

PERSPECTIVAS

EL DESARROLLO DE LOS MASC EN EL SIGLO XXI

**Seminario Internacional sobre Programas de Fortalecimiento de
Métodos Alternos en América Latina
Santafe de Bogotá, COLOMBIA, 29 y 30 de Julio de 1999**

Vancouver, B.C., Canadá
hca@rdcounsel.com

INTRODUCCION

La realidad que implica el impacto económico de solucionar conflictos en forma segura y predecible ha dado origen a un significativo aumento en el uso de soluciones alternas de controversias (en adelante, “ADR”), así como a importantes esfuerzos por parte de gobiernos nacionales con el objeto de mejorar la administración de justicia en sus respectivos países. Mientras que los particulares involucrados en negocios internacionales fueron quizás los primeros en reconocer el valor económico de una solución de controversias en forma predecible y efectiva, adaptada a sus necesidades, muchos gobiernos han desde entonces reconocido los beneficios de las ADR y han acogido su uso respecto de inversiones extranjeras y como medio de mejorar y reformar sus sistemas judiciales locales. El resultado ha sido el extraordinario florecimiento del arbitraje, la mediación y otras formas de ADR del que hemos sido testigos a lo largo de las últimas dos décadas. En tanto los negocios internacionales y las economías locales continúen desarrollándose, ocurrirá lo mismo con la necesidad de ADR. Esto representa una oportunidad y un reto tanto para las instituciones de solución de controversias, como para quienes la ejercen. El objetivo de esta breve introducción a este importante seminario internacional sobre el desarrollo de ADR en América Latina, es revisar algunos de los desarrollos y tendencias recientes de la solución de conflictos a nivel internacional, y discutir algunos retos que enfrentaremos en la importante tarea de desarrollar y fortalecer el uso de ADR en el Siglo 21.

RECIENTES DESARROLLOS Y TENDENCIAS

A. RECONOCIMIENTO DE LA IMPORTANCIA DE LA SOLUCION ALTERNA DE CONFLICTOS.

Es alentador ver el relativamente reciente reconocimiento a la importancia que tiene la solución de conflictos en negocios internacionales. Aunque aún queda mucho por hacer para incluir la solución de conflictos como parte integral de cualquier transacción comercial, la vívida atención que se presta a la solución de controversias ha por lo menos dado inicio a este proceso. Muchos instrumentos internacionales recientes reflejan esta nueva conciencia del importante papel que juega la solución de conflictos. Curiosamente, el énfasis se hace en el arbitraje y la mediación.

1. Generalidades

El ANALC concede un lugar especial a la solución de controversias y emplea varios mecanismos innovadores para la solución de conflictos tanto a nivel público como privado. Respecto de controversias públicas, los mecanismos de solución de

conflictos incluyen, por ejemplo, revisión por parte de un tribunal bi-nacional a las decisiones sobre *dumping* y derechos compensatorios (*countervailing*) en el Capítulo 19, consulta, buenos oficios y mediación por parte de la Comisión de Libre Comercio, y arbitraje en el Capítulo 20. En el campo de las controversias comerciales privadas, el Artículo 2022 del ANALC introduce una nueva y diferente obligación para las partes. Al Artículo 2020, reza así:

Artículo 2022: Solución Alternativa de Controversias

(1) Cada una de las partes, en el máximo alcance posible, alentará y facilitará el uso del arbitraje y otros medios alternos de solución de controversias para resolver conflictos comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.

(2) En este sentido, cada una de las partes preverá los procedimientos del caso para asegurar la observancia de pactos para arbitrar y el posterior reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales surgidos de dicho conflicto.

(3) Se considerará que una parte ha cumplido el numeral 2, si ésta es parte de y cumple con la Convención de 1958 de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

(4) La Comisión establecerá un Comité Asesor Sobre Conflictos Comerciales Privados compuesto por personas con experiencia o práctica en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité reportará y hará recomendaciones ante la Comisión, acerca de los asuntos generales remitidos a aquel por la Comisión, respetando la disponibilidad, uso y vigencia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de conflictos en el área de libre comercio.

Este artículo reconoce el aumento de actividad comercial transnacional que ha sido y continuará siendo resultado del ANALC, así como la importancia de prever un método adecuado para la solución de conflictos.

Recientemente, el Comité Asesor Sobre Conflictos Comerciales Privados llevó a cabo una importante conferencia sobre Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Ciudad de México. Esta conferencia estuvo dirigida a jueces y empresarios familiarizados con las ventajas de la ADR y los recursos con que se cuenta. A esta conferencia asistieron jueces de los tres países, incluyendo más de 100 jueces de México. La conferencia fue bien recibida y representa un importante paso en el respaldo del Comité Asesor a las metas planteadas en el Artículo 2022 del ANALC.

El Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Chile, en su Artículo N-20 contiene un artículo idéntico al Artículo 2022 del ANALC.

El ANALC también contiene una interesante disposición sobre solución de conflictos en controversias privadas sobre productos agrícolas:

Artículo 707: Comité Asesor Sobre Conflictos Comerciales Privados respecto de Productos Agrícolas.

El Comité establecerá un Comité Asesor sobre Conflictos Comerciales Privados respecto de Productos Agrícolas conformado por personas con experiencia o práctica en la solución de conflictos comerciales privados en comercio agrícola. El Comité Asesor reportará y hará recomendaciones al Comité para el desarrollo de sistemas en el territorio de cada Parte, para lograr la inmediata y efectiva solución de tales conflictos, teniendo en cuenta posibles circunstancias especiales, incluyendo la calidad de perecederos de ciertos productos agrícolas.

El Comité sobre comercio agrícola ha alentado una iniciativa por parte del Comité Asesor Sobre Conflictos Comerciales Privados respecto de Productos Agrícolas, para formar un mecanismo tri-nacional de solución de conflictos para resolver controversias relativas al comercio de frutas y vegetales perecederos entre los tres países ANALC. Esta iniciativa fue asumida para compensar insuficiencias percibidas de los sistemas nacionales en cada uno de los países ANALC respecto de la solución de conflictos internacionales.

El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (A.P.E.C.) creado en 1989 como grupo informal de diálogo ha evolucionado hacia un importante vehículo para promover el comercio, la inversión y la cooperación económica. Un importante punto de concentración de trabajo para el APEC en los últimos años ha sido la promoción de soluciones alternas de conflictos. En este sentido, APEC ha publicado un manual para ayudar en la promoción e implementación de ADR para la solución de controversias y para facilitar y respaldar el comercio en la región. Este manual acaba de ser publicado en su segunda edición y se encuentra disponible en el Internet en www.apecsec.org.sg/committee/dispute.htm¹. APEC también ha establecido un Grupo de Expertos en Mediación de Conflictos (DMEG) con el objeto de explorar cómo puede establecerse un servicio de mediación de conflictos para facilitar la solución de controversias a través de la mediación. El DMEG también pretende facilitar acceso e información sobre mediación, conciliación y arbitraje en la región APEC. Uno de sus primeros logros ha sido la publicación del manual antes mencionado.

Dada la naturaleza privada y convencional de la mayoría de formas de ADR, es difícil estimar con precisión cuántos conflictos se están resolviendo por mediación y cuántos por arbitraje. Sin embargo, la limitada información disponible, tal como estadísticas de instituciones arbitrales internacionales, indica que el número de arbitrajes internacionales ha aumentado en forma constante durante los últimos

años. Recientemente el enorme crecimiento y éxito de la mediación para resolver conflictos locales o internos ha comenzado a influir en la solución de conflictos internacionales. La mediación y conciliación, especialmente *ad hoc*, o utilizando el Reglamento UNCITRAL de Conciliación, están siendo utilizadas cada vez con más frecuencia en estos conflictos.

Mi propia experiencia indica un fuerte aumento en la vinculación de partes de América Latina al arbitraje comercial internacional, y en menor grado, a la mediación.

2. Uso Creciente del Arbitraje en Conflictos de Inversión

El arbitraje se está utilizando cada vez más como forma principal de solución de conflictos en una amplia gama de tratados de inversión. Uno de los primeros de estos tratados fue la Convención sobre Solución de Conflictos de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados (la “Convención de Washington” de 1965) que estableció el Centro Internacional para la Solución de Conflictos de Inversión (“ICSID”). Durante muchos años el ICSID tuvo un volumen relativamente bajo de casos. Sin embargo, recientemente el número de casos aumentó dramáticamente hasta el punto que actualmente cuenta con al menos 26 casos activos. Esto se debe en gran medida, a la constitución del ICSID y su Reglamento Adicional en tratados multilaterales de inversión tales como el ANALC y al creciente número de tratados bilaterales sobre inversión.

Por ejemplo, el ANALC en su Capítulo 11 contiene un novedoso y complejo mecanismo para la solución de controversias de inversión entre un inversionista de una Parte del ANALC y otras Partes del ANALC. Este mecanismo otorga a los inversionistas privados el derecho de proceder con un arbitraje en contra de un Estado parte que viole las normas sustantivas sobre inversión contenidas en la primera parte del capítulo, sin necesidad de un contrato ni de un pacto arbitral aparte entre el inversionista y el Estado parte. El inversionista puede optar por uno de los siguientes tres reglamentos para adelantar el arbitraje:

- La Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales y otros Estados y el ICSID que administra normas de procedimiento sobre conciliación y arbitraje cuando el Estado del inversionista y el Estado en conflicto hacen parte de la Convención.
- El Reglamento Adicional ICSID donde bien el Estado del inversionista o el Estado en conflicto hacen parte de la Convención ICSID; o
- El Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho de Comercio Internacional (el "Reglamento Arbitral UNCITRAL").

El novedoso mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado contenido en el Capítulo 11 del ANALC ha sido utilizado con mucha frecuencia en los últimos tres años. Actualmente existen por lo menos 9 casos en los que los procesos han efectivamente comenzado o en los que se han presentado avisos de intención de comenzar un arbitraje.

El modelo del Capítulo 11 del ANALC se ha insertado en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Chile y ha influido gran parte de los más recientes acuerdos de protección a la inversión extranjera del Canadá.

El arbitraje también juega un importante papel en las disposiciones sobre solución de controversias de otros tratados multilaterales tales como el Tratado Energético. Se espera que ocupe un importante lugar en el Acuerdo de Libre Comercio de Las Américas.

B. DESARROLLO CONSTANTE DE LEYES NACIONALES

Los últimos años han sido testigo de numerosos cambios en las leyes nacionales sobre arbitraje. Ha habido dos importantes situaciones de las que éste ha surgido. La primera es la reforma de leyes arbitrales desarrolladas en países tales como Inglaterra, donde existe una tradición establecida sobre el uso del arbitraje. En estos países ha existido la tendencia de intentar mejorar el proceso arbitral adoptando para ello disposiciones que disminuyen costos y tiempo. Por ejemplo, la importante Ley Arbitral Inglesa de 1996 introduce una obligación positiva sobre los árbitros, para que adelanten el arbitraje en la forma más expedita, económica e imparcial que sea posible. También introduce varias disposiciones para simplificar y acelerar el proceso arbitral. Estas nuevas leyes también han intentado ampliar y dar respaldo a la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Por ejemplo ampliar y clarificar la facultad del tribunal para ordenar medidas preventivas de protección y facilitar la ejecución de laudos y autos provisionales de un tribunal arbitral. Aunque estas leyes no han implementado la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial, la redacción de aquellas definitivamente está influida por ésta.

El segundo ejemplo de cambios a leyes nacionales se deriva de países que han adoptado la Ley Modelo. Desde su finiquito en Junio de 1995 la Ley Modelo se ha adoptado en 28 jurisdicciones, de conformidad con UNCITRAL. La Ley Modelo ha tenido notable éxito en las Américas: Canadá adoptó la Ley Modelo en 1986, luego lo hicieron México, Guatemala y Perú. Aunque Estados Unidos no ha adoptado la Ley Modelo a nivel federal, varios de sus estados, incluyendo California, Connecticut, Florida, Georgia, Carolina del Norte, Ohio, Oregon y Texas ya lo han hecho.

C. LA REFORMA DE REGLAMENTOS INSTITUCIONALES

En los últimos años se han visto importantes reformas a los reglamentos de las principales instituciones arbitrales. En gran parte estos reglamentos reflejan la preocupación de responder a la crítica en el sentido que el arbitraje comercial internacional se ha tornado demasiado formal, demasiado lento y demasiado costoso. Por ejemplo, las siguientes instituciones arbitrales han reformado recientemente sus reglamentos: La Asociación Arbitral Americana, a partir del 1o. de Abril de 1997; La Corte Londinense de Arbitraje Internacional, a partir del 1o. de Enero de 1998; La Cámara de Comercio Internacional, a partir del 1o. de Enero de 1998. En cada caso varias de las reformas a los reglamentos buscaban reducir demoras y costos, dar respaldo a la jurisdicción y discreción del tribunal arbitral, y en general, hacer que las normas pertinentes estuvieran más acordes con las necesidades de las partes.

Hemos también visto otros dos importantes desarrollos de naturaleza "institucional" en respaldo del arbitraje comercial internacional. El primero de éstos son Las Notas UNCITRAL sobre Organización de Procesos Arbitrales (1996). El objeto de las Notas es ayudar a quienes ejercen el arbitraje enumerando y describiendo para ellos temas y puntos relevantes en arbitraje comercial internacional, sea que el arbitraje esté siendo manejado o no por una institución arbitral. Las Notas nunca pretendieron ser obligatorias, sino por el contrario un antecedente informativo y explicativo sobre los principales pasos a seguir en los procesos arbitrales. Estas constituyen una ayuda verdaderamente útil tanto para principiantes como para expertos en el tema.

El segundo desarrollo es la reforma del Reglamento de La Asociación Internacional de Colegios de Abogados (IBA) sobre Recepción de Pruebas en Arbitraje Comercial Internacional. El texto final del nuevo reglamento fue aprobado el 1o. de Junio de 1999 por parte del el Consejo IBA. El reglamento se pretende para regir en forma eficiente y económica la recepción de pruebas en arbitrajes comerciales internacionales, especialmente en aquellos que se adelantan entre partes provenientes de distintas tradiciones jurídicas. Se pretende también para complementar los reglamentos institucionales o *ad hoc*, así como las disposiciones legales generales según las cuales las partes adelantan el arbitraje.

D. MEDIACION Y CONCILIACION

Durante los últimos 20 años la mediación ha tenido un extraordinario desarrollo en Norte América. Tiene gran aceptación entre particulares y gobiernos, los cuales confían altamente en ella y la incluyen en sus sistemas multi-puertas anexos a la Corte para la resolución de conflictos. En los Estados Unidos y Canadá existe gran número de mediadores capacitados y una variedad de instituciones que prestan servicios y capacitación en mediación.

Recientemente ha surgido gran interés por desarrollar el uso de la mediación en Inglaterra, y más recientemente en los países continentales Europeos. Un desarrollo similar liderado por gobiernos a través de legislación ha tenido lugar en algunos lugares de América Latina.

E. USO DE ADR POR PARTE DE GOBIERNOS

Los gobiernos nacionales han vuelto su mirada hacia la ADR en un intento por mejorar el acceso a la justicia y controlar los costos de administración de sus sistemas judiciales. Claramente el líder en este campo es Estados Unidos, que durante muchos años ha introducido una amplia gama de formas de mediación, arbitraje y otras formas de solución de controversias en su sistema judicial. También ha sido pionero en el uso de formas alternativas de solución de controversias en el amplio espectro de conflictos sociales. En muchas jurisdicciones de los Estados Unidos las partes no pueden dar inicio a acciones ante Tribunales, ni instaurar procesos antes de haberse involucrado en un proceso alternativo de solución de controversias. En muchos estados los Colegios de Abogados locales exigen a los abogados presentar al cliente las opciones alternas de solución de controversias que existen, antes de instaurar una acción judicial.

En menor grado, este ejemplo ha sido imitado por Canadá. La Asociación Canadiense de Colegios de Abogados concluyó una intensa revisión al sistema de justicia civil de Canadá y recomendó altamente el uso de alternativas de solución de controversias para mejorar el acceso a, y la administración de justicia. Desde entonces se han introducido en Canadá distintos esquemas de mediación multi-puertas anexos a la Corte. Algunos de éstos, como en la Provincia de Ontario, exigen que las partes se involucren en una mediación antes de proceder a un juicio. Si las partes no acuerdan voluntariamente una forma de mediación, deberán hacer uso de un sistema establecido por la legislación provincial, salvo que cumplan los estrictos criterios de dispensa para ello. En British Columbia se ha dado inicio a un programa de mediación menos coercitivo. En esa Provincia, las partes en ciertos tipos de acciones civiles pueden dar aviso a la otra para proceder a una mediación. Si se da dicho aviso, entonces las partes deben proceder a la mediación. Si voluntariamente no pueden acordar la mediación, la ley provincial prevé un sistema sustituto de mediación.

Es interesante anotar que en muchos, aunque no en todos los esquemas de mediación multi-puertas en Canadá, las partes mismas deben asumir el costo de la mediación.

En términos generales, los esquemas ADR multi-puertas han operado bien. A pesar del hecho que éstos son impuestos a las partes que buscan acceso a los

Tribunales, los índices de solución son bastante altos. Aunque la valoración del éxito de la mediación comparado con el litigio es notablemente difícil de medir, parece existir consenso general en el sentido que los esquemas multi-puertas de solución de controversias operan debidamente y son apreciados por los litigantes. Sin embargo, tal como se discute adelante, es muy difícil medir el ahorro de costos que éstos representan para los gobiernos nacionales.

Una preocupación que surge de la imposición de ADR por parte de gobiernos nacionales es que el uso de la mediación y otras formas consensuales de ADR en este contexto se tornará institucional y algo más lento por la burocracia que ello apareja. Además, la imposición y supervisión de una forma consensual de solución de controversias por parte de la autoridad gubernamental transforma en efecto la naturaleza de la mediación. La imposición por parte del gobierno exige mayores garantías de justicia natural, privacidad y confidencialidad, que a su turno, exigen un marco legal e infraestructura más pesados. Tal como se discute adelante, esto representa uno de los mayores retos de la ADR en el próximo siglo.

F. EL INTERNET

El Internet representa una herramienta formidable para el progreso de la ADR. Brinda excelentes oportunidades para difundir información y capacitación. Muchas instituciones arbitrales y organizaciones internacionales cuentan con *websites* de gran utilidad que contienen información general, copias de los distintos reglamentos, leyes y convenciones. Algunas instituciones arbitrales tales como el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de British Columbia incluso ofrecen en sus *websites* listas de los árbitros, mediadores y otros expertos en solución de conflictos. El Centro de B.C. también ofrece conexiones a la información biográfica de sus expertos (www.bcicac.com)

En los últimos años también se ha visto el uso del Internet en la solución de controversias tanto por mediación como por arbitraje. Cada vez con mayor seguridad no es raro ver cruce de correspondencia entre árbitros o mediadores y las partes a través de e-mail. Además, varias instituciones están desarrollando procedimientos de solución de conflictos vía Internet. Siempre que pueda mantenerse la seguridad, esto ofrece un camino promisorio para reducir costos en el proceso de solución de controversias. Este potencial ahorro de costos también ha sido reconocido por los registros Judiciales en varias de las jurisdicciones Norte Americanas.

También es posible que el Internet de origen a una nueva fuente de conflictos. Apenas estamos comenzando a ver el enorme potencial del comercio electrónico. Con este comercio es seguro que se presentarán numerosas controversias. Esto implicará un reto no solo para nuestros sistemas judiciales nacionales, sino

también para nuestras instituciones sobre solución de controversias y quienes la ejercen. Una institución que ha comenzado a tratar estos retos es la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (WIPO) que además, en sus reglamentos sobre arbitraje y mediación ha desarrollado normas arbitrales expeditas, normas urgentes de reparación y normas arbitrales *on-line*, así como normas para la solución de conflictos por propiedad de nombres.

LOS RETOS

A. EDUCACION Y CAPACITACION

Los regímenes legales liberales que favorecen la ADR no son suficientes para asegurar una exitosa solución de conflictos. Aunque tales regímenes son indispensables, lo que cuenta realmente es su implementación y el ejercicio de la solución alterna de controversias. La experiencia reciente demuestra que los usuarios de la solución de controversias deben entender el sistema que utilizan, sus ventajas y desventajas, sus limitaciones y cómo opera en la práctica. En consecuencia, se requiere educación y capacitación para los jueces y entes decisorios que controlan el marco legal dentro del cual funciona la ADR; los abogados, quienes deben saber cuándo y cómo utilizar la ADR; y los usuarios de la solución de conflictos, los litigantes, quienes deben determinar si y cómo la ADR satisface sus intereses. Finalmente, es importante no olvidar que los gobiernos y legisladores también deben educarse. Deben entender la naturaleza de la solución alterna de controversias si han de implementar normas legales favorables para la ADR y así usarla en forma acertada en respaldo de sus sistemas judiciales.

Aunque muchos pueden verse tentados a pensar que la educación y capacitación en el campo de la ADR es fácil, nada más alejado de la verdad. De hecho, la solución alterna de conflictos es muy compleja. Cada una de las muchas formas de ADR es diferente y requiere de un profundo entendimiento y considerable destreza si se trata de enseñarla debidamente. Por ejemplo, el arbitraje, que ocupa una posición privilegiada en el espectro de la solución de conflictos, es una figura muy compleja cuyo éxito depende en gran medida de su relación con una o muchas leyes nacionales y convenios internacionales. De otra parte, la mediación exige una significativa combinación de habilidades analíticas e interpersonales.

Por muchas razones, las instituciones y organizaciones privadas de solución de conflictos se encuentran en mejor posición para ofrecer una buena educación y capacitación. En términos generales, tienen mejor conocimiento y experiencia que muchos y tienden a ser más eficientes que el gobierno. Además, estas instituciones están por lo general más cerca a los usuarios del producto de solución de conflictos en cuestión y entienden mejor las necesidades del grupo elector de que se trata.

B. INFORMACION Y ESTADISTICAS

Una de las ventajas de que frecuentemente se vanagloria la ADR es su naturaleza privada y la confidencialidad resultante que se le puede atribuir. Sin embargo, ésto también hace más difícil para los no-participantes, incluyendo jueces, abogados y litigantes, aprender acerca de la ADR y sus beneficios. Aunque sería importante mantener la naturaleza privada de la solución alterna de conflictos, hay un papel importante que las instituciones de solución de conflictos y sus practicantes, deben jugar al informar al público acerca de la ADR y sus beneficios potenciales, bien a través de la publicación de reportes editados o a través del recaudo y publicación de estadísticas útiles.

Este último punto es aún más importante respecto de los sistemas judiciales de estados nacionales. Esta información es importante para valorar la eficacia de la ADR al compararla con los sistemas judiciales nacionales. Dicha información también es fundamental para cualquier proceso de reforma judicial. La falta de información y datos disponibles para estudiar y valorar la reforma judicial se ha hecho notar en el pasado. Recientemente, el Equipo de Trabajo del Sistema de Justicia Civil de la Asociación Canadiense de Colegios de Abogados comentó que estaba estancado en sus esfuerzos por falta de adecuada información acerca del costo de la justicia civil y la relación costo - eficacia del sistema Judicial. Concluyó que con el objeto de identificar dónde pueden reducirse costos y aumentar eficiencia, los Tribunales necesitan establecer una completa base de datos estadística. Al reconocer que probablemente la reforma a la justicia civil aumentaría la necesidad de respaldo de los Tribunales en el corto plazo, el equipo de trabajo expresó que no contaba con información suficiente acerca de la relación costo - eficiencia de las operaciones Judiciales, como para argumentar vigorosamente la necesidad de recursos adicionales en el ambiente económico actual.

Un importante aspecto de la reforma judicial, incluyendo el uso de la ADR, es la percepción que los ciudadanos tienen sobre el sistema judicial y los índices reales de solución de conflictos en Tribunales y otras partes. Sin información confiable acerca de tales percepciones y lo que esperan los ciudadanos del sistema de justicia civil, es difícil determinar las razones por las que los ciudadanos no invocan el proceso legal, y por lo tanto, no podemos valorar adecuadamente la insuficiencia o accesibilidad del sistema o el argumento de que el sistema es injusto. Además, sin información confiable acerca de la operación del sistema de justicia civil en el pasado, tenemos bases limitadas sobre las cuales comparar el actual funcionamiento del sistema judicial. Sin información acerca de los patrones e índices globales de litigio civil, es difícil determinar la magnitud y alcance de los problemas percibidos. También afecta las bases sobre las que se recomienda y

valora la reforma. En un campo tan complejo como la justicia civil, es crucial el acceso a la mayor información empírica posible. De lo contrario, nuestro análisis continuará estando influido por las impresiones y la intuición.

La reciente controversia alrededor de los resultados del Reporte "RAND" en los Estados Unidos (una extensiva revisión y evaluación del manejo de jurisprudencia, mediación y primera evaluación neutral según la Ley de Reforma al Sistema de Justicia Civil federal) indica que el recaudo de datos no será necesariamente fácil. Mientras que existe información mucho más importante y básica que puede recaudarse con relativa facilidad, el valor de otra información dependerá de formular la pregunta correcta. El Reporte RAND sorprendió a muchos al concluir que el uso de procesos no obligatorios de ADR tales como la mediación y la primera evaluación neutral en el proceso Judicial no redujo el costo y demora del litigio. Esta conclusión ha dado origen a una amplia gama de reacciones, muchas de las cuales se concentran en el diseño del estudio y la dificultad de analizar un proceso que presenta tal variedad de casos, tiempos de decisión, resultados y costos. Otros han cuestionado si el solo criterio de tiempo y costo es el criterio adecuado para analizar la ADR multi-puertas, y en este sentido, señalan los altos índices de ADR recibidas en términos de satisfacción del participante y opinión sobre su equidad. Sea que uno esté o no de acuerdo con el Reporte RAND, no hay duda que éste dará origen a un saludable debate sobre el recaudo y análisis de datos respecto de la ADR multi-puertas y el sistema judicial. También hace claridad en el sentido que el diseño e implementación de métodos para recaudar datos confiables es un tema complejo que debe estar respaldado por recursos suficientes y ser asumido con cuidado. Las instituciones de solución de controversias pueden jugar un papel crucial en esta importante tarea.

C. INSTITUCIONALIZACION Y "LEGIFICACION" DE LA ADR

Las recientes críticas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial internacional sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar la ADR. Esto a llevado a un líder y autoridad en materia de arbitraje, Lord Michael Mustill, a referirse a muchos arbitrajes internacionales como "vino desalcoholizado". En opinión de Lord Mustill, muchos arbitrajes se han convertido en una parodia de los procesos Judiciales - tribunales sin el poder que los Tribunales tienen para que funcionen (The Lawyer's Weekly, Enero 29, 1999 pp. 7, 12). Tal como se mencionó arriba, ésto a urgido la reforma de la legislación arbitral y de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales. Sin embargo, el éxito de estas iniciativas aún está por verse.

La mediación, conciliación y otras formas de ADR también pueden tornarse objeto de la misma crítica. Este riesgo es particularmente alto cuando el Estado hace uso de la ADR obligatoria. La imposición de una forma consensual de solución de conflictos transforma su naturaleza al introducir otra parte. Esta nueva parte no es

el mediador, sino la autoridad que impone el uso de la mediación. Esta podría ser los Tribunales en caso de mediación multi-puertas, o los tribunales administrativos que exigen alguna forma de mediación antes de adjudicar derechos al interior de su jurisdicción. La nueva parte fija el conjunto de normas para participar en la mediación y supervisa el cumplimiento de las mismas. También puede ser importante fijar alguna forma de sanción por la omisión de participar en el proceso o de cumplir con estas normas. La presencia o "sombra" de esta autoridad cambia la dinámica del proceso de mediación puramente consensual. Aunque esto no hace la mediación obligatoria inaceptable, y en efecto muchas de las posibles ventajas de la mediación consensual permanecen, es importante reconocer la diferencia entre las dos formas de mediación. No solo la mediación obligatoria afecta la dinámica del proceso y la actitud de las partes, sino que también exige mayores garantías procedimentales. Además, la necesidad de proteger ciertos aspectos del proceso de mediación, tales como la confidencialidad y privilegio, aumenta cuando la mediación es obligada.

Hacer de la ADR algo obligatorio puede también acelerar el proceso de institucionalización y "legificación". Cuando se imponen mecanismos consensuales de ADR como parte del proceso judicial, existe la tendencia a perder confianza en el proceso. Cuando se impone la mediación como parte del proceso Judicial, surge preocupación acerca de la calidad de los árbitros, el proceso adoptado y la naturaleza y consistencia de los resultados. Por ejemplo, allí surge la necesidad de garantizar o certificar las calidades del mediador. Esta preocupación será aún mayor cuando los mediadores no son jueces ni funcionarios judiciales, sino por el contrario proveedores de un servicio privado. En consecuencia, hemos visto el establecimiento de listas de mediadores calificados y certificados. Por supuesto, cuando se establece una lista con calidades mínimas para su admisión, deberá también haber un procedimiento de disciplina y remoción de los miembros de la lista. Esto, a su turno, exige un proceso "judicial" o "cuasi-judicial" para garantizar los derechos del debido proceso y equidad. Este proceso puede incluirse en las directrices o legislación judiciales que establecen y regulan el esquema obligatorio de mediación. El potencial es la creación de otra institución con sus propios problemas de costos, demora y complejidad.

Nace de lo anterior la preocupación adicional de que la participación de abogados y un escenario judicial o legal en la administración de programas ADR multi-puertas reconocerá el "potencial litigioso" en los asuntos involucrados y la aplicación y administración de mediación u otras formas de ADR en un escenario multi-puertas. Cuestiones tales como confidencialidad en el proceso de mediación, privilegio e inmunidad de los mediadores, todos representan este potencial. El miedo es que la ADR multipuertas sufrirá por la institucionalización y "legificación", el mismo destino del sistema judicial en la mayoría de países.

Las instituciones de solución de controversias tienen un importante papel que jugar

en defender la naturaleza consensual de la ADR y ayudar a asegurar su uso apropiado. Esto puede hacerse por vía del role educativo que las instituciones de solución de controversias pueden jugar al redactar la legislación, y al diseñar e implementar las iniciativas de ADR.

D. CONTROVERSIAS MENORES

Hacer la ADR accesible a controversias menores donde las partes en conflicto carecen de recursos financieros implica un reto especial. Gran parte del alto perfil que la ADR ha logrado es el resultado de su uso en conflictos comerciales de importancia, por partes en posición de pagar la prestación de servicios de calidad. Sin embargo, la historia no es la misma cuando la factibilidad económica está ausente. En consecuencia, muchas controversias menores, de naturaleza internacional o local, no cuentan con acceso a los mismos servicios. Aunque esto puede llevar a soluciones de naturaleza diferente como por ejemplo, un tipo alternativo de ADR en sí mismo, el resultado no es siempre satisfactorio.

El reto radica en lograr acceso a los servicios de solución de conflictos para controversias menores y mayor disponibilidad de los mismos para participantes indigentes. En cierta medida esto puede hacerse mediante proveedores privados del servicio que utilicen su creatividad e ingenio. Sin embargo, para muchos tipos de conflictos, principalmente aquellos de naturaleza no comercial, esto puede no ser posible. Los servicios ADR deberán prestarse, o al menos ser subsidiados por el Estado. Surge de nuevo la inquietud derivada de la ADR obligatoria y surge el peligro de institucionalización y “legificación”. Considero que las instituciones de solución de conflictos y quienes la ejercen tienen la obligación de ayudar.

E. ARMONIZACION

El enorme interés en la ADR ha llevado a una gran variedad de iniciativas incluyendo la adopción y reforma de legislación, la creación de nuevas instituciones y normas e intentos por crear parámetros y certificar la práctica de la solución de conflictos. Aunque estas iniciativas reflejan un bienvenido interés y energía, pueden también dar lugar a duplicación y confusión. Por ejemplo, la riqueza de los recursos y opciones de ADR en ciertas partes del mundo pueden ser sorprendentes, especialmente para el usuario principiante de servicios de solución de conflictos. También puede representar un problema para usuarios más sofisticados de los servicios de solución de conflictos, por ejemplo cuando existe una proliferación de tratados y leyes que se sobreponen, y en algunos casos, entran en conflicto entre sí.

Lo anterior demuestra la necesidad de un acercamiento planeado y coordinado hacia el desarrollo de la ADR. Se requiere de una aproximación conjunta entre los

muchos actores en el campo de la solución de controversias para maximizar los recursos disponibles.

CONCLUSION

La solución alterna de controversias jugará sin lugar a dudas un activo papel en la administración de justicia, tanto a nivel transnacional como nacional. Con la creciente globalización de la economía mundial, podemos esperar un importante papel para la solución de conflictos internacionales o transnacionales. Al mismo tiempo, la mayor demanda de acceso a la justicia a nivel nacional requerirá una mayor expansión de la ADR al interior de los sistemas judiciales nacionales. Todo ésto garantizará un importantísimo papel para la ADR durante el Siglo XXI y de allí en adelante. También representa un reto fascinante y de cierta manera intimidante para aquellos involucrados en la solución de conflictos.

Un indicativo del reto que se enfrenta y de las posibles soluciones a éste se refleja en las recomendaciones del Reporte del Equipo de Trabajo de la Asociación Canadiense de Colegios de Abogados sobre Reforma a la Justicia Civil. Aunque éstas se refieren en gran medida a la reforma de un sistema Judicial nacional, también reflejan muchos de los retos que enfrenta la solución de conflictos internacionales. A continuación menciono algunas de las recomendaciones del Equipo de Trabajo relativas a ADR para que sean tratadas y enseñadas durante el transcurso de este seminario.

RESUMEN DE LAS RECOMENDACIONES DEL EQUIPO DE TRABAJO

Tal como se detalla en dicho Reporte, el Equipo de Trabajo recomienda que:

Toda jurisdicción, como parte del sistema de justicia civil, brinde oportunidades para que los litigantes hagan uso de procesos no-obligatorios de solución de controversias tan pronto como sea posible en el litigio, y como mínimo, en o poco después del cierre de alegatos y de nuevo inmediatamente termine el análisis de pruebas anticipadas; establezca, como pre-condición para usar el sistema judicial luego del cierre de alegatos, y después como pre-condición para tener derecho a un juicio o fecha de audiencia, un requisito en el sentido que los litigantes certifiquen que ellos mismos han aprovechado la oportunidad de participar en el proceso no-obligatorio de solución de conflictos o que las circunstancias del caso son tales que tal participación no está garantizada o ha sido analizada y rechazada por razones lógicas; y garantice que las personas involucradas en prestar asistencia a litigantes en procesos no-obligatorios de solución de conflictos, tengan la adecuada capacitación y respaldo para adelantar esta función.

Cada jurisdicción a través de sus reglamentos de procedimiento imponga a los

litigantes una obligación positiva, anticipada y permanente de analizar posibles soluciones y considerar las oportunidades disponibles para participar en procesos no-obligatorios de solución de conflictos.

Todo tribunal asuma estudios o proyectos piloto para determinar las mejores prácticas respecto de la integración de procesos no-obligatorios de solución de controversias en etapas posteriores a las pruebas anticipadas de un litigio.

Todo tribunal cuente con un sistema de manejo del flujo de casos de manera tal que se ofrezca intervención judicial anticipada en la definición de temas y en la supervisión del curso de los casos.

8. Toda jurisdicción cuente con un sistema muti-rastreo para la solución de conflictos civiles.

20.(a) El CBA adelante negociaciones con los ministros provinciales o territoriales o de educación o sus equivalentes, para facilitar la enseñanza de técnicas en solución de conflictos y el funcionamiento del sistema de justicia civil en las escuelas elementales y secundarias de Canadá; y

(b) estos esfuerzos sean asumidos de consuno con sociedades de derecho, facultades de derecho, miembros de la administración de justicia y los distintos gobiernos.

27. Todo tribunal brinde consejo a los miembros del público sobre las opciones de solución de controversias en el sistema de justicia civil, así como sobre los servicios comunitarios disponibles.

29. Todo tribunal establezca un Comité Asesor compuesto por miembros del público y otras personas involucradas en el sistema de justicia civil, con el objeto de prestar asesoría sobre:

(a) formas de mejorar la administración de justicia civil;

(b) reducir o remover barreras de acceso, e

(c) implementar, evaluar y monitorear medidas de reforma.

34. Toda jurisdicción establezca, en orden prioritario y en la medida que ésto no se haya hecho, sistemas computarizados de manejo de información para permitir el adecuado manejo del trabajo de los tribunales y la valoración del impacto de las reformas.

35. La Asociación Canadiense de Administradores Judiciales establezca un

grupo de trabajo para desarrollar parámetros nacionales y para recomendar procedimientos para el uso de formatos electrónicos, radicación y almacenamiento de documentos para efectos legales.

36(a). Toda jurisdicción desarrolle criterios y un sistema de capacitación, monitoreo y supervisión de personas que prestan servicios de solución de conflictos con soporte judicial, y

(b) el CBA desarrolle un conjunto de principios y criterios modelo para ayudar a los tribunales en este proceso.

38. Toda jurisdicción especifique en sus reglamentos de conducta profesional, una obligación para que los abogados exploren profundamente los prospectos de solución con sus clientes y una obligación de explicar las opciones disponibles para la solución de conflictos, respecto de asuntos litigiosos.

39(a). Las facultades de derecho, profesores de cursos para admisión a Colegios de Abogados y educación continuada, brinden educación y capacitación sobre opciones de solución de conflictos y los medios mediante los cuales pueden integrarse a la práctica legal, y

(b) tales cursos serán obligatorios en las facultades de derecho Canadienses y en los programas para admisión a Colegios de Abogados.