial, y fuera del mismo crece y promete mejores variables que las fórmulas comunes de resolver un pleito (el clásico allanamiento, desistimiento, transacción, etcétera).

Enseña Sharon Press<sup>15</sup> que la mediación

es un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes —que pueden ser dos o más— y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahí termina la mediación.<sup>16</sup>

La técnica de esta modalidad se despoja de formalismos. Está reducida a una o varias audiencias que, enfrentando “cara a cara” a las partes, pone de relieve sus posiciones, puntos de conexión y

<sup>14</sup> Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, México, Ed. Cárdenas, s/f, t. I, p. 203.

<sup>15</sup> Directora desde abril de 1991 del Centro de Resolución del Estado de Florida; *cfr.*, revista *Libra*, año 1, núm. 1, p. 44.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, en nota anterior, p. 42.

distancia, obrando el mediador tras la solución del caso, sin tener que recurrir a determinados procedimientos verifcatorios (esto es, que a nadie se le pide demuestre que tiene razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia la mediación parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho), sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y opciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa.

En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como la noción de *litiscontestatio*, congruencia, verificación de presupuestos *de iure* y *de facto*, etcétera.

En Estados Unidos la mediación es institucional, organizada en diversos centros de atención que atienden una amplia gama de conflictos. Los más comunes provienen de cuestiones de vecindad, laborales y aun escolares, donde en los mismos establecimientos se fomenta entre los alumnos la idea de constituirse en mediadores entre sus compañeros.

En Argentina se ha previsto un “Programa Nacional de Mediación”<sup>17</sup> que auspicia el sistema tanto para cuestiones típicamente

<sup>17</sup> Comprende los aspectos siguientes: 1. Elaboración de un anteproyecto de ley o decreto mediante el cual se establece la mediación en los conflictos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, con carácter voluntario en la generalidad de los casos y obligatoria para ciertos supuestos, en una experiencia piloto que se llevará a cabo en los tribunales de primera instancia que se designen. Se crea, además, un cuerpo de mediadores habilitados para ejercer sus funciones ante el Poder Judicial de la Nación, que deberán contar con títulos adecuados y cumplir con los requisitos de capacitación respectivos; 2. Creación de una escuela de mediadores, cuyo objetivo es capacitar y entrenar mediadores, teniendo en cuenta las particularidades propias de la mediación patrimonial y la familiar. Contará con dos niveles de capacitación, uno general dirigido a cualquier profesional y otro especializado para abogados que actuarán conectados con el Poder Judicial de la Nación. Concluido el entrenamiento, el Ministerio de Justicia contará con un equipo de mediadores habilitados para ejercer en el Poder Judicial de la Nación, comenzando con los juzgados pilotos. La escuela brindará además educación continua; 3. Convenios con organismos públicos y privados, a fin de divulgar esta técnica para resolver disputas, contar con un futuro plantel adecuado en su formación técnica e implementar programas de mediación en la órbita de sus respectivas competencias.

jurisdiccionales como para aquellas que merecen un tratamiento diferenciado tendente a evitar la concreción de la controversia.

En orden al procedimiento, se quiere evitar la instauración de formas preestablecidas. La reunión de los interesados ante el mediador en una audiencia (a modo de entrevista) es la manera más habitual; sin perjuicio del acuerdo que pueden suscribir para dar efectos vinculantes a la decisión que se alcance.

Esta última característica es importante al provocar una causa de prejudicialidad que evita la formación del proceso judicial. Así resulta en la legislación colombiana donde el compromiso suscrito obliga a las partes en los puntos que hayan causado el acuerdo.

#### 4. Arbitraje

De todas las instituciones descritas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común.

Puede definirse como un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva.

La concertación entre contradictores es la puerta de acceso a este mecanismo, aun cuando sea posible advertir ciertos arbitrajes obligatorios como sucede con ciertas disposiciones del Código Civil (artículos 1627, 2621, entre otros).

Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos de acuerdo con el sistema donde vayan a insertarse.

a) El *arbitraje voluntario* proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule.

b) El *arbitraje forzoso*, en cambio, viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto.

c) El arbitraje puede ser *jurídico o de equidad*, en el primer caso se requiere de jueces capacitados en la materia a resolver; mientras que en el otro basta con los buenos oficios (amigable composición).

A su vez, la elección de la vía supone recurrir a árbitros libremente seleccionados, o bien, designar a un organismo especializado (arbitraje institucionalizado).

Respecto a las formas, ellas pueden pactarse o derivarse a las reglamentaciones procesales ordinarias. También, pueden aplicarse las

que surjan de las disposiciones internas de los cuerpos de árbitros organizados (Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Uncitral, etcétera).

La decisión (laudo) obliga pero no somete, es decir, determina efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inejecución no tiene sanciones de árbitros. En su caso, son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

El cuadro de situación es auspicioso para el arbitraje. Tanto en su carácter doméstico o interno, como en el internacional, pero falta una tarea concisa de orientación y fomento que disuada la desconfianza.

En verdad, el cambio que promete tiene bondades de reflejo inmediato (celeridad, disposición absoluta entre las partes, informalismo, economía de gastos y esfuerzo, etcétera), sin embargo no existe adecuación entre el índice de litigiosidad común y el número de arbitrajes.

En nuestro país, la experiencia potenciada a partir de numerosos tribunales de arbitraje creados por distintas entidades (colegios de escribanos, abogados, contadores, entre otros),<sup>18</sup> no sirvieron a los fines que fueron pensados. Alcanzaría con los “dedos de una mano” para numerar los casos en estudio.

Según Morello esta inconsecuencia tiene algunas explicaciones. Una de ellas es que

el temor que sienten los abogados parte de que esos organismos —tanto el arbitraje convencional o *ad hoc* como el institucionalizado— no llegan a superar en seguridad jurídica, imparcialidad y confianza los registros que dispensan los órganos de la justicia estatal. . . También temen los abogados que, a través de ese mecanismo, los clientes puedan fugarse del consejo y asistencia letrada que los profesionales de confianza les estaban brindando y queden capturados por los propios y competentes árbitros que juzgan ese, su caso. Dudan asimismo, del costo genuino del arbitraje, en comparación con el del litigio judicial. También el tiempo no legal sino funcionalmente cierto de su desarrollo, al ser tributario y depender en los pasos estructurales claves, de la decisión judicial, por carecer los árbitros de imperio y ser subalternos de la necesaria

<sup>18</sup> Existe un proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 31 de octubre de 1991 por el cual se propicia resolver controversias civiles y comerciales mediante el procedimiento de arbitraje.

y saneadora intervención de la jurisdicción oficial. Más vale lo bueno, no sólo por conocido sino porque la seguridad operativa estará más del lado de nuestros jueces que del de los árbitros. .<sup>19</sup>

## 5. Ombudsman o defensor del pueblo

La institución del *ombudsman* difiere de las anteriores en la naturaleza del conflicto que ha de solucionar.

En efecto, originariamente las misiones esenciales de esta figura fueron de fiscalización a los funcionarios de gobierno, tal como informa el antecedente más concreto que fue el canciller sueco.<sup>20</sup> Después, el organismo adquirió un gran prestigio y fue modelo a imitar en prácticamente toda la península escandinava. El control de gestión se afianzó con este mecanismo de equilibrio, que repercutió notablemente en toda Europa, hasta llegar a una de las manifestaciones más visibles del modelo, con el defensor del pueblo español consagrado en la Constitución de 1978.

El *ombudsman*, a diferencia de otras instituciones, no tiene como función específica resolver controversias o conflictos de los particulares, sino tutelar el servicio pleno y eficaz de la administración pública. Es verdad que el organismo amplía sus misiones de acuerdo con las legislaciones que lo establecen, pero también lo es que típicamente realiza las siguientes labores:

a) Discutir, disentir, innovar, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública.

b) Investigar, publicar aquellos comportamientos administrativos que constituyan un ejercicio defectuoso de la administración pública.

c) Investigar las denuncias que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el *ombudsman* no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza alguna; hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto contengan visos mínimos de seriedad intrínseca.

d) Recomendar pública o privadamente a los funcionarios intervinientes, ya sea en informes privados o a través de su informe público

<sup>19</sup> Morello, Augusto Mario, "Los abogados y el arbitraje", en *Jurisprudencia Argentina*, octubre 7/1992, núm. 5797.

<sup>20</sup> Cfr. Gozaini, Osvaldo Alfredo, *El defensor del pueblo*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989, p. 23.



anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, cuáles acciones estima necesario que la administración pública adopte, o cuáles comportamientos debe modificar, cuáles normas de procedimiento debe incorporar, etcétera.

e) Exhortar, argüir, influir sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna, para que adopten las providencias que sean necesarias para la enmienda de los comportamientos administrativos objetados.

f) Criticar, censurar, amonestar en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria *stricto sensu* sobre los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones pueden según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que el primero es el caso más aconsejable, y que sólo la reiteración de la conducta censurada, en caso de especial gravedad de la conducta, hará pública su crítica.

g) Iniciar acciones o recursos judiciales contra la administración pública, en aquellos casos en que a su juicio los tribunales por la índole del tema pueden brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero en que por problemas de falta de personería, de legitimación, de fondos o de tiempo, pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) Deducir acciones o recursos administrativos o ante Tribunales Administrativos donde éstos existen, en las mismas situaciones que el caso anterior.

i) Efectuar informe anual público sobre sus propias funciones, del cual resultan fracasos que ha tenido en sus intentos de influir para el mejoramiento de ésta y que recomendaciones formula, en su caso, a los poderes públicos.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Seguimos en esta enumeración a Gordillo, Agustín A., *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Ed. Civitas, pp. 128-129.