

LA VISIÓN DEL CONFLICTO

Y

SU RESOLUCIÓN

EN EL NUEVO PERFIL DEL ABOGADO

Por Gladys Stella Álvarez¹

*La resolución de conflictos tiene la capacidad de lograr que sistemas
enfrentados se conviertan en armónicos.
Tiene la capacidad de unir, crear puentes entre las personas, entre grupos
y entre sistemas.
John Burton*

¹ El texto corresponde a un capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (en prensa)

1. Introducción

A partir de la década del 80 se advierte en la mayoría de los países latinoamericanos, por un lado, la preocupación institucional por fortalecer los procesos democráticos emergentes y el estado de derecho y por el otro la necesidad de incorporar en el plano económico, complejas figuras y mecanismos que abarquen y regulen la trama de nuevas relaciones que van apareciendo como consecuencia de la revolución tecnológica y de complejas formas de comercialización. Estas transformaciones van acompañadas de procesos de cambio que frecuentemente son resistidos por aquellos sectores, instituciones e individuos acostumbrados - y cómodos - con las viejas estructuras.

Contrariamente a lo que ocurre en la autocracia, la democracia exige actitudes de respeto y tolerancia hacia los otros, el fortalecimiento de la práctica del diálogo, no discriminatorio, incluyente y amplio, y la firme creencia en la posibilidad de llegar a acuerdos mediante el consenso o la negociación cooperativa donde ambas partes puedan tener soluciones que satisfagan sus intereses como resultado de su propia decisión.²

El llamado movimiento de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o de Conflictos (RAC), que se inicia como tal en América latina en la última década, se sustenta en los valores democráticos mencionados y bajo su nombre se incluye toda forma de resolución de disputas - no necesariamente jurídicas - que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto. Cabe mencionar entre ellos la negociación, mediación, facilitación, conciliación, arbitraje tradicional y nuevos arbitrajes - como por ejemplo el "no vinculante" -, la evaluación previa, el minijuicio, los expertos neutrales y el ombudsperson, entre otros.³

Como este trabajo se centrará en algunos aspectos del perfil de abogado a tener en cuenta por nuestras facultades de derecho, una mirada al sector, nos revela que las estructuras jurídicas y la organización de la administración de justicia no ha dado respuesta oportuna a los desafíos de cambio ni a la permanente juridización de los nuevos conflictos que provoca una mayor demanda de servicios de justicia. La acumulación de causas, la demora, la inseguridad jurídica son algunas de las consecuencias que están a la vista. Un tratamiento especial merece el alto costo del sistema judicial el que - como veremos más adelante - es soportado

² Böhmer, Martín F. "Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula" en *Academia* Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires" Año 1 - Número 1, Otoño 2003, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pag.13/34.

³ Ver, Álvarez, Gladys Stella, *La Mediación y el Acceso a Justicia*, ed. Rubinzal - Culzoni, Rosario, 2003.

por las partes y por la sociedad en su conjunto. y que el acceso a justicia no es efectivo.

La falta de acceso a justicia es otra de las causas de la insatisfacción popular con la prestación del servicio de justicia. Se ha sostenido la necesidad de aludir a esta temática bajo el rótulo *acceso a justicia* y no *acceso a la justicia* con la intención de ampliar el enfoque de este derecho, de manera tal que no connote solamente la entrada al sistema judicial sino que abarque el camino a formas desjudicializadas de resolución de conflictos.

Debe recordarse que el poder de las partes para solucionar sus propios conflictos es la expresión de una sociedad democrática y el acceso a la justicia para los grupos más débiles es la expresión de una sociedad justa.⁴

Recién en la última década se ha tomado plena conciencia de esta crisis de la Justicia y han surgido movimientos de reforma que encaran diversos aspectos de la administración de justicia, tales como reorganización de los órganos, reformas normativas, sistemas de administración, incorporación de tecnología y gerenciamiento de casos, capacitación de los recursos humanos. Uno de los pilares de estas reformas es la introducción de la resolución alternativa de disputas, especialmente la mediación y la conciliación ya sea mediante un sistema anexo, conectado o relacionado con los tribunales ya sea en forma pre-judicial o intra-procesal, voluntaria u obligatoria.

La RAD está siendo institucionalizada paulatinamente como un servicio más que ofrece la administración de justicia en forma complementaria y subsidiaria del sistema tradicional.

En este nuevo enfoque de desjudicialización de las soluciones de conflictos están comprometidas las políticas públicas en materia de justicia y la formación de los operadores del derecho: abogados y los jueces. La sociedad civil como usuaria y destinataria del servicio forma parte de este cambio y debe asumir un papel protagónico a fin de que el uso de la RAD se convierta en una práctica social que restituye a los individuos su poder en la decisión de los conflictos, a la vez que constituye una ampliación efectiva del acceso a justicia.

Podemos entonces afirmar que el escenario de la práctica de la abogacía ha cambiado y que la enseñanza tradicional del derecho y la formación de los operadores jurídicos, está en un proceso de cambio. Las facultades de derecho están dando respuesta a estas necesidades y se han hecho cargo de la reforma de los planes de estudio, de manera tal que el profesional que egrese en el futuro además de tener una mirada amplia (comprensiva de otras disciplinas) del fenómeno jurídico, deberá estar capacitado no sólo para conducir un litigio sino para manejar los conflictos de la manera que sea más conveniente a su cliente. Tendrá la obligación ética de informar sobre los diversos mecanismos RAD que se

⁴ Álvarez, Gladys Stella, ob cit. Cap.II.

ofrecen, sus ventajas e inconvenientes de acuerdo con los intereses en juego, con la certeza de que en caso de que éstos no den resultados positivos el sistema formal dará la respuesta que corresponda en derecho.

2. La resolución de conflictos en el perfil tradicional del abogado

La enseñanza tradicional del derecho presupone que el fenómeno jurídico se reduce al derecho y éste a la legalidad vigente. El alumno incorpora tempranamente como regla que estos textos son los centrales y que su éxito o fracaso en la carrera y en la profesión dependerá, en gran medida (aunque no exclusivamente), del dominio que tenga de los mismos y de su habilidad para expresarlos.⁵

Acorde con esta concepción, el modo clásico de ejercer la abogacía en general es el litigio. La mayoría de los abogados realizan su tarea profesional en los expedientes judiciales. El litigio es el nivel de análisis en que se entroniza la pelea mediante “representantes” de las partes en disputa para que un tercero – el juez- dirima sobre las posiciones de los implicados.⁶

Indudablemente, nuestra enseñanza del derecho ha tendido hasta ahora hacia el litigio, la controversia y el favorecimiento del sistema adversarial; no debe entonces extrañar que la forma natural de ejercer la abogacía sea a través de la lucha y el pleito.

2. 1. Otra mirada para la resolución de conflictos -Intereses, derecho y poder ⁷

La formación del futuro abogado requiere de éste la habilidad para conocer y leer el mapa de un conflicto. El campo de estudio del conflicto es vasto, el currículo debe incluir los aspectos específicos que se deben conocer y manejar para prevenirlo o resolverlo. El profesional del derecho de este siglo XXI, debe ser un agente que contribuya a la paz social, especialista en el manejo de las disputas a fin de que puedan ser resueltas en forma no adversarial.

El conflicto existe desde que el mundo es mundo; es connatural al hombre y a los grupos que integra. Nace con la vida en comunidad, es una parte ineludible en el desarrollo de las sociedades humanas. No es en sí mismo ni positivo ni negativo. Nos afecta a todos y en todos los ámbitos, atraviesa la comunidad y la cultura. Saber cómo mirarlo y comprenderlo puede ser decisivo a la hora de

⁵ Lista, Carlos A. y Begala, Silvana “La presencia del mensaje educativo en la Conciencia de los Estudiantes: resultados de la socialización en modelo jurídico dominante” en Academia Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Año 1 N°2, págs. 147/170.

⁶ Highton, Elena I. y Álvarez Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., capítulo XVI.

⁷ Álvarez, Gladys Stella, *La Mediación y el acceso a Justicia*, ed. Rubinzal – Culzoni, Rosario, 2003, capítulo V, págs. 97/115.

intervenir en él a fin de buscar soluciones, productivas y efectivas. Cuando los conflictos no son resueltos en forma adecuada, se están comprometiendo los proyectos o patrimonios de los individuos, grupos o entidades de una comunidad. De igual manera sucede ante la recurrencia del conflicto, que origina una ineficiencia en el uso de recursos, convirtiéndose en un tema de preocupación general e incluso de compromiso de recursos públicos, sobre todo en situaciones límite, como lo son la lucha social violenta o la guerra.⁸

A fin de visualizar los distintos caminos que se abren para la resolución de conflictos resulta conveniente partir de la detección de la existencia de la disputa. A los fines de este trabajo usaremos indistintamente los términos disputa y conflicto, aunque existe una postura en la teoría del conflicto que efectúa una distinción, que compartimos. Pese a ello haremos uso de la libertad de estipulación.⁹ Una disputa comienza cuando una persona, física o jurídica, efectúa un reclamo o demanda que surge de algo percibido por ella como un daño, una necesidad o bien una aspiración y la otra persona - la reclamada - los rechaza.

En esta situación, hay intereses que deben ser satisfechos, existen derechos que son indicadores de un probable resultado justo y también una relación cierta de poder entre las partes.

Las partes pueden entonces, concentrar su atención en uno o varios de estos factores y buscar: a) conciliar sus intereses subyacentes, b) determinar quién tiene la razón - aplicar el derecho -, c) definir quién es más poderoso. Analizaremos en qué consiste cada una de estas variables que aparecen en las disputas.¹⁰

- *Intereses*

⁸ Bianchi sostiene que "Al entrar en el terreno de la lucha, la mayor parte de las veces se suele perder el control sobre sí mismo y también ocurre una reducción y hasta la desaparición del control mutuo. Ello ocurre tanto en los hechos físicos como en la dimensión verbal, dentro del universo del discurso. El conflicto se verbaliza, bajo la forma de argumentos o posiciones, con las cuales se racionalizan actitudes y pretensiones bajo la forma de justificaciones. La situación de enfrentamiento personal, unida a la argumentación, conduce a lo que se ha dado en llamar la cristalización del conflicto. A partir de allí puede desencadenarse la agresión, la represalia, la violencia o la exclusión. En el extremo, más extremo 'terminar con el conflicto' puede representarse como la supresión física, el exterminio, sometimiento o la exclusión de la otra parte, o incluso de un tercero con recurso a la aplicación de alguna forma de poder". Bianchi, Roberto, *Mediación prejudicial y conciliación*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1996, p. 19-22.

⁹ Álvarez, Gladys Stella, *ob.cit.* nota 105.

¹⁰ Ury, William L., Brett, Jeanne M. y Goldberg, Stephen B., *Getting Dispute Resolved - Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, San Francisco, California, USA, Jossey-Bass Publishers, 1988, hay traducción al castellano a cargo de Fundación Libra, al cuidado de Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez y Graciela Tapia, *Cómo resolver las disputas - Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal - Culzoni

Son necesidades, deseos, preocupaciones, temores, proyectos, expectativas; representan las cosas que a uno le importan o que anhela y que subyacen en las posiciones de las personas, que es lo tangible, lo que expresan y que dicen que quieren. La conciliación de tales intereses no es fácil. Implica investigar preocupaciones profundas, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses son opuestos.

Muy a menudo, antes de que las partes puedan comenzar efectivamente el proceso de conciliación de intereses, es probable que necesiten desahogar sus emociones que rara vez están ausentes, siendo causa y efecto en las disputas. Su expresión en conflictos interpersonales, reduce la hostilidad de manera significativa cuando se posibilita liberar enojos y frustraciones. Así pueden legitimarse las emociones, operándose un reconocimiento mutuo entre ellas, e incluso, la aparición de una disculpa sincera puede darse si la emocionalidad es bien manejada, lo que facilita la resolución de las disputas sobre la base de los intereses.

- *Derecho*

En este supuesto, se apela al recurso de introducir para la resolución, alguna pauta independiente que se percibe como legítima, aceptada o justa, y que determinará quién tiene razón. Con el término “derecho”, aludimos a las características “formalización” de los comportamientos así como también a la “normatividad” en sentido amplio, para motivar conductas. Así consideramos a las normas jurídicas en toda su acepción y rango, incluyendo a las normas de comportamiento aceptadas socialmente, como por ejemplo: el precedente, la reciprocidad, la jerarquía, la igualdad, entre otras. Tales pautas, no son siempre claras, precisas y existen contradicciones. Cuando se quiere llegar a un acuerdo sobre los derechos, donde el resultado definirá quién recibe qué, frecuentemente es difícil y a menudo lleva a que las partes busquen a un tercero para determinar quién tiene razón. El ejemplo clásico es el procedimiento de adjudicación: los contendientes presentan la prueba y los argumentos a un tercero neutral, quien tiene el poder de emitir una decisión.

- *Poder*

Resolver una disputa sobre la base del poder implica que una parte tiene la capacidad de imponerle los “costos” en toda la extensión de esta palabra (económicos, políticos, entre otros) a la otra parte o amenazar con hacerlo. Definimos al poder, de un modo algo restringido, como la aptitud de forzar a alguien a hacer algo que de otra manera no haría. El ejercicio típico del poder implica una imposición de una parte sobre la otra, ya sea real o potencial.

Es difícil definir cuál es la parte más poderosa sin una lucha de poder decisiva y potencialmente destructiva, porque en definitiva el poder es una cuestión de percepciones. A pesar de los indicadores objetivos de poder - como los

recursos financieros -, las percepciones de cada una de las partes respecto de su poder y del de su oponente comúnmente no coinciden. Además, es frecuente que no se tome en cuenta la posibilidad de que su adversario invierta mayores recursos en ganar la lucha, al percibir que un cambio en la actual distribución de poder afectaría los resultados.

Existe una interrelación entre intereses, derechos y poder que se dibujaría en círculos concéntricos donde el círculo interno representa los intereses, el intermedio los derechos y el externo el poder. La conciliación de los intereses se realiza dentro del contexto de los derechos y el poder de las partes. La evaluación del resultado probable de llevar una disputa a los tribunales o a la huelga, por ejemplo, ayuda a definir el rango de negociación dentro del cual puede encontrarse una resolución. De modo similar, la definición de los derechos tiene lugar dentro del contexto del poder. Una parte, por ejemplo, puede obtener una sentencia favorable en los tribunales, pero a menos que el fallo pueda ponerse en práctica, la disputa continuará. Así, en el proceso de resolución, el foco puede trasladarse de los intereses a los derechos, al poder y luego volver.

2.2. Costos y beneficios

Los diferentes enfoques para la resolución de disputas (intereses, derechos y poder), generan diferentes costos y beneficios. Consideramos cuatro criterios al compararlos:

- los costos de transacción,
- la satisfacción con los resultados,
- el efecto sobre la relación y
- la recurrencia de las disputas.

▪ Costos de transacción

Los más obvios son los económicos, derivados del daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de chance, valorados en dinero. En una discusión familiar, los costos incluirían las frustrantes horas dedicadas a la discusión, la tensión nerviosa, los dolores de cabeza, y las oportunidades perdidas de hacer tareas más placenteras o útiles. Todos los procedimientos de resolución de disputas conllevan costos de transacción: el tiempo, el dinero y la energía emocional dedicados a las disputas; los recursos consumidos y destruidos y las oportunidades perdidas.

▪ Satisfacción con los resultados

Otra manera de evaluar las maneras de resolver las disputas es haber alcanzado un grado de satisfacción mutua con el resultado. La satisfacción de una parte depende en gran medida del punto hasta el cual la solución coincide con los intereses que lo llevaron a hacer o rechazar el reclamo en primer lugar. El nivel de satisfacción también puede depender de que la parte considere que la solución es

justa o no. Aun cuando un acuerdo no cumpla totalmente con sus intereses, un contendiente puede obtener alguna satisfacción considerando la justicia de la solución. La satisfacción depende no sólo de que se perciba como justa la solución, sino también de que se perciba como justo el procedimiento de resolución de disputas. Los criterios de justicia dependen de varios factores: en qué medida tuvo oportunidad de expresarse el participante; si tuvo el control en la aceptación o rechazo del acuerdo; y si cree que el tercero facilitador, si lo hubo, actuó de manera justa.

- **Efecto sobre la relación**

Alude al efecto a largo plazo sobre la relación entre las partes. El camino que se sigue para llegar a resolver un conflicto puede dificultar la posibilidad de las partes de continuar trabajando juntas a diario. Las peleas constantes con amenazas de divorcio pueden debilitar severamente a un matrimonio. En cambio, la participación en actividades con la asistencia de consejeros matrimoniales, en que los cónyuges aprenden a concentrarse en los intereses para llegar a resolver las disputas, puede fortalecer el matrimonio.

- **Recurrencia**

Este criterio establece si un enfoque en particular arriba a soluciones durables. La forma más sencilla de recurrencia es cuando una resolución no logra su objetivo. Por ejemplo, una disputa entre un padre y su hijo adolescente sobre la hora en que debe llegar a la noche puede parecer resuelta pero vuelve a aparecer una y otra vez. Una forma más sutil de recurrencia se produce cuando se llega efectivamente a la resolución en una disputa en particular, pero ésta no logra evitar que la misma disputa surja entre uno de los contendientes y otra persona, o quizás entre dos partes diferentes dentro de la misma comunidad.

2.3. Interrelaciones entre los criterios

Los cuatro criterios mencionados están interrelacionados. La falta de satisfacción con los resultados puede ocasionar tensión en la relación, lo que contribuye a la recurrencia de las disputas, lo que a su vez aumenta los costos de transacción. Ya que los diferentes costos generalmente aumentan y disminuyen simultáneamente, es conveniente referirse a los cuatro de manera conjunta como los “costos de contender”. Cuando decimos que un enfoque en particular es de “alto costo” o de “bajo costo”, no nos referimos solamente a los costos de transacción sino también a la falta de satisfacción con los resultados, a las tensiones en la relación y a la recurrencia de las disputas.

Un enfoque sobre la base de los intereses puede ayudar, no sólo a revelar problemas ocultos, sino también a identificar las cuestiones que más preocupan a uno u otro; puede resolver el problema subyacente en la disputa más

efectivamente de lo que lo puede hacer la concentración en los derechos o en el poder.

La conciliación de los intereses, por lo tanto, tiende a generar un nivel más alto de satisfacción mutua ante los resultados que la definición por derechos o por poder. Si las partes están más satisfechas, se beneficia su relación, y es menos probable que recurran a la disputa.

La determinación de quién tiene razón o quién es más poderoso, que pone el énfasis en quién gana y quién pierde, normalmente hace que la relación sea más hostil y tensa. Además, es frecuente que el perdedor no se dé por vencido, sino que apele a un tribunal más alto o planee una venganza.

Indudablemente, la conciliación de los intereses a veces lleva mucho tiempo, sobre todo cuando hay muchas partes en la disputa. Sin embargo, generalmente estos gastos son bajos si se los compara con los costos de transacción propios de las luchas de derecho y de poder como, por ejemplo, los juicios, la toma de control de empresas, o las guerras.

La determinación de los derechos o del poder frecuentemente se convierte en una lucha, una competencia entre las partes para determinar quién ha de predominar. Pueden competir con palabras para persuadir a un tercero que debe tomar la decisión según los méritos de su caso, como en la adjudicación, o pueden competir con medidas tendientes a demostrarle al otro quién es más poderoso, mandando pelear a otros.

Las luchas sobre la base de derechos difieren de las luchas de poder principalmente en sus costos de transacción. Una lucha de poder normalmente cuesta más en recursos consumidos y oportunidades perdidas. Las huelgas cuestan más que el arbitraje. La violencia cuesta más que el litigio. Los altos costos de transacción surgen no sólo de los esfuerzos invertidos en la pugna sino también de la destrucción de los recursos de la otra parte. La destrucción de la oposición puede ser el objeto mismo de una lucha de poder.

Las luchas de poder frecuentemente crean nuevos deterioros y nuevas disputas al mismo tiempo que ira, desconfianza y un deseo de venganza, dañan más la relación y llevan a una mayor recurrencia de las disputas que las luchas de derechos. En general, un enfoque desde los derechos es menos costoso que un enfoque desde el poder.

En resumen, la concentración en los intereses, en lugar de los derechos o el poder, tiende a producir mayor satisfacción con los resultados, mejores relaciones personales y menor recurrencia, y probablemente menores costos de transacción.

Por lo tanto, consideramos que, en general, la conciliación de los intereses es menos costosa que la determinación de quién tiene razón, que a su vez es menos costosa que la definición de quién es más poderoso. Esta propuesta no implica que concentrarse en los intereses es invariablemente mejor que poner la mira en los derechos y en el poder, sino sencillamente que tiende a provocar menores costos

de transacción, mayor satisfacción con los resultados, menor tensión en la relación y menor recurrencia de las disputas.

2.4. La decisión judicial: una necesidad

Cuando una de las partes del conflicto al efectuar su reclamo basado en lo que ella ha percibido como una experiencia injuriosa, lo canaliza, no ya directamente frente a la otra, sino dándole al pedido una presentación altamente formalizada a la vez que solicita la intervención jurisdiccional, estamos en presencia de un litigio que será decidido por un tercero que reviste la calidad de órgano del estado: el juez.

Precisamente con “jurisdicción” se alude a una característica del Estado moderno que ha reivindicado para sí el monopolio de la fuerza y, sobre la base de ese monopolio, se adueña del conflicto. Esta apropiación, aunque define y abarca a todo el sistema, es vista con más claridad en el sector penal, en el que -- al menos en los delitos de acción pública - hay un frente a frente del Estado con el infractor, y las víctimas quedan al margen, siendo su lugar enteramente ocupado por los organismos competentes.

La función judicial, es ejercida a través de los jueces, cuya misión es dirimir las controversias, con *imperium* para hacer cumplir sus decisiones. La solución judicial, como método clásico, concluye con la sentencia que define el pleito y donde por lo general hay un vencedor y un vencido. Y si bien puede suceder que una parte gane y la otra pierda, o que ambas pierdan, en todo o en parte, el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones y defensas esgrimidas, respetando el principio de congruencia y sobre la base de las pruebas producidas, sin juzgar sobre la conveniencia de la solución.

Las normas generales del sistema (derecho) contienen un repertorio de casos generales (conflictos) a los que se les imputa determinadas soluciones jurídicas. Es cierto que también hay normas que atribuyen competencias y otras que son definiciones. El juez de acuerdo con los elementos obrantes en la litis, al dictar sentencia constituye el caso individual (individualiza el conflicto en cuanto a persona y problema) y luego lo subsume en la norma general, aplicando la solución normativa allí prevista. Técnicamente podría decirse que con ello concluye el juicio, aunque bien sabemos que más del 80 % de las sentencias requieren de ejecución. No existe certeza de que la sentencia resuelva el conflicto, lo más probable es que no y el conflicto, que sigue latente en los casos en que las partes deben mantener una relación continua, desemboca ulteriormente en nuevos litigios.

La sentencia, como regla general, toma en cuenta las posiciones de las partes al momento en que se trabó la litis. En todo juicio controvertido hay un enfrentamiento, un choque frontal en el que cada una de ellas expone sus mejores razones de derecho con el fin de convencer y vencer en la contienda. Se trata de no

ceder posiciones, resaltando todo aquello que beneficia y callando lo que desfavorece. Esta situación produce un enorme desgaste que las distancia aún más de lo que estaban antes del pleito. Y muchas veces, por el mismo mecanismo del litigio, los letrados también se ven inmersos en esa lucha sin cuartel. Se convierten en aliados de sus clientes, sumergiéndose en el combate con más fuerza que ellos, con riesgo de perder la objetividad. Por ese camino no obtienen la tan buscada paz.

Contribuye a configurar este panorama el hecho de que los abogados hemos sido educados en la creencia de que el sistema jurídico y sus instituciones judiciales constituyen la vía adecuada para la solución pacífica de los conflictos. Sin embargo, tanto de la Teoría General del Derecho como de la Teoría del Conflicto, aparece claro que el litigio es un método que recurre a la fuerza. Ciertamente que la fuerza ha sido expropiada a los particulares y es ejercida por el estado.¹¹

La sentencia que se dicta lleva implícita y a veces explícita la amenaza del uso de la coacción para el caso de incumplimiento voluntario de las partes. Ese es el juego del derecho, motivar la conducta de las partes bajo la amenaza de aplicar una sanción. Y ello es así tanto para la decisión judicial como para el laudo arbitral: ambos son el producto de métodos adversariales en los que está ausente toda solución integradora. La solución de problemas, o los resultados ganar – ganar son impensables cuando nos referimos a la sentencia o al laudo.

Ello no significa que se desconozca el valor de la sentenciaⁱ y menos aún que se ponga en duda la importancia de la potestad judicial como pilar de un estado democrático, en el cual el Poder Judicial –entre otras funciones- tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los valores fundamentales de la sociedad. Sólo una decisión judicial puede resolver con autoridad ciertas cuestiones. En consecuencia no todas las disputas se pueden –ni deben- resolver conciliando intereses. Los procedimientos basados en los derechos y en el poder, en algunas ocasiones pueden lograr más que los procedimientos basados en los intereses. El problema es que los procedimientos basados en los derechos y en el poder frecuentemente se utilizan cuando no son necesarios. Un procedimiento que debiera ser el último recurso frecuentemente se torna en el primer recurso. Solemos usar la metáfora del hospital para alentar a las partes para que tomen los caminos menos costos, y decimos que en la mayoría de los casos el enfermo es atendido en primer lugar en la Sala de Primeros Auxilios y sólo los enfermos graves van directo a las Salas de Terapia Intensiva o al quirófano. De cualquier manera, en un Estado de Derecho y como consecuencia del principio de legalidad, las partes tienen asegurado “un día en el tribunal”

¹¹ Entelman, Remo, F. “Métodos no pacíficos de resolución de conflictos: El litigio” Revista Libra, otoño de 1993 Año 2 N° 3, pp21-25.

2.5. Una célebre disputa sobre el currículo de las facultades de derecho

- Owen Fiss vs. Bob Derek

Prestigiosas voces han alzado sus críticas contra los acuerdos negociados de las partes al valorar la sentencia judicial por su dimensión reparadora, y del proceso judicial en cuanto cumple entre otras, una función social.

En el párrafo anterior hemos manifestado que no siempre es posible o conveniente que los conflictos se resuelvan por la composición de intereses. En algunos casos es necesario aclarar los derechos de las partes o demostrar dónde está el poder efectivo, para ir a la mesa de negociación. En otros, la relación entre las partes hace que el único ámbito apropiado para la resolución del conflicto sea el tribunal. Finalmente en ciertos casos en los que está comprometido el orden público debe intervenir un juez.

Han pasado muchos años desde el 6 de febrero de 1984, fecha en que Owen M. Fiss - profesor de Derecho Público de Yale University - pronunció en San Francisco (USA) su célebre conferencia "Against Settlement" (Contra el acuerdo)

El contexto en el cual las ideas del Prof. Fiss fueron expresadas versaba sobre la currícula de las facultades de derecho. Frente al modelo tradicional de preparación "para el combate legal", por él defendido, se encontraba Bok Derek, - profesor de Harvard y antiguo decano de la facultad de derecho-, quien reconoció las limitaciones de los tribunales y denunció la insatisfacción de los usuarios y operadores por el defectuoso funcionamiento de la justicia. Derek proponía preparar a los futuros abogados "en el suave arte de la reconciliación y el acuerdo" y predijo que las oportunidades de las próximas generaciones residirían en dirigir las inclinaciones humanas hacia la colaboración y el compromiso, en lugar de aferrarse a la rivalidad y el espíritu combativo, y afirmó que *"si los abogados no son capaces de encabezar un movimiento de cooperación y diseñar mecanismos que favorezcan su crecimiento, se quedarán al margen de uno de los experimentos sociales más creativos de nuestro tiempo"*.¹²

El movimiento de Resolución Alternativa de Disputas había cobrado importancia y una sección dedicada a esta área, se había creado en la American Association of Law Schools, institución que como su nombre lo indica, nuclea a las facultades de derecho en Estados Unidos.

Según Fiss, ya en 1983 se habían introducido modificaciones en las normas federales de procedimiento civil, instándose a la facilitación de los acuerdos en las audiencias previas al juicio - pre-trial conferences -, o bien con la utilización de procedimientos extrajudiciales.

¹² Derek, Bob. C., "What are America's Law Schools doing wrong? A lot", en 12 Student Lawyer 46 (1983) citado por Linda Singer, en *Settling disputes, Conflict resolution in business, families and the legal system*, Westview Inc., Boulder, Colorado, 1990, ps. 180-181, traducción al castellano al cuidado de Paloma Tauset, ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.

Sostuvo que las funciones del Poder Judicial exceden el ámbito de la resolución de conflictos, y sus sentencias tienen dimensiones sociales.

Para Fiss *“el acuerdo es una capitulación a las imposiciones de la sociedad de masas y no debe ser ni alentado ni elogiado.”*

Analizaremos algunos de sus argumentos. El primero de ellos, es el desequilibrio de poder entre los partícipes; sostiene que la negociación de los acuerdos presupone la igualdad entre las partes y que el acuerdo se formula sobre la predicción del resultado de la sentencia. Cuando un pobre litiga contra una corporación, su debilidad se mostrará por ejemplo, en la falta de información para predecir el resultado, en la urgencia en satisfacer su necesidad que puede inducirlo a acordar por no estar en condiciones de esperar un resultado judicial, y finalmente aparece también el desequilibrio porque puede no estar en situación económica para afrontar los costos del litigio. La gente pobre es víctima de los costos del litigio aunque llegue a un acuerdo.

Pensamos que los argumentos del Prof. Fiss en este punto, describen el estado de cosas que se da efectivamente en la realidad, cuando existe alto grado de desequilibrio de poder entre las partes en conflicto. Esta situación se presenta no sólo cuando en el conflicto se encuentran involucrados pobres y ricos; el desbalance de poder puede darse en múltiples y variadas situaciones y por innumerables factores. Precisamente, uno de los aspectos que hacen aconsejable la presencia de un tercero neutral, como el mediador o el conciliador, es la función que ellos cumplen y las herramientas técnicas que manejan para balancear el poder entre las partes. Hay casos en que no es posible equilibrar el poder, y cuando el tercero lo advierte, es el momento en que debe dar por terminado el procedimiento y manifestar a las partes que es el juez quien debe decidir el conflicto. Quizás el recurso a la jurisdicción como ámbito en el que se garantiza que el poder entre las partes esté equilibrado, forme parte de la ficción de la “igualdad ante la ley” pues, como bien sabemos, quien disponga del mejor abogado especialista en el tema o tenga acceso a los mejores consultores técnicos estará en mejor condición que aquél cuyos recursos no sean comparables. Ello además, asumiendo la ausencia total de cualquier tipo de corrupción que desequilibre el poder entre las partes.

En cuanto a la falta de recursos económicos para acudir al sistema formal, pensamos que forma parte del tema acceso a justicia pero la conclusión que sostenemos es exactamente opuesta a la del Prof. Fiss, pensamos que en tales casos, la mediación o la conciliación que implican una toma de decisiones integrativas constituyen un acceso efectivo a justicia.

Otro argumento que el Prof. Fiss esgrime contra el acuerdo es la ausencia de un legítimo consentimiento. Si se trata de personas individuales, dado que la mediación es voluntaria, que el mediador no aconseja ni emite opinión y que son las partes quienes construyen el acuerdo, el consentimiento debe ser legítimo, más bien diríamos la libre voluntad para acordar. Asumiendo que el tercero cumpla

adecuadamente su rol y no presione ni manipule. Más complicada es la crítica cuando se trata del consentimiento o voluntad de personas jurídicas y organizaciones. Sólo podemos decir al respecto que hablar en estos casos de consentimiento legítimo, es una trampa del lenguaje pues bien sabemos que la voluntad de las personas jurídicas o de las organizaciones es una ficción que puede explicarse mediante una serie de operaciones que describen un procedimiento complejo, las que una vez cumplidas, nos permiten decir legalmente, que “la persona jurídica, manifestó su voluntad o prestó su consentimiento”. Lo anterior también se aplica en la actuación procesal de las personas jurídicas dentro del juicio. Tanto en uno como en otro ámbito, estamos de acuerdo con que los contendientes no deben ser presionados para llegar a un acuerdo.

Acorde con el contexto normativo norteamericano sostiene que el acuerdo sólo tiene el valor de un contrato y por ello carece del valor de una sentencia a la que le suceden otras etapas procesales en las que la jurisdicción controla la dimensión reparadora de aquélla y en la que se ejerce el poder de coerción del juez. Contestamos que este aspecto depende sólo de una previsión normativa, ya que no existe impedimento para otorgarle al acuerdo celebrado por las partes, bajo ciertas condiciones, pueda ser ejecutado mediante el proceso de ejecución de sentencia.

“*Justicia en lugar de paz*” propone Fiss, le preguntaríamos con Kelsen y ¿qué es la justicia?¹³ Por qué no, una forma pacífica de resolver los conflictos sociales?¹⁴

3. Claves en la formación del abogado: aprender a actuar eficientemente en un sistema adecuado de resolución de disputas.

Hay casos que pueden tener una “mejor” solución si son tratados con mecanismos de resolución alternativa de disputas, otros deben ser resueltos por un juez. Por ello el sistema de resolución de conflictos para poder ser calificado de efectivo debe contar con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas 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 más bajo nivel; en la mayor medida posible, habrá descentralización; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos cuando sea absolutamente necesario”.¹⁵

Obvio es que, aplicado a la sociedad, el más alto nivel está dado por el sistema judicial. En principio, como ya hemos puntualizado los tribunales deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución tales como la negociación, la mediación, o cualquiera de las formas del arbitraje.

¹³ Kelsen, Hans, ¿Qué es la Justicia?, Eudeba, Buenos Aires, 1981.

¹⁴ Álvarez, Gladys Stella, “Aprender a aprender”, Rev. La Ley, Buenos Aires.

¹⁵ Álvarez, Gladys Stella, Highton, Elena I. y Jassán, Elías, *Mediación y Justicia*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 28/31

Sin embargo, ninguno de estos procesos es, por sí solo, suficiente para manejar efectivamente el tipo de disputas que surgen en una sociedad. Lo que se necesita es un sistema integrado. En realidad se trata de armar un diseño de sistemas de resolución de conflictos para el caso o para la organización. Para que este sistema funcione, las partes necesitan estar informadas de su existencia, estar motivadas para usarlos, estar entrenadas en negociación sobre las técnicas necesarias, tener acceso a recursos tales como terceros experimentados, etc. El propósito del diseño de un sistema de solución de disputas es ofrecer a las partes el máximo de posibilidades y de asistencia para que puedan encontrar la mejor manera de resolver su disputa, en lo posible con mutuos beneficios y con el menor costo de tiempo, dinero y menor daño a las relaciones.

Si tomamos en cuenta lo señalado en el punto 2.1 acerca de los intereses, derecho y poder y visualizamos un esquema en forma de pirámide sobre cuya base descansa el primero de los términos (intereses), luego en el medio (derecho) y en su vértice (poder) obtendremos una estructura que no sólo daría cuenta de un sistema de resolución de conflictos eficiente –esto es que la mayoría de los problemas que se presentaran dentro de una organización, grupo, sociedad, u otras formas sociales de convivencia, se atenderían siguiendo la dirección de abajo hacia arriba– sino que además se está proveyendo un esquema conceptual de enseñanza que puede incluirse en el Plan de Estudios de las facultades de derecho y, más precisamente, en los contenidos curriculares de cada especialización jurídica en los que aquél estuviera dividido.

Ahora bien, para que el cambio social que predicamos, no sea “más de lo mismo”, al discurso de la ‘eficiencia’ debemos añadirle el de los valores propiamente democráticos que encierra el modelo y que es la prioritaria y amplia participación de la gente en la definición y solución de sus propios problemas. Estos valores deben constituir un núcleo de enseñanza que será aprehendido como un contenido actitudinal generador de un cambio en la visión y misión de la profesión de abogado, comprometiendo por ende, un nuevo modo de acción.

4. Qué debe saber un abogado acerca de la mediación

Podemos describir la mediación, como un mecanismo al las partes recurren cuando no pueden manejar sus diferencias. Llegan encerradas en sus posiciones que, - recíprocamente - no aceptarán en el futuro; se desconfían entre sí, pueden estar enojadas, frustradas, desanimadas o heridas. Su incapacidad para llegar a un acuerdo puede deberse tanto a las emociones como a las cuestiones que integran el conflicto. Los mediadores cuya intervención consiste en conducir una negociación colaborativa, tratan de sacarlas de sus posiciones y que manifiesten sus intereses y

necesidades. Frecuentemente, cada parte sabe lo que demanda el otro pero tiene poca idea de lo que realmente quiere o espera o necesita. Tradicionalmente el estilo de negociación era el competitivo; el gran avance se dio a principios del siglo XX de la mano de una pionera Mary Parker Follet,¹⁶ quien nació a finales del siglo XIX en Boston, Massachusetts, USA. Ella planteó por primera vez la necesidad de buscar soluciones integradoras para resolver situaciones conflictivas. Sus ideas llevaron a establecer los principios de la *negociación integrativa* que permite satisfacer los intereses subyacentes de las partes. En la mediación luego de que hayan aflorado los intereses, se pasa a la etapa de las opciones que permitan satisfacerlos. Estas opciones deben resistir la aplicación de estándares objetivos y la comparación con la Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado. Todo este proceso tiene características tales como que está protegido por la confidencialidad y por la neutralidad e imparcialidad que caracterizan el papel del mediador.

4.1. El abogado, el cliente y la mediación

Algunos abogados reconocen el valor del proceso de mediación y los resultados beneficiosos que su tránsito produce entre las partes. Otros lo desconocen o lo rechazan como una cuestión ajena al acto de “abogar”. Un memorable juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Chief Justice Warren E. Burger, dijo que los abogados recomendarían menos frecuentemente el litigio si ellos recordaran que “la gente con problemas, lo mismo que la gente con dolor, quiere alivio y lo quiere lo más rápido posible y al menor costo posible”.

Lo cierto es que si el sistema normativo del lugar donde se ejerza la profesión tiene incorporado una ley que la contempla, deberá conocer al menos su regulación y si además es prejudicial y obligatoria y si además ésta dispone que las partes deben ser asistidas por sus letrados o defensores, el abogado debe saber cómo acompañar a su cliente a la mediación. Ello implica tener cabal conocimiento de su participación en el proceso, como solemos decir: antes, durante y después.¹⁷

¹⁶ Mary Parker Follet. En 1888, a los 20 años, se inscribió en la “Society for the Collegiate Instruction of Women” (Sociedad para la Instrucción Universitaria de Mujeres), brindada por profesores y por otros instructores de Harvard, o del Anexo “The Annexe”, que se había organizado hacía unos 10 años antes para permitir que las mujeres disfrutaran los beneficios de Harvard College. Durante los años estudiantiles de Follet el Anexo se convirtió en la facultad de Radcliffe, “Radcliffe College”. Falleció en 1933. Tuvo ideas visionarias en el campo de la administración de negocios y sus principios sobre gerenciamiento y liderazgo están siendo revalorizados en Japón e Inglaterra. Publicó numerosos trabajos y obras, en las cuales desarrolló sus ideas entre las cuales están las relativas a las maneras de abordar los conflictos.

Las Dras. Gladys S. Álvarez y Elena I. Highton, recibieron el premio Mary Parker Follet instituido por la Sociedad de Profesionales en Resolución Alternativa de Disputas, hoy por fusión con otras instituciones Asociación de Resolución de Conflictos (ACR), con sede en Washington D.C en el año 1998, durante la Conferencia Anual de la organización realizada en Pittsburg, USA.

¹⁷ Desde el año 1996, rige la ley de Mediación Prejudicial Obligatoria n° 24.573 cuya vigencia se encuentra prorrogada hasta abril de 2005. Los resultados estadísticos dan cuenta que sólo el fuero

También debe saber, en cumplimiento de un deber al menos - ético - en qué circunstancias es aconsejable para su cliente recurrir al proceso de mediación. En otras palabras, al menos un abogado debe entender el proceso y su efectividad, así como también las cuestiones legales y éticas que surgen de su uso. El cliente debe tomar una decisión informada, si el abogado recomienda recurrir a la mediación, o incluir una cláusula en un contrato comercial. Aquéllos que representan clientes que usan la mediación deben además asegurarse de que estos conozcan los deberes que impone la confidencialidad y la fuerza de los acuerdos a los que allí se arribe.

Aún en los casos en que la asistencia a mediación esté prevista como obligatoria, el abogado debe estudiar el conflicto para tener claro si es conveniente para su cliente intentar una solución en el proceso de mediación. Mencionaremos algunas circunstancias en las que es conveniente que el conflicto sea tratado en mediación.

La mediación es una alternativa apropiada cuando:

- Los tribunales no pueden dar el remedio que él está buscando
- El cliente quiere arreglar la cuestión rápidamente
- El cliente quiere minimizar los costos
- El cliente quiere asegurarse que el posible arreglo se cumpla
- El cliente desea evitar que se sienta precedente jurisprudencial
- Las partes y sus abogados han tenido dificultades para iniciar negociaciones
- Las partes o sus abogados no tienen habilidades para negociar
- Las partes tienen distintas apreciaciones sobre las cuestiones involucradas
- Las partes discrepan en cuanto al derecho aplicable al caso
- Las partes tienen una relación que puede o debe continuar en el futuro
- Cuando la resolución requiere un complejo intercambio
- Cuando el cliente quiere que el asunto sea arreglado en forma confidencial

La mediación no es una alternativa apropiada cuando:

civil (al que hay que agregar el comercial y el federal civil y comercial) de los casos tratados en mediación y que rondan las 180.000 causas, sólo retornó al sistema el 37,4%.¹⁷ La conciliación laboral establecida por ley 24.635 como prejudicial y obligatoria, que administra el SECCLO supervisado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ha dado también resultados sumamente positivos. En el ámbito provincial, el movimiento RAD especialmente la mediación está en marcha en la mayoría de las provincias por impulso del sector justicia. Se han dictado leyes provinciales que regulan el servicio de mediación no sólo anexo, conectado o relacionado con los tribunales, en la mayoría de los casos a cargo de abogados, sino que también regulan la prestación de servicios RAD a cargo de terceros debidamente capacitados con diferentes profesiones de base, contadores, escribanos, arquitectos, etc. y que ejercen en forma individual o dentro de la estructura de una organización o centro.

- Cuando el cliente no tiene un representante o patrocinio legal y no está en condiciones de representar su propio interés.¹⁸
- Cuando el cliente necesita sentar jurisprudencia
- Cuando las partes principales en la disputa no desean mediar
- Cuando una de las partes acepta ir a mediación pero niega la deuda
- Cuando la otra parte da señales de querer ganar tiempo
- Cuando la otra parte está en situación de pedir la quiebra
- Cuando es necesario diligenciar pruebas para tener la información para acordar

4.2. El abogado mediador

Ciertos abogados se han entrenado y se entrenarán para ser mediadores porque han comprendido que la mediación es una nueva dimensión profesional. Así como no hay una receta para enseñar, tampoco podemos identificar una mejor forma de mediar.

Las técnicas de mediación varían con las partes, el conflicto y el programa de mediación donde se esté mediando, ya que cada uno tiene un contexto y objetivo diferenciado. Así en el campo del conflicto laboral –obrero/patronal, se refleja el estilo competitivo y de naturaleza posicional de las negociaciones colectivas y el mediador o conciliador en su caso,¹⁹ invertirá tiempo en sesiones individuales con las partes. En casos en los que se disputa la tenencia de hijos, régimen de visitas o cuestiones de familia en general, el mediador deberá trabajar más con todas las partes juntas, tendrá que lograr un clima colaborativo y con mirada en el futuro. Si se trata de un caso de daños con compañía de seguros, donde la mayoría de las veces sólo existe un hecho desencadenante y un reclamo económico y es probable que la relación no se proyecte para el futuro, el mediador tratará de que las partes manejen montos con criterio de realidad y que hayan sido otorgados por los jueces en casos análogos; algunos llaman a este proceso “fijar el valor del caso”.²⁰ Algunos procesos llevan más tiempo que otros. Los conflictos patrimoniales pueden ser mediados en pocas horas, los de familia en general demandan más tiempo, los conflictos medio-ambientales suelen llevar meses.

5. El aprendizaje de la RAD en Argentina

¹⁸ Si la mediación es obligatoria, el sistema normativo o la ley o la reglamentación deben contemplar las situaciones en que se requiere patrocinio jurídico gratuito o Defensa Pública, o si la mediación es paga, prever los casos en que se actúa con beneficio de litigar sin gastos para las partes, o lo que se ha llamado en la reciente Ley de Mediación de la Provincia de Río Negro, beneficio de mediar sin gastos.

¹⁹ Ver Álvarez, Gladys S. y Highton, Elena I. “Diferencias entre conciliación y mediación” en L.L. Suplemento de Resolución de Conflictos, Buenos Aires, 1996

²⁰ Ver www.IIJusticia.edu.ar

5.1. El Programa Nacional de Mediación.²¹

La introducción de la temática RAD y en especial de la mediación en Argentina, comenzó formalmente con la presentación al entonces Ministerio de Justicia (actualmente Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) de un Plan Nacional de Mediación elaborado por la Comisión de Mediación que ese organismo había designado a comienzos del año 1991 al Ministro de Justicia, constituye la base de un ambicioso Plan Nacional de Mediación que está integrado por la propuesta de realización de múltiples programas. En él se prevé la acción de difusión e implementación de la mediación en la sociedad argentina, la celebración - a tales fines - de convenios con distintos organismos educativos, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Colegios Profesionales, Ministerio de Educación de la Nación y con la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, entre otros. Asimismo se sugirió la firma de convenios de cooperación técnica con las provincias.

El objetivo central de este plan de acción fue el desarrollo de la mediación no sólo anexa, conectada o relacionada con el tribunal, sino la instalación de Centros de Mediación Comunitaria, la creación de Centros de Mediación Institucionales, -dentro de organismos no gubernamentales -, tales como Colegios Profesionales, Fundaciones, Asociaciones Civiles, que en tal carácter puedan administrar, monitorear y evaluar los programas, la calidad del servicio y el nivel de satisfacción de los usuarios. También se tuvo en cuenta el desarrollo de Programas de Mediación Escolar tanto a nivel primario como secundario.

La realización de actividades encaminadas al cumplimiento de los objetivos del plan, permitió crear en el país un clima de consenso en cuanto a la pertinencia e importancia de una reforma judicial respecto de la necesidad de introducir la resolución alternativa de disputas (RAD) en los tribunales, en las Facultades de Derecho y en la sociedad en general.

²¹. Es de destacar que este programa resultó honrado en la entrega de premios y condecoraciones por excelencia e innovación en el campo de la Resolución de Disputas por el Center for Public Resources (Centro de Recursos Públicos) , con sede en New York. El premio fue otorgado a las Dras. Gladys Stella Álvarez y Elena Highton, a la Fundación Libra, y al Ministerio de Justicia de la Nación. Fue recibido en el año 1995 por la Dra. Álvarez.. Este organismo es una organización sin fines de lucro formada por empresas internacionales y por los estudios jurídicos más importantes de los Estados Unidos, cuyo principal objetivo es el desarrollo de alternativas al alto costo del litigio que afrontan tanto el sector privado como el público. Dentro de su estructura en el año 1985 se estableció un Proyecto Judicial que tiene como objetivo prestar apoyo al uso e implementación de programas RAD conectados con los tribunales federales y estatales en Estados Unidos. A tal fin publica materiales didácticos y de difusión para cursos y entrenamientos, organiza conferencias, y presta asistencia técnica. El proyecto cuenta con jueces, abogados, litigantes, legisladores debidamente informados y con capacidad de dirección en materia RAD, buscando asegurar que la RAD judicial se desarrolle con eficacia e inteligencia preservando los valores de la justicia civil.

En la actualidad las acciones previstas para el ámbito nacional se encuentran cumplidas en su mayor parte. La jurisdicción nacional y federal tiene vigente desde el 24 de abril de 1996 la ley de mediación prejudicial obligatoria para casos civiles y comerciales. La matrícula de mediadores abogados que lleva el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos asciende a 4.039 de los cuales 2.196 están incorporados al sistema de sorteo de casos. El resto de 1.843 mediadores están también habilitados para mediar cuando son requeridos voluntariamente por las partes o propuestos por algún mediador cuando ofrece otros mediadores cuando el requerido no acepta su intervención.

Ya llevamos más de nueve años de vigencia de la ley, la prórroga legal vence en abril de 2005. Es clara la necesidad de hacer una investigación para que ponga de relieve cuáles son los resultados cuantitativos y cualitativos de este nuevo mecanismo; cómo se ha visto beneficiado el sistema judicial, cuáles son los indicadores de cambio en la actitud de los abogados frente al conflicto, cuáles son las consecuencias inmediatas y mediatas de la institucionalización obligatoria de este procedimiento de resolución de disputas en el sector justicia, cómo ha incidido la legislación nacional en el movimiento de mediación provincial. Cómo la introducción de la mediación en el escenario de la administración de justicia aceleró el desarrollo de la mediación en otros contextos, el comunitario, escolar, empresarial, entre otros. En fin estamos en la etapa de medición de una importante experiencia en el campo resolución de conflictos.

5.2. La RAD en las facultades de derecho de Argentina

En cumplimiento de las acciones previstas en el Programa Nacional de Mediación, el equipo constituido para llevarlas adelante, Comisión de Mediación y mediadores de la Fundación Libra, brindaron asesoramiento técnico para la introducción de la mediación en los programas de grado y postgrado no sólo de la Universidad de Buenos Aires, sino de numerosas universidades privadas.

En la Facultad de Derecho de la UBA se ofreció por primera vez una carrera de Actualización en Negociación y Resolución de Disputas en 1993.²² El contenido curricular y la oferta de cursos es flexible lo que permite abarcar diferentes escenarios de la mediación y temas puntuales tales como mediación en casos con violencia intrafamiliar, modalidades de arbitraje y neurolingüística. Se mantienen como contenido regular, el entrenamiento básico en mediación (60 hs) que se completa con la etapa de pasantía en el consultorio jurídico gratuito de la Facultad

²² Esta carrera que fue propuesta y aceptada por el Consejo Académico y dirigida por la Dra. Gladys Stella Álvarez. Es necesario cursar 128 créditos y rendir una tesina. El currículo es flexible y para cada cuatrimestre la oferta tiene un básico y una oferta de cursos variable que la mayoría acredita para la matriculación en el Ministerio de Justicia.. Se ofrecen cursos intensivos para el mes de julio, durante la feria invernal, al que concurren estudiantes extranjeros y del interior del país.

que funciona en el 7º piso del Palacio de Tribunales y que los días miércoles están dedicados a mediación espacio en el que se ofrece una Clínica de Mediación, en la que pueden inscribirse los mediadores que desean hacer una Práctica Reflexiva de la Mediación.

Si bien el currículo de la Facultad de Derecho de la UBA no ha sido aún modificado,²³ la mediación ha sido incorporada en los programas de los diversos departamentos. Obviamente en del Departamento de Derecho Procesal, la ley de mediación prejudicial obligatoria constituye uno de los temas del programa, pero a ello debe agregarse que según la última Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que rige desde el 22 de mayo de 2002, el juez está obligado a invitar a las partes “a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos”.²⁴

También constituye tema del programa de Derecho de Familia tanto en grado como en el postgrado de Especialización en Derecho de Familia donde además de ser un contenido de enseñanza, se remite a los cursantes a la carrera de Negociación y Resolución de Disputas, que ofrece cursos sobre “Mediación en casos de violencia doméstica”. El estudio del manejo y resolución de conflictos se efectúa en el posgrado en la Especialización en Derecho Empresario, y también está incorporada la mediación en la Especialización en Recursos Naturales, para conflictos medio-ambientales.

Una mirada a las universidades privadas nos permite comprobar que con menos peso burocrático para modificar el currículo, la mayoría de ellas ha incorporado la mediación como materia de grado y también la mayoría tiene carreras de posgrado que abarcan la temática de la RAD.

6. A modo de conclusión

Está claro que el perfil del abogado acorde con el sistema democrático de gobierno, el afianzamiento del estado de derecho, las demandas de la sociedad y del sistema de administración de justicia, requiere que se incluya en su formación los marcos teóricos que permitan analizar el conflicto, sus elementos constitutivos, - personas, problema, proceso - y sus formas de resolución alternativas al litigio.

²³ El procedimiento establecido por la Universidad de Buenos Aires para la modificación del Plan de Estudios, es complicado y burocrático, lo que conspira con las necesidades de cambio actuales.

²⁴ Ley 25.488 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación... Art. 360. “Audiencia preliminar. A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 1) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos...”

La mediación debe ser estudiada como un mecanismo que debe conocer el abogado para aconsejar a su cliente, pero también como una nueva dimensión profesional.

Conocer los marcos teóricos de estas temáticas no es suficiente. Es necesario cambiar la actitud del abogado frente al conflicto y sólo operando en el plano de las valoraciones puede lograrse un cambio de perfil en el abogado y un nuevo paradigma de resolución de conflictos que puede ser formulado como un desafío: Pasar de una cultura adversarial a una cultura de solución cooperativa y pacífica de los conflictos.
