

EL ABOGADO FRENTE A LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS: UNA PERSPECTIVA

Dras. Graciela Corti (*) y Mónica Rossi (**)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, 1. Los Metodos RAD y el cambio de paradigma. 2. El enfoque de la resolución de conflictos. II. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. 1. Nuestro derecho positivo no es ajeno a estos métodos. La conciliación. 2. El arbitraje. 3. La Mediación. 3.1 La Mediación como método R.A.D. 3.2 La experiencia de la Mediación en nuestro país. 3.2.1 En el sector público. 3.2.2 En el sector privado. III. EL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACION: UNA OPCION PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 1. Casos en que es apropiada la Mediación. 2. Algunas ventajas de la Mediación. 3. La resistencia de algunos abogados a la Mediación: "Algunos mitos sobre la Mediación y algunas respuestas".4. La Asistencia Letrada en el Procedimiento de Mediación.. 4.1 Nuestro derecho positivo. 4.2 Características de la asistencia letrada en el procedimiento de Mediación. 4.2.1 Preparación del caso y del cliente.4.2.2 Actividades a desarrollar por el letrado. 4.2.3 El patrocinio en el procedimiento de Mediación: ¿una nueva especialización? IV. LOS "OTROS" MÉTODOS RAD. 1. Una clasificación sobre Métodos RAD. 2. Reseña de algunos métodos RAD menos conocidos. 2.1 Cláusulas MED/ARB y ARB/MED, 2.1.1 MED/ARB, 2.1.2 ARB/MED, 2.2Variantes del arbitraje. 2.2.1 Medaloa, 2.2.2 Arbitraje alto/bajo (high/low), 2.3 La estructura denominada "Minijudio". 2.4 Fact-finder. 2.5 Evaluación neutral previa. 2.6 Experto neutral. 2.7 Oyente neutral. 2.8 Otros métodos RAD. 2.9 Las Juntas de Examen de Disputas 2.10. Partnering. 2.11 Solución de conflictos en el ámbito de trabajo. 2.11.1 Diseño de sistemas para resolución de conflictos intraorganizacionales. 2.11.2 Solución de problemas. 3. REFLEXIONES PRIMARIAS

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos al auge mundial del movimiento de Resolución Alternativa de Disputas (R.A.D.), que se atribuye a los cambios culturales relacionados con la autodeterminación y los usos participativos en la toma de decisiones⁽¹⁾, así como, en muchos países al problema del atraso y consiguiente sobrecarga del Poder Judicial.

Ello tiene que ver con la forma como las personas perciben las controversias que las afectan y se involucran en la búsqueda de soluciones para las mismas.

Los métodos R.A.D. conforman una gama de procedimientos y técnicas, que constituyen opciones sistematizadas apropiadas para prevenir, gestionar y resolver numerosos tipos conflictos por medios pacíficos, y tienden al ahorro de tiempo, costos y energía.

Entre estos métodos se encuentran la Negociación, la Conciliación, la Mediación, el Arbitraje (con sus combinaciones secuenciales con la Mediación tales como Med/Arb, Arb/Med, y variantes como el Medaloa, Alto-Bajo), el Experto Neutral, la Evaluación Neutral Previa, el Mini-Juicio, el Partnering, las Juntas de Examen de Disputas (J.E.D.) y muchos otros, que han surgido dentro del contexto de este continuum que es la R.A.D., como respuesta a la diversidad de conflictos y sus características particulares.

1. Los Metodos RAD y el cambio de paradigma

La vigencia de los métodos RAD, su importancia, su aplicación cada vez más difundida y la creencia en que éstos métodos son una forma válida de enfocar la resolución de los problemas responde, evidentemente, a un cambio de paradigma. Ello supone un modo nuevo de enfocar antiguos problemas, su comprensión forma un "nuevo sentido común" generalizado⁽²⁾. Actualmente estamos asistiendo a un cambio de paradigma, que revela que la dinámica social exige una paralela aceleración en la búsqueda y aplicación de nuevos y más adecuados medios de resolución de conflictos.

¹ Gabriela Melano M.A., "Y por qué resolución alternativa de conflictos...ahora?", Cuadernos para el Sector Justicia, No. 3, 1995, CONAMAJ, San José, Costa Rica.

² Cf. Marta Oyhanarte, "Los nuevos paradigmas y la mediación", publicado en "Mediación; una transformación en la cultura", compilación de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, Ed. Paidós, Buenos Aires, pág. 18.

En efecto, tal como señalan los investigadores, a partir de los años setenta, las situaciones a nivel de macroescala, como ser las transformaciones que producen la explosión demográfica, la amenaza de hambre, el agotamiento y maltrato de los recursos del planeta, la desocupación, el agujero de ozono, las guerras regionales, el efecto invernadero, el terrorismo, los exilios masivos, el sida, las aplicaciones de la cibernética, la robótica y las nuevas formas de transmisión de la información a través de imágenes, entre otros exponentes del mundo moderno y de su globalización, están transformando rápidamente la concepción del mundo y en consecuencia sus manifestaciones culturales, artísticas y profesionales. Paralelamente y como resultado de estas nuevas realidades, las relaciones interpersonales, comerciales, laborales, comunitarias y de todo tipo se complejizan, así como los conflictos y litigios resultantes de las mismas.

2. El enfoque de la resolución de conflictos

En el contexto antes señalado, los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) constituyen herramientas nuevas y muy útiles, que amplían la gama de posibilidades en relación al manejo de un litigio amparando los derechos de los involucrados, y asimismo otorgan al profesional la posibilidad de ofrecer a su asesorado más opciones para la satisfacción de sus necesidades e intereses, de una forma más rápida y menos costosa.

En nuestro país resultan conocidos los métodos RAD más “clásicos” ya mencionados. Sin perjuicio, existen otros métodos y procedimientos dentro de la conceptualización RAD, que si bien son menos conocidos, pueden resultar particularmente útiles frente a determinados casos, siendo de nuestro interés, como abogados y asesores profesionales de nuestros clientes, conocerlos y eventualmente en algunos casos, aplicarlos.

3. Breve noción sobre métodos RAD

Hace poco más de 25 años comenzó a sistematizarse en Estados Unidos el estudio y la utilización de técnicas de resolución de conflictos que surgen de una relación (familiar, comercial, laboral, civil, comunitaria, etc.) a las que se las agrupó con la sigla ADR (Alternative Dispute Resolution, Resolución Alternativa de Disputas en nuestro idioma, conocido como RAD). A esta altura del desarrollo teórico de los institutos, procedimientos, técnicas y herramientas que componen los RAD y de su aplicación práctica, parte de la doctrina propone su reemplazo por la denominación genérica TARC (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos) ⁽³⁾. Otros autores prefieren denominar a estos métodos como “Métodos Adecuados de Resolución de Disputas”.

Cualquiera sea la denominación que se utilice, la esencia de los mismos es que son alternativos en relación con el parámetro de comparación que es el juicio, el sistema de resolución de conflictos por antonomasia. A medida que las “alternativas” –opciones- se multiplican y generalizan, transforman al juicio en una opción más entre otras alternativas también válidas que pueden combinarse para obtener mejores resultados. Por lo tanto, frente a conflictos diversos, distintas serán las técnicas que optimizarán las posibilidades de llegar a un acuerdo.

No existe por parte de los autores la pretensión de haber inventado algo totalmente nuevo⁽⁴⁾, sino de haber analizado, profundizado en el estudio e investigación y en la sistematización de métodos que fueron utilizados por el hombre, en mayor o en menor medida, dependiendo de las culturas involucradas, desde siempre. Las raíces históricas y culturales se remontan desde la China de Confucio, pasando por la tradición japonesa, la Africa tribal, etc. ⁽⁵⁾. Lo que es nuevo es su sistematización, su aplicación y utilización preconcebida y dirigida. Como veremos

³ Adriana Schiffrin, “La Mediación, Aspectos generales”, publicado en “Mediación; una transformación en la cultura”, compilación de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, Ed. Paidós, Buenos Aires, pág. 39.

⁴ Elena I. Highton y Gladys Alvarez explican este extremo en “Mediación para resolver conflictos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 120.

⁵ Cf. Jay Folberg y Alison Taylor, “Mediación: resolución de conflictos sin litigios”, Ed. Limusa, México, 1997, págs 21 y siguientes.

a continuación, nuestra propia Constitución ⁽⁶⁾ consagra la utilización de medios pacíficos de solución de controversias en forma expresa en los artículos 6, 57 y 225 y el Código General del Proceso regula algunos institutos RAD.

Los métodos RAD apuntan a solucionar las controversias, satisfaciendo en gran medida las necesidades e intereses de las partes involucradas, utilizando procedimientos, estructuras y técnicas diferentes a las llevadas a cabo en un procedimiento típicamente jurisdiccional.

En general, tienden a conciliar intereses opuestos o diferentes que parten de las necesidades disímiles de los involucrados y son útiles para tutelar o no perjudicar más la relación existente entre ellos, lo que resulta particularmente útil en materia de familia y comercial.

La resolución de los conflictos se produce de esta forma -sin que los derechos de las partes se vean perjudicados-, en un marco de agilidad, economía y privacidad, con soluciones elaboradas en gran parte "a medida".

Las ventajas principales de los métodos RAD se pueden resumir en la participación en la resolución del conflicto por las partes involucradas, llegando generalmente a verdaderos casos de autocomposición (es lo que sucede en la mediación), la confidencialidad y reserva del litigio (no se hace público e incluso se puede firmar un compromiso de confidencialidad por parte de todos los integrantes), se logra en alguna medida un espíritu de cooperación y de trabajo en conjunto, se pone el acento en el futuro en la resolución del problema, son métodos con estructuras relativamente informales y flexibles y producen resultados duraderos que se traducen para las partes en economía de energías, tiempo y dinero.

II. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

1. Nuestro derecho positivo no es ajeno a estos métodos. La conciliación.

El art. 6 de la Constitución refiriéndose a las relaciones internacionales, dispone que el Estado deberá proponer, en los tratados que celebre..."la inclusión de la cláusula de que "todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos" y el art. 255 prevé con carácter obligatorio la conciliación previa a la iniciación de pleitos en materia civil.

El C.G.P. regula la Conciliación como medio extraordinario de conclusión del proceso (arts. 223 y ss.), la Conciliación preceptiva previa (arts. 293 y ss.) y consagra la Conciliación intraprocesal (arts. 341.3 y 346.1). En todas las variantes interviene el Tribunal bien como componedor del diferendo (podrá incluso proponer soluciones) y homologador del acuerdo, o bien solo como homologador del éste. Concluimos pues que la Conciliación en nuestro derecho está prevista exclusivamente en el ámbito judicial.

Una excepción a ello es la conciliación administrativa previa a los juicios laborales (Decreto-Ley 14.188, art. 10), que se exceptúa de la conciliación previa judicial, de acuerdo a lo previsto por el art. 294 del C.G.P., en la redacción dada por el art. 1º de la ley 16.995.

Dicha ley 16.995 en su art. 4º faculta a la Suprema Corte de Justicia a establecer Juzgados con competencia exclusiva en materia conciliatoria.

En consecuencia nuestro ordenamiento jurídico reconoce y jerarquiza los medios pacíficos de solución de controversias y la autocomposición de las diferencias, al punto que receptivamente debe intentarse la Conciliación en determinadas instancias procesales.

⁶ Art. 6, 57 y 225.

2. El arbitraje.

El C.G.P. en sus arts. 472 y ss. prevé otro sistema de resolución alternativa de conflictos, el proceso arbitral.

3. La Mediación.

Nuestro derecho no regula específicamente la Mediación. Sin embargo la reconoce exigiendo la asistencia letrada obligatoria en todo el procedimiento, excepto para asuntos con cuantía inferior a 20 UR. En tal sentido dispone el art. 2º de la Ley 16.995: "En todo procedimiento de conciliación en sede judicial, administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación. No se requerirá firma letrada ni asistencia letrada en la audiencia en los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 UR (veinte unidades reajustables). Los asuntos no susceptibles de estimación pecuniaria requerirán firma en la presentación y asistencia letrada en la audiencia".

Nos referiremos a la asistencia letrada en el procedimiento de la Mediación más adelante.

3.1 La Mediación como método R.A.D.

La Mediación es un procedimiento informal, voluntario, confidencial y colaborativo en el que un tercero neutral e imparcial -que no tiene poder de decisión- mediante el empleo de técnicas, habilidades y estrategias diseñadas para facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, guía a las mismas intentando que encuentren su punto de armonía y una solución de sus diferencias que sea satisfactoria para ambas.

El mediador es pues el operador de ese proceso en el que estimulará el diálogo entre las partes, facilitando la identificación de los intereses subyacentes en la disputa que las involucra y la adecuada canalización de los aspectos emocionales del conflicto, para luego explorar opciones de acuerdo creativas, satisfactorias para ambas, realizando elecciones voluntarias e informadas al respecto.

En la Mediación -que en esencia es una negociación asistida por un tercero neutral- las partes, cuya comunicación es facilitada por el Mediador, optan por un proceso colaborativo en el que procurarán lograr por sí mismas y desde el ejercicio de la autonomía de su voluntad, una solución a su disputa.

En efecto, la naturaleza ontológicamente participativa y voluntaria del proceso de Mediación (indisolublemente vinculado a la satisfacción de los intereses y necesidades de todos los participantes), lleva al protagonismo de los interesados (a que cumplan un rol especialmente activo en el procedimiento) haciéndose de tal forma, responsables de sus diferencias, pero logrando también un alto grado de satisfacción por el proceso y sus resultados.

Para el caso que las partes alcancen un acuerdo que les sea satisfactorio habrán logrado la autocomposición del conflicto. A diferencia del proceso judicial y del arbitraje, que son procesos adjudicatorios en los que quien ostenta el poder de decisión es un tercero neutral (heterocomposición), en la Mediación, el poder de decisión reside en las partes, siendo por tanto un proceso de naturaleza consensual.

De ahí el alto grado de satisfacción y porcentaje de cumplimiento que normalmente arrojan los seguimientos de los casos mediados, "Esta característica es inherente al tipo de acuerdo mediado, focalizado en los intereses recíprocos, donde el incentivo para cumplir está dado por la convicción y no por la obligación" (7).

⁷ Oscar Rodríguez Robledo y Alejandro Carlos Lareo, "Breves reflexiones sobre el panorama de la mediación en Argentina", <http://www.diariojudicial.com/articulo>. Asp?ID =1628.

3.2 La experiencia de la Mediación en nuestro país.

3.2.1 En el sector público.

Por Acordada No. 7276 de 22.02.96 la Suprema Corte de Justicia habilitó la creación de Centros de Mediación, que actualmente son cinco, ubicados en distintos barrios del departamento de Montevideo.

En el área pública, corresponde también señalar las conciliaciones llevadas a cabo en materia laboral en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Conciliación de Conflictos Individuales de Trabajo), como así también las Mediaciones que se realizan en materia de relaciones de consumo la Dirección del Área de Defensa del Consumidor, dependiente de la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas (especialmente previstas por el art. 42, lit. F, de la ley 17.189 sobre Relaciones de Consumo).

Existen también normas que prevén la realización de procedimientos de Conciliación por Defensorías de Oficio y el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho.

3.2.2 En el sector privado.

Existen instituciones privadas, entre otras, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio, GENOS, la Asociación Cristiana de Jóvenes, el CIEF y diversas ONG que llevan adelante procedimientos de Mediación.

Así lo hacen también Mediadores independientes, muchos de los cuales se encuentran asociados a A.U.P.R.A.D. (Asociación Uruguaya de Profesionales en Resolución Alternativa de Disputas), institución de carácter profesional y nacional, fundada en 1997, que proporciona una nómina de los Mediadores afiliados a la institución. Esta asociación ha dictado un código de ética para los Mediadores.

La Asociación de Escribanos del Uruguay se encuentra trabajando en la próxima inauguración de su Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que cuentan con estatuto y reglamento ya aprobados.

Digamos por último que muchos estudios de abogados están organizando sus servicios de asesoramiento en Mediación a ofrecer a sus clientes.

III. EL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACION: UNA OPCION PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

1. Casos en que es apropiada la Mediación.

Numerosas son las situaciones en las que es recomendable acudir al procedimiento de Mediación.

Así, cuando las partes deban continuar sus relaciones en el futuro, cuando la comunicación entre ellas se ha bloqueado o no es efectiva, cuando existen malentendidos, cuando las partes se beneficiarían especialmente por la rápida resolución del conflicto, cuando la disputa tiene una intensa carga emocional, cuando para las partes es particularmente valiosa la preservación de la confidencialidad del asunto a tratar, cuando la controversia involucra numerosos temas o temas complejos y el proceso judicial se percibe como una batalla entre expertos, etc., etc. ⁽⁸⁾.

El procedimiento de Mediación es aplicable pues en numerosos tipos de conflictos siempre que se trate de materias de libre negociación. Si se trata de asuntos que requieren homologación judicial, el eventual acuerdo a que se arribe quedará supeditado en su eficacia, a la misma.

⁸ Jeffrey Krivis, "Should we submit this case to Mediation?", Legal Management, March/April, 1995.

2. Algunas ventajas de la Mediación.

Se señalan como algunas de las ventajas de la Mediación:

- que las partes mantienen el control del proceso y el poder de decisión,
- que son éstas quienes en caso de llegar a un acuerdo lo harán “a su medida”,
- su confidencialidad,
- su menor costo tanto económico como en desgaste personal comparativamente con otros procedimientos de resolución de disputas,
- su estructura flexible,
- que genera un espacio en el que se prioriza la comunicación entre las partes, prestándose adecuada atención a los aspectos emocionales del conflicto,
- los acuerdos que se logran en este procedimiento generalmente se cumplen
- porque responden a los intereses y necesidades de ambas partes.

3. La resistencia de algunos abogados a la Mediación: “Algunos mitos sobre la Mediación y algunas respuestas”.

Señala Steven Rosenberg ⁽⁹⁾, que algunos abogados se resisten a aconsejar a sus clientes el procedimiento de la Mediación, principalmente por la aceptación de ciertos “mitos” con respecto a la misma.

Los auténticos abogados litigantes no median sus asuntos.

La preocupación del cliente es la resolución del conflicto y no cómo se llegará a ello. Es erróneo asumir que la única manera efectiva de resolver conflictos es el proceso judicial. El abogado eficiente debería disponer de una variedad de técnicas y habilidades para satisfacer los intereses de su cliente. Una de ellas es el procedimiento de la Mediación. Convendrá al abogado prepararse para eventualmente pasar del tradicional rol de abogado-defensor al de abogado-negociador.

Sugerir el procedimiento de la Mediación implica que la otra parte interpretará que consideramos que son escasas nuestras posibilidades de éxito en un proceso judicial.

Es cierto que la máxima prueba a la que podemos someter nuestra confianza en los puntos fuertes de la posición de nuestro cliente es el juicio. Sin embargo, en el procedimiento de Mediación, los puntos fuertes y débiles y el mérito de las posiciones de ambas partes se evidenciarán rápidamente.

En la Mediación seré presionado para alcanzar un acuerdo, o para partir la diferencia.

La Mediación es voluntaria. La decisión sobre utilizar el proceso, mantenerse en él y eventualmente llegar a un acuerdo está bajo el control del participante.

La Mediación es innecesaria porque mis posibilidades de triunfar en juicio son excelentes.

Incluso si pensamos que es seguro un resultado favorable para los intereses de nuestro cliente si llevamos el asunto a juicio, la Mediación puede ser útil por cuanto puede resultar menos onerosa y obtenerse una resolución más rápida del asunto.

La Mediación es una pérdida de tiempo porque el abogado de la contraparte es muy difícil, incompetente, tiene una actitud irreal con respecto al acuerdo o ha aceptado la versión infundada de su cliente.

La intransigencia del abogado de la contraparte podrá neutralizarse en la Mediación por estar presente su cliente. Además, la Mediación proporciona un ámbito para contrastar con la realidad y evaluar las posiciones de todos los participantes. Incluso el Mediador puede ayudar a cualquiera de las partes a ser más realista (el Mediador podrá tener sesiones privadas con el participante y su abogado, sesiones en las que puede aplicar la técnica del Abogado del Diablo o Agente de la Realidad para lograr este efecto).

⁹ Steven Rosenberg, “Real litigators don’t eat quiche and other myths about Mediation”, Newsletter of the Litigation Section of the State Bar of California, Vol. 4, No. 2, Spring 1994.

La Mediación es una pérdida de tiempo y de dinero si no se llega a un acuerdo.

Las estadísticas sobre los resultados de los procedimientos de Mediación arrojan muy altos porcentajes de acuerdo. Sin embargo, aunque no se alcance el mismo, las partes igualmente pueden haber alcanzado una mayor comprensión de los intereses y necesidades subyacentes en juego, tanto propios como de la otra parte, mejorado su comunicación, acotado las divergencias y tal vez logren un acuerdo en el futuro.

El uso de la Mediación reducirá mis ingresos.

Satisfacer a nuestros clientes es una de las mejores maneras de conservarlos y también de mantener los ingresos. La satisfacción del cliente en la Mediación no solo se logra porque la disputa se resuelve rápida y económicamente sino porque el cliente juega un rol más activo en el procedimiento. Un cliente satisfecho volverá a requerir nuestros servicios para un nuevo asunto y nos recomendará entre sus relaciones.

Hay autores que sostienen que si bien los honorarios que se cobran por asesoramiento en Mediación son comparativamente inferiores a los que se cobrarían litigando por el mismo asunto, ello se compensaría con la agilidad del procedimiento que permitiría asesorar en más procedimientos de Mediación. Agregan otros autores que los honorarios generados en el asesoramiento en Mediación se cobran en su totalidad, mientras que ello no es necesariamente así en el litigio. En este sentido existen estudios que muestran que por ejemplo en materia de conflictos familiares, cuando no se va a Mediación, el 30% del trabajo del abogado no es remunerado.

4. La Asistencia Letrada en el Procedimiento de Mediación.

4.1 Nuestro derecho positivo.

El art.2º de la ley 16.995 de 26.08.98, estableció con carácter obligatorio la asistencia letrada en todo procedimiento de Mediación, desde el comienzo hasta su culminación. Se exceptúan (inciso 3º) los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 U.R.

4.2 Características de la asistencia letrada en el procedimiento de Mediación.

Como señaláramos anteriormente, en la Mediación la función del abogado básicamente es el asesoramiento al cliente. Recordemos que es éste y no el abogado quien tendrá un rol protagónico en el procedimiento, para lo cual es necesario que se encuentre adecuadamente informado y asesorado.

4.2.1 Preparación del caso y del cliente.

El abogado debe ayudar a su cliente a seleccionar el proceso de resolución de disputas más adecuado a su interés.

Para el caso de elegir la Mediación, el cliente deberá saber que, asistido por su abogado, va a tener control sobre procedimiento y el poder de decisión sobre su resultado.

Será importante ayudarlo a evaluar sus intereses y necesidades, para brindarle información sobre sus posibilidades en juicio a fin de que se forme una opinión lo más objetiva posible sobre su situación con respecto a la controversia, lo que le permitirá analizar adecuadamente los costos y beneficios de un posible acuerdo.

Eventualmente lo asistiremos en la generación de posibles opciones, asesorándolo en su evaluación, así como en la consideración propuestas de acuerdo, etc.

4.2.2 Actividades a desarrollar por el letrado.

El abogado podrá sugerir el procedimiento de Mediación a su cliente y en ese caso solicitarlo, previa elección de Mediador o de un Centro de Mediación.

Durante el procedimiento asistirá al cliente en las sesiones de Mediación, controlará que el procedimiento se conduzca en forma adecuada y conforme a su naturaleza. Expondrá, si es necesario, los aspectos legales del asunto, podrá asistir a su cliente en eventuales sesiones privadas con el Mediador.

Recordemos que la Mediación es un procedimiento flexible, en el que la interacción entre los participantes se da de manera espontánea y no existe una limitación estricta de los temas a tratar, lo que demanda una buena preparación del caso.

Para el caso de llegarse a un acuerdo intervendrá en su redacción, controlando su contenido en función de los intereses de su cliente, validez y eficacia.

Posteriormente, si legalmente se requiere, someterá el acuerdo para su homologación.

4.2.3 El patrocinio en el procedimiento de Mediación: ¿una nueva especialización?

La asistencia letrada en Mediación requerirá del abogado, habilidades para comprender los diferentes aspectos del caso y para trabajar con el cliente en una modalidad algo novedosa, con el objetivo de optimizar los resultados de un eventual acuerdo. Se requerirá una adecuada preparación del caso y del cliente.

Existen notorias diferencias entre el rol del abogado en la tradicional representación del cliente y su rol en el procedimiento de Mediación que consiste esencialmente en el asesoramiento legal. En efecto, en la Mediación, como dijimos, el cliente conserva un mayor grado de control y participación en el procedimiento, lo que requiere la previa y eficiente información y asesoramiento por parte del abogado.

El asesoramiento en Mediación requiere además del abogado “creatividad, flexibilidad, capacidad negociadora y buena disposición para resolver problemas” ⁽¹⁰⁾.

En este contexto, la Mediación supone “una nueva cultura que se afianza sobre los principios de la búsqueda de soluciones autocompuestas de los conflictos” ⁽¹¹⁾, supone una opción para la resolución de conflictos que tal vez perfila una nueva especialización del abogado: el patrocinio en Mediación.

En un sentido más general, podemos afirmar que aparecen dos nuevos campos en el desarrollo del ejercicio profesional: el abogado como gestor de conflictos, en tanto asesora al cliente sobre la elección del procedimiento más adecuado para resolver el asunto y el abogado como asesor en procesos alternativos no adversariales.

Facilitará nuestra labor una adecuada preparación y capacitación en técnicas de comunicación y de negociación.

IV. LOS “OTROS” MÉTODOS RAD

1. Una clasificación sobre Métodos RAD

Como vimos, los métodos RAD más conocidos son la negociación, la mediación (ya comentada), la conciliación y el arbitraje. Pero existen otros métodos RAD que vale la pena conocer a la hora del abordaje de la resolución de conflictos. Dentro de la gama de opciones de RAD, se encuentran métodos muy poco “intrusivos” y que permiten a las partes el mayor control sobre el proceso y el resultado y métodos más intrusivos y que dan a las partes un menor control sobre el proceso y sobre los resultados.

Constantino y Sieckles elaboran una clasificación sobre los distintos métodos RAD, dentro de los que encuentran los RAD preventivo, los RAD negociados, los RAD de investigación, la

¹⁰ Gladys Álvarez y Elena Highton, “Mediación para Resolver conflictos”, Ad-Hoc, 1996, pág. 421.

¹¹ Álvarez y Highton, ob. cit., pág. 400.

RAD orientativa y la RAD impuesta ⁽¹²⁾. Si bien esta no es la única clasificación doctrinaria que existe del tema, entendemos que la misma es lo suficientemente ilustrativa para dar un panorama completo de las posibilidades y opciones que los métodos RAD ofrecen.

La **RAD preventiva** incluye el establecimiento de cláusulas de RAD en los contratos en general y en los convenios de sociedad, la generación de consenso anticipado respecto de determinados aspectos, la negociación de “reglas de juego” entre otras. La **RAD negociada** incluye todas las variantes de la negociación. Los autores mencionados entienden que la **RAD facilitada** incluye los métodos de mediación, conciliación y el instituto del Ombudsman. La **RAD de investigación** abarca todos aquellos métodos RAD que hacen a la investigación de los hechos, a la participación de licenciados y expertos en actividades de investigación. La **RAD orientativa** dice relación con los institutos de la evaluación neutral temprana, el juicio privado, los juicios por jurados sumarios, los minijuicios y el arbitraje no obligatorio. Por último, la **RAD impuesta** refiere al arbitraje obligatorio.

2. Reseña de algunos métodos RAD menos conocidos.

A continuación nos referiremos a algunos de los métodos RAD mencionados, que si bien tienen orígenes en otros países y responden a culturas de resolución de conflictos y de práctica forense diferentes a la nuestra, entendemos pueden servir de parámetro para intentar fórmulas nuevas, adaptadas a las particularidades de los litigios y controversias que manejamos a diario como abogados y aptas para satisfacer intereses y necesidades de nuestros clientes de una manera creativa, ágil y menos costosa.

2.1 Cláusulas MED/ARB y ARB/MED

2.1.1 MED/ARB

El instituto de la cláusula MED/ARB es típicamente una combinación de figuras RAD en forma secuencial. Las partes acuerdan intentar una solución de su conflicto en forma escalonada haciendo uso de la mediación y si esta fracasa, del arbitraje ⁽¹³⁾.

Las cláusulas MED/ARB son convenios que firman las partes, generalmente dentro de contratos o acuerdos, por las que ambas se comprometen a que, ante la eventualidad de un conflicto, deben someter la disputa a Mediación, y en caso de no llegar a un acuerdo total por este medio, se obligan a aceptar el Arbitraje para que el Tribunal o árbitro correspondiente resuelva las cuestiones sobre las que no ha habido acuerdo. La decisión del árbitro es vinculante.

Al respecto de si el mediador puede o no ser el árbitro en la contienda, las opiniones de la doctrina encuentran variantes. El Glosario de la Fundación Libra de Buenos Aires, para la palabra “Cláusula Med/Arb” expresa que “Desde el punto de vista tanto técnico como ético, el mediador no debe ser el árbitro”. Sin perjuicio, la misma publicación a continuación sostiene que algunos especialistas opinan que en ciertos casos, con el libre acuerdo de las partes y por su iniciativa, el mediador puede ser árbitro en el mismo conflicto ⁽¹⁴⁾. En opinión de Highton y Alvarez, “consideramos preferible que el arbitraje se conduzca por una persona distinta que aquella que actuó como mediador”⁽¹⁵⁾.

2.1.2 ARB/MED

Esta figura se da a la inversa de la anterior. El procedimiento comienza con un procedimiento arbitral típico. Cuando se llega a la etapa del laudo, el árbitro lo emite pero no lo da a conocer a las partes y les da una oportunidad leer el fallo en forma conjunta o no leerlo y retomar el control del proceso. En caso de que las partes acuerden dialogar y estén dispuestas a

¹² Cf. Cathy A. Constantino y Christina Sickles Merchant, “Diseño de sistemas para enfrentar conflictos”, Ed. Gránica, Barcelona, 1997, pág 82 y siguientes.

¹³ Cf. Highton-Alvarez, op. cit., pág. 123.

¹⁴ Cf. Revista de la Fundación Libra, No. 2, Verano 1992, Buenos Aires, pág. 57.

¹⁵ Highton – Alvarez, op. cit., pág. 123.

someterse a una mediación, el árbitro se transforma en mediador. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el árbitro rompe el fallo y nadie se entera de su decisión. Si las partes no llegan a un acuerdo, el laudo se les da a conocer y tiene carácter vinculante por acuerdo de partes.

Como ventaja frente a las cláusulas MED/ARB, se sostiene que el árbitro, y por ello el laudo no se verán influenciados por lo conocido o revelado en las audiencias confidenciales que pudieran ocurrir en el transcurso de la mediación. En las cláusulas MED/ARB este riesgo se evita si la persona del mediador es diferente a la del árbitro.

2.2 Variantes del arbitraje

2.2.1 Medialoa

Además de las variaciones del arbitraje reseñadas en las cláusulas MED/ARB y ARB/MED, encontramos lo que se conoce como “Medialoa”. Este método puede introducirse previo acuerdo en un proceso de mediación y opera cuando el mediador entiende que las negociaciones están absolutamente trabadas. Entonces se ofrece a ejercer el papel de árbitro por el sistema de arbitraje de la última oferta, pero sin la posibilidad de partir la diferencia. Por lo general la posibilidad de que el mediador convertido en árbitro determine la solución sin partir la diferencia, hace que los litigantes retomen las conversaciones. Si en definitiva no se soluciona por parte de los involucrados, el mediador devenido en árbitro toma la decisión.

2.2.2 Arbitraje alto/bajo (high/low)

Esta variante del arbitraje es explicada por Highton y Alvarez⁽¹⁶⁾ como un mecanismo que se utiliza para incitar a las partes a aceptar el arbitraje, el que será vinculante.

Se puede utilizar en casos dudosos, en los que está en tela de juicio las calidades de acreedor y de deudor de las partes y los montos involucrados. La metodología tiende a acordar un parámetro de cifra máxima y mínima que el acreedor podrá obtener si un tercero neutral árbitro determina que tiene derecho a la prestación.

2.3 La estructura denominada “Minijuicio”.

Si bien tradicionalmente se lo ha denominado minijuicio⁽¹⁷⁾ o “pequeño juicio”, esta figura no apunta a la celebración de un simulacro de juicio con una decisión impuesta por un tercero imparcial, sino que consiste en un procedimiento diferente donde la decisión final generalmente se toma por parte de los propios involucrados, ya que es una combinación de negociación con estructuras similares a las utilizadas en los juicios ordinarios.

En efecto, de utilización principalmente en casos corporativos y donde están involucradas fuertes sumas de dinero, consiste en una presentación del caso por parte de los abogados de la compañía, con sus argumentos y pruebas, ante los máximos directivos de las compañías enfrentadas.

La audiencia es en cierta medida similar a un juicio, ya que se realiza a puertas cerradas y según las reglas pactadas entre las partes. La preside un tercero neutral, generalmente un abogado o académico de reconocido prestigio. Su única función es mantener el orden de las presentaciones y actuar de moderador.

¹⁶ La conceptualización de este método fue expuesto por Jay Folberg en una conferencia en Buenos Aires en 1994, en el marco del Primer Congreso Internacional de Abogacía Preventiva, Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Prevención.

¹⁷ Esta denominación fue acuñada por el “New York Times” (mini trial) en el comentario al primer caso en el que se utilizó esta estructura, creada por el abogado y mediador Eric Green para la solución del famoso caso “Telecredir Inc. contra TRW”, leading case de la estructura del minijuicio.

Luego de efectuadas las presentaciones por parte de los abogados, presentadas las pruebas, contraargumentado y presentado un resumen similar a los alegatos, los directivos o empresarios, sin sus abogados, se reúnen en privado a negociar.

Este intercambio de información previo a la negociación, presentado en forma sistemática, organizada y completa, hace que los jerarcas conozcan otras dimensiones de la controversia y el enfoque que le da a la misma la contraparte.

Les permite hacerse de una visión más realista de las posibilidades del triunfo/fracaso de la acción y les permite, desde el punto de vista empresarial, de estrategia negocial y financiera llegar a decisiones que no serían las que un Juez dictaría. “En términos de dinámica, el proceso de litigar se ha transformado en una cuestión empresarial. En esa situación en lugar de un despliegue de argumentos relacionados con la ley y los hechos, la responsabilidad y los daños, entre abogado y abogado y entre los abogados y el juez, se crea un marco para tomar una decisión empresarial en términos de costos y beneficios, evaluados por los propios ejecutivos.”⁽¹⁸⁾.

Según Eric Green⁽¹⁹⁾, “entre sus ventajas (del minijudio) la resolución alternativa de disputas puede facilitar decisiones que no están al alcance de los tribunales, y mantener intactas las relaciones comerciales al reorientarlas en una dirección no conflictiva”. Según Highton y Alvarez este método combina algunos de los mejores elementos de los métodos adversariales y no adversariales⁽²⁰⁾.

2.4 Fact-finder

Esta figura es una combinación de negociación con experto neutral y conciliación. Las partes designan un tercero neutral como fact-finder o esclarecedor de cuestiones de hecho para que éste dirija una sesión relacionada a las circunstancias por las que una negociación se estancó.

En este caso, el fact-finder, dará a los participantes una opinión imparcial sobre cómo ve que se han desarrollado los hechos en contradicción.

Asimismo, puede combinar esta función con su capacidad de emitir opinión o una recomendación de solución que tiene carácter no vinculante. En este caso, emite un memorándum de recomendación de solución para el acuerdo.

2.5 Evaluación neutral previa

Este procedimiento RAD es una combinación de estructuras similares a las utilizadas en un juicio y al arbitraje no vinculante. Las partes o sus abogados presentan el caso tal como lo expondrían en una corte, ante un tercero neutral, conocedor de la temática litigiosa, para que éste haga una evaluación de cómo el caso prosperaría ante una Corte o un Tribunal Judicial.

El tercero neutral, en su calidad de entendido y dando cuenta de su experiencia, realiza una evaluación de los posibles resultados a los que se llegaría en un juicio, tal como se le plantea el caso, analizando asimismo, la jurisprudencia.

Este procedimiento simple, abreviado y no vinculante provee a las partes de una visión realista sobre los eventuales resultados del litigio y otorga nuevos elementos para proseguir una negociación.

¹⁸ Lavinia E. Hall en su investigación: “Eric Green: Encontrando alternativas al litigio en las disputas empresariales”, publicado en “Cuando hablar da resultado: perfiles de los mediadores”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996, pág. 228.

¹⁹ Opinión de Green citada por Lavinia E. Hall, op. cit.

²⁰ Highton-Alvarez, op. cit, pág. 135.

2.6 Experto neutral

La utilización de expertos neutrales es conocida por todos nosotros en la medida que la figura del perito, muy similar, no sólo está legislada en nuestro derecho sino que su utilización en nuestros foros es práctica habitual. En nuestro sistema positivo, el perito que realiza su labor en relación a un juicio no es específicamente un agente RAD pero su opinión sirve para echar luz sobre la cuestión litigiosa y ayuda a llegar a una solución por parte del juez.

El Glosario de la Fundación Libra al respecto expresa que “Es un procedimiento informal por el cual las partes o el Juez recurren a un tercero neutral para investigar un hecho. Este proceso es útil para resolver complejas cuestiones científicas, técnicas, sociológicas, comerciales o económicas que requieren una investigación empírica o un análisis técnico. Recurrir a expertos neutrales ayuda a una mejor, más justa y más rápida solución del conflicto, que puede estar en la etapa de negociación, de mediación o con el juicio iniciado”.

El experto neutral, asimismo, fuera de juicio, puede ser llamado en una mediación o en otro método RAD para dar su opinión objetiva sobre los hechos discutidos y que competen a su ciencia y aventurar un posible resultado respecto de la solución de la contienda.

2.7 Oyente neutral

Esta figura se aplica principalmente en los procesos de negociación frente a un litigio. Es un procedimiento extrajudicial sencillo, directo y rápido. Las partes enfrentadas designan a un tercero de reconocida trayectoria en la materia litigiosa, en quien confían. Este tercero neutral recibe de las partes la mejor propuesta que considera que puede llegar a ofrecerle a la otra parte. El oyente neutral las recibe y las analiza y luego informa a las partes en litigio si considera que están lo suficientemente cerca como para justificar la realización de reuniones de negociación, para ajustar y transar la diferencia.

Como ambas partes eligieron y confían en el tercero, éste no necesita explicar las razones o criterios por las que opinó que las partes podían negociar. Asimismo, el tercero debe mantener la más absoluta reserva sobre el contenido de las propuestas que las partes le acercaron, a menos que las mismas resuelvan comunicarlo a la otra parte. Como método RAD, la reserva es de principio.

2.8 Otros métodos RAD

Existen, asimismo, un número no cerrado de figuras, procedimientos y métodos RAD que se utilizan respecto de diferentes tipos de litigios, controversias o disputas. Mas allá de los recién reseñados, entre los más estudiados se encuentran la figura del “Special master” (Consejero especial), el “Programa de quejas y reclamos”, la “Decisión no obligatoria” –útil para temas de patentes o secretos comerciales-, el “Juicio sumario por jurados” -particularmente útil cuando existe una gran discrepancia entre las partes y los abogados sobre la magnitud de los daños acaecidos o cuando una de ellas carece de una percepción realista del valor del pleito o de su posible resultado-, el “Alquiler de un juez o juicio privado”, los tribunales religiosos, la figura del Ombudsman, la tarea del abogado como “Embellecedor de contratos” y el “Operador del proceso” entre otros, que por su especialidad o su poca posibilidad de aplicación en nuestro medio no desarrollamos en el presente estudio.

2.9 Las Juntas de Examen de Disputas

Una relativamente reciente modalidad de precaver, reducir y resolver las controversias que puedan suscitarse en la construcción de grandes obras o en concesiones de obra pública de larga duración, así como en proyectos financieros de envergadura tanto sean de carácter internacional como nacional, consiste en adjudicar al proyecto una Junta de Examen de Disputas⁽²¹⁾ (JED²²). Este sistema se anticipa a las cuestiones que pueden devenir

²¹ En inglés se las denomina Dispute Review Board y se las individualiza como DRB

posteriormente en una controversia o en un conflicto de envergadura, a la vez que crea una atmósfera proactiva para el proyecto.

Las JED suelen estar integradas por 3 miembros imparciales, de altísima especialización en la materia y gran prestigio en su medio. Son designadas por los contratantes al comienzo del proyecto y le es proporcionada información sobre el proyecto. Se le provee con los planos de la obra, con las especificaciones técnicas, con copias de contratos y acuerdos, correspondencia y demás documentación sobre la relación contractual y sobre el proyecto. La composición de los integrantes de la JED puede variar a medida que la construcción se va desarrollando, incluyendo expertos en las áreas prioritarias del proyecto a medida en que el mismo avanza⁽²³⁾.

La JED tiene como cometido asistir a las partes involucradas en la resolución de las cuestiones controversiales que puedan ir surgiendo a medida que el proyecto se va construyendo y luego se explota el servicio correspondiente, cuando el proyecto incluye explotación del servicio.

El instituto es nuevo, incluso a nivel de derecho comparado, si bien el mismo está teniendo un crecimiento explosivo. Por esa razón, y porque carece de regulación específica en la mayoría de los órdenes jurídicos, se recomienda que el instrumento jurídico que recoja la aplicabilidad del mismo en los proyectos de infraestructura establezca muy precisamente la regulación del mismo.

La utilización de este tipo de solución RAD es recomendada por la UNCITRAL, el Banco Mundial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores con sede en Lausana, entre otros. A nivel de proyectos de envergadura mundial, las JED han sido instrumentos de solución de controversias en obras de China, Lesotho, Uganda, Hong Kong, Pakistán, Copenhague, Canal de la Mancha, varios Estados de los Estados Unidos de América.

2.10 Partnering

El concepto de “partnering” no es nuevo, sino que es una estructura que viene siendo utilizada desde hace muchos años en otros países. Puede ser considerado como un método RAD preventivo, donde la negociación, la comunicación y la generación de confianza juegan un papel vital.

Este sistema utiliza el concepto de “construcción de equipo” (team building) para ayudar a definir metas comunes, mejorar los sistemas de comunicación y crear la actitud proactiva hacia la resolución de problemas en un grupo que se compone con exponentes de distintas unidades o partes en un contrato. Se basa en trabajos en equipo, definición del proyecto y de los roles de los involucrados, división de tareas, asignación de personal para ejecución y de expertos para control y seguimiento.

Muchas empresas constructoras se han conducido por muchos años con cierta forma de partnering junto con los contratistas, los dueños de las obras, los proveedores, etc, más aún en medios más industrializados que el nuestro. Asimismo, es muy utilizado en contratos donde se involucran unidades de sectores gubernamentales, privados y organismos no estatales.

El grupo que conforma el partnering trabajará en conjunto durante toda la vigencia del contrato, estableciendo normas internas de relacionamiento, tratando de lograr una atmósfera de confianza y compromiso entre los involucrados y, así, entre las partes del contrato. Apunta a crear un paradigma efectivo de relacionamiento, a conocer en profundidad las perspectivas del cocontratante y a ayudar al entendimiento de las necesidades del cocontratante para un más eficaz cumplimiento del contrato.

²² Conforme James Whitelaw, “Puente Colonia – Buenos Aires y juntas de examen de disputas”, Diario El País, setiembre de 1999

²³ Cf, UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, documento de su 32 período de sesiones.

Entre los beneficios que se mencionan de la experiencia recogida en otros países, se encuentra que este sistema mejora la calidad del producto final, incrementa la productividad, reduce los costos asociados, desarrolla las bases de una relación del tipo “gana-gana”, ayuda al mejoramiento continuo, al aprendizaje continuo y a la continuidad en el negocio.

2.11 Solución de conflictos en el ámbito de trabajo

Sin pretender inmiscuirnos en el ámbito del derecho laboral, de las relaciones laborales y sin pretender opinar acerca de cuestiones que exceden la materia RAD y que se vinculan estrechamente a los derechos de los trabajadores y al orden público, entendemos interesante la mención de dos tipos de estructuras de administración de los conflictos en los ámbitos del trabajo.

2.11.1 Diseño de sistemas para resolución de conflictos intraorganizacionales

Este método ve el abordaje de conflictos como algo sistémico que crea oportunidades para que una organización se reordene, obtenga información crítica sobre su funcionamiento, su población y su medio, logrando una perspectiva más global. Parte de la base de que es prácticamente imposible solucionar todos los conflictos en una organización y pretende crear parámetros útiles para su administración productiva.

Supone la participación de las partes interesadas en el proceso de diseño de abordaje de conflictos. Se cree que el conflicto no es bueno ni malo, sino que existe y es inevitable, es más fluido y orgánico y por lo tanto su abordaje comienza con un procedimiento evolutivo centrado en el descubrimiento, la creatividad y el aprendizaje continuos.

En el contexto de una organización, los estudiosos de esta corriente señalan que el conflicto es una expresión de insatisfacción o desacuerdo con una interacción, un procedimiento, un producto o un servicio.

Para el abordaje de conflictos se piensa en términos de sistemas totales y abiertos, poniendo el énfasis en la totalidad y en la interacción de las partes y no en las partes mismas, tomando elementos del desarrollo organizacional, de técnicas RAD, comunicacionales y comportamentales. Supone que un especialista externo a la organización toma contacto con la misma, realiza un diagnóstico sobre la conflictividad existente, define un plan de acción (construye los modelos de abordaje de conflictos más adecuados al tipo y nivel de conflictividad en la organización), lo implanta junto con los involucrados, capacita a los agentes internos y evalúa los resultados. Pueden llegarse a resultados que reestructuren algunos aspectos de la organización, a crear figuras como el mediador interno⁽²⁴⁾, la política de puertas abiertas, la implantación de la figura del “solucionador de problemas”, etc.

2.11.2 Solución de problemas ⁽²⁵⁾

Este método surge a raíz del Modelo Mc.Master de funcionamiento familiar y constituye un procedimiento de resolución que puede utilizarse en forma aislada o junto con otros métodos de resolución de conflictos. Utiliza técnicas de tanteo, de proximidad, de fraccionalización y métodos basados en el conocimiento.

Este tipo de método supone la presencia de un individuo o funcionario interno de una organización que está delegado por la misma para cumplir el papel de “solucionador” del problema. Este funcionario debe identificar el problema, comunicarse con las personas adecuadas por medio de los canales adecuados, para lo cual se ha capacitado, por medio de la creatividad, análisis de precedentes y según las pautas culturales y las normas de política de su organización desarrolla opciones de solución y elige la que cree más conveniente. Luego realiza la acción correctiva o innovadora necesaria, supervisa su cumplimiento y finalmente evalúa su efectividad.

²⁴ Al respecto ver el trabajo de Daniel Alfredo Crisci, “La mediación de disputas en el lugar de trabajo ¿es la vía del futuro?” publicado en La Ley, Buenos Aires, noviembre de 1996.

²⁵ Cf. Folberg y Taylor, op. cit, pág 45

3. REFLEXIONES PRIMARIAS

El estudio y conceptualización de técnicas para resolver conflictos, fuera del ámbito del juicio esta apenas comenzando ⁽²⁶⁾. Sin perjuicio, a nivel internacional advertimos que hay una tendencia cada vez mayor a considerar diferentes opciones y a emplear distintos métodos o una combinación de los mismos a la hora de analizar y tratar de solucionar un conflicto.

Los procesos sociales de aceleración y complejidad a que estamos sometidos están revalorizando en general las fórmulas de RAD ⁽²⁷⁾. Si bien estos métodos para el manejo y resolución de conflictos no es un botiquín de remedios, herramientas y técnicas “milagroso”, constituye sí un conjunto de procedimientos complementarios a los que habitualmente utilizamos, que cambian, crecen y exigen pensamiento creativo en relación con las necesidades de los conflictos y de quienes se encuentran en una disputa ⁽²⁸⁾. En efecto, entendemos que la opinión vertida sobre el arbitraje de que este procedimiento “elimina la incertidumbre y asegura la celeridad” ⁽²⁹⁾, es a nuestro juicio, extrapolable en general a los demás métodos RAD.

“Como gestores modernos y eficientes de los conflictos de nuestros clientes debemos dar una lectura correcta del contenido de los mismos. Será necesario entonces prepararnos para trascender el tradicional enfoque de litigio-adversarial-judicial conociendo y aplicando los ADR en sus diversas expresiones”⁽³⁰⁾.

Es responsabilidad del abogado informar al cliente sobre los procedimientos disponibles para la resolución de la disputa sobre la que consulta. Para ello debemos insertarnos “en un contexto más amplio que el tradicional adversarial, que restringe las capacidades del abogado al “pleito” ⁽³¹⁾:

“No se trata de fomentar una inclinación ciega hacia toda alternativa al clásico litigio, sino de entender mejor los procedimientos disponibles, inclusive al mismo pleito; evaluar sus ventajas y desventajas relativas en diversos contextos; apreciar el impacto que el procedimiento puede tener sobre los contrincantes y la comunidad. A menos que el abogado haya adquirido ese entendimiento y facultad de apreciación, su nivel de asesoramiento a los clientes será bajo y operará el riesgo del poco conocimiento. Los juristas deben estar preparados tanto para ayudar a otros, sean éstos sus clientes o la comunidad, para seleccionar el método más apropiado a la resolución de una disputa o para consumir una transacción, como para poder participar efectiva y eficientemente en tales procedimientos, una vez elegidos” ⁽³²⁾.

(*) La Dra. Graciela Corti es integrante del Equipo Del Ágora Mediadores-Capacitadores en RAD.

(**) La Dra. Mónica Rossi es miembro del Estudio Shaw, Faget & Asociados (vinculado a PricewaterhouseCoopers) e integrante del Equipo Del Ágora Mediadores-Capacitadores en RAD.

²⁶ Cf. Oyhanarte, op. cit, pág. 34.

²⁷ Cf. Josep Redorta Lorente, “La Mediación en España”, publicado en “Mediación; una transformación en la cultura”, compilación de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, Ed. Paidós, Buenos Aires, pág. 188.

²⁸ Cf. Oyhanarte, op. cit, pág. 34

²⁹ James Whitelaw, entrevista en Búqueda, 2 de octubre de 1997, pág. 49.

³⁰ “Locación y Mediación. Rol del abogado de parte”, Juan José Moll, ponencia para el Congreso Internacional de Administración de Conflictos, UBA, Buenos Aires 11 al 14.08.98.

³¹ “Abogados y Mediación”, Dra. María Rosa Fernández Lemoine, ponencia en el Congreso Internacional sobre Administración de Conflictos, UBA, Buenos Aires 11 al 14.08.98

³² Álvarez y Highton, ob. cit., pág. 401.

Bibliografía no especialmente referenciada:

ALDAO ZAPIOLA, Carlos: La Negociación: Un enfoque integral con específicas referencias a la Negociación Laboral
ALOSIO, VICTORIA: Co-Mediación
ALVAREZ, Gladys Stella ,HIGHTON, Elena I :Mediación para resolver conflictos
COLOSI, Thomas R. y BERKELEY, Arthur Eliot: Negociación Colectiva : El arte de conciliar intereses
CONSTANTINO, Cathy A. y Christina SICKLES: Diseño de Sistemas para Enfrentar Conflictos
ERTEL, Danny: Negociación 2000. La colección del Conflict Management
ENTELMAN, Remo f: (Rev, Libra Año II No. 3: El litigio)
FISCHER, Roger ; URY, William; PATTON, Bruce: Sí... de acuerdo! Cómo negociar sin ceder.
FISCHER, Roger, KOPELMAN, E y KUPFER SCHNEIDER, A.: Más allá de Maquiavelo
FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: Mediación: Resolución de conflictos sin litigio.
HENON RISSO, Jorge, "Manual de Conciliación y Mediación", FCU, 1995
KRITIK, Phillis Beck: La negociación en una mesa despareja
JANSENSON, Dina: Workshop Avanzado en Negociación, Montevideo, 1999.
MALEL, Enrique: El Arbitraje
MELANO, Gabriela: ¿Y porqué Resolución Alternativa de conflictos ahora?
MOORE, Christopher: El proceso de mediación
MUNDANTE JACA, Lourdes y MARTINEZ RIQUELME, José: Conflicto y Negociación (Universidad Politécnica de Madrid)
ROBBINS, Stephen, Comportamiento organizacional, Ed. Prentice Hall - Pearson (octava edición)
SINGER, Linda: "Resolución de Conflictos" Ed. Paidós, España, 1996.
SCHILLING FUENLIZADA, Mario Tomás: Negociación: Solución Extrajudicial de Conflictos Privados
URY, William (Rev. Libra Año 1 No. 2) Conciliar intereses, un síntoma de salud
URY, William : ¡Supere el No! Como negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas
VÉSCOB, Enrique (RUDP 4/93) La Justicia conciliadora
WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M: ¿Qué es la mediación?