

## MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y A LA DE ESTADOS UNIDOS\*

Jorge FÁBREGA P.

SUMARIO: I. *Conceptos preliminares*. II. *Ventajas de los medios alternativos de solución de conflictos*. III. *Medios alternativos de solución de conflictos*. IV. *Experiencia panameña*. V. *Medios alternativos de solución de las disputas en Estados Unidos*. VI. *Extraprocesales*. VII. *Bibliografía*.

### I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Desde la antigüedad se conocían los que, con la suficiencia propia de nuestros tiempos, hemos calificado de medios alternativos de solución de conflictos.

En la antigua China, se cuenta que el emperador K'ang Hsi consideraba que era propio del hombre vulgar caer en pleitos y que por eso aconsejaba que los tribunales fueran "espantosos, podridos, modelos de mal trato", para ahuyentar a los litigantes crónicos y desalentar toda forma adversaria.

Procuraba sí, que las partes aprendiesen a superar sus diferencias de intereses a través de acuerdos.

Y en Roma, en el periodo clásico de su jurisprudencia, su proceso formulario se convirtió en el mejor ejemplo de un proceso arbitral, oral e inmediato, en que las partes no sólo elegían al juez, sino que definían el objeto del litigio en ese contrato procesal que fue la fórmula y que caracterizó a la *litiscontestatio* como la fase esencial del proceso.

En la tradición hispanoamericana existe también una línea histórica de solución alternativa de conflictos.

Como ejemplo suele citarse al Tribunal de las Aguas de Valencia, en España, como una de las más antiguas y sólidas instituciones populares que desde 1239 media entre los campesinos para regular el conflicto más importante y constante de la región, el que versa sobre la racional utilización del agua.

\* Informe.

En México, concretamente en Oaxaca existen instituciones que regulan el conflicto popular y que son una afortunada combinación de procesos y culturas indígenas y castellanas.

En años más recientes, cada vez con mayor insistencia frente a la innegable crisis de la justicia tradicional, los gobiernos y la sociedad civil vuelven la mirada esperanzada hacia esos medios alternativos de solución de conflictos.

La negociación, mediación, conciliación y el arbitraje atraen la atención como expresiones posibles de una nueva cultura que, a la confrontación y el litigio, antepone la cooperación y la autogestión, como instrumentos racionales para alcanzar la paz y la tranquilidad en nuestras atribuladas sociedades.

Una serie de factores han impuesto una estructuración del sistema tradicional de solucionar los conflictos, entre ellos:

1. El congestionamiento de miles de causas en los tribunales.
2. La inevitable dilación en solucionarlos por carencias presupuestarias endémicas, en discordancia con la actual dinámica social y económica.
3. Cierta ineficacia y la consecuente pérdida de confianza en el sistema y los altos costos económicos que todo esto implica.
4. El carácter formalista del derecho procesal al igual que la concepción legalista de la justicia. La ley se ha preocupado y se preocupa más por una actuación y un fallo legalista, que por un fallo justo. El “tecnicismo” modalidad sofisticada del formalismo es un “valor determinante” de la jurisprudencia. Dentro de ese contexto el juez tradicional se interesa en establecer “la verdad formal” (las reglas probatorias y el instituto de las ficciones, a pesar de importantes innovaciones, desempeñan un papel dominante) y en disquisiciones “lógico-lingüísticas”, más que en consideraciones sociales y cuestiones de hecho. El formalismo que genera criterios lingüísticos llevan al juez a divorciarse de la realidad social y de la justicia del caso concreto. El fallo —y las argumentaciones del abogado litigante, que conoce el modo de pensar del juez— se contrae a argumentaciones y formalismos más que en aspectos de justicia. El juez que dicta una sentencia que se ajusta formalmente a la ley siente que ha cumplido adecuadamente su deber, pero la parte agraviada y el público que vive el caso quedan con una sensación de frustración y resentimiento.
5. El lenguaje judicial es hermético, arcaico, lleno de fórmulas “estereotipadas” esotérico, inaccesible al público. De esta manera se levanta una valla entre los abogados y todas aquellas personas que, aunque involucradas en el proceso, no lo manejan.
6. El carácter tradicionalmente conservador del juzgador. El derecho es aplicado por funcionarios que, por razón de su posición económico social, o de su formación profesional, son reacios a los cambios y se convierten en una barrera, a veces infranqueable, en la actualización y vitalización de las normas jurídicas.

7. a) Aspectos relacionados con la formación y estructura de los jueces y litigantes; b) Aspectos relacionados con el ambiente social y geográfico; c) Aspectos culturales, distintos a los de la naturaleza humana. Tal como expone Jerome Frank:

Aunque la situación de litigio se hubiera reducido por la exclusión de estos aspectos que están en las bases del juicio provisional y no hubiera causal relacionada con los fallos, los factores psicológicos y culturales deberán permanecer. Aunque las técnicas están a mano para el estudio de las relaciones causales de cada factor de los fallos, la manipulación colectiva precisamente está fuera de cuestión y sería absurdo intentar exponer la situación de litigio en término precisamente de variables en relaciones causales con el fallo. La formulación de semejante ecuación es una ilusión...

El pronóstico del curso de los fallos o incluso un fallo particular en algunos campos por lo menos puede tal vez ser tan probable como la predicción del meteorólogo (Courts on Trial, p. 338).

8. La hostilidad popular a una justicia formal, ritual y deshumanizada, y el deseo de que sea reemplazada por una justicia flexible, de acuerdo con las modalidades del caso concreto (“La justicia del cadí”, Weber), humana.

9. El ordenamiento procesal nunca ha seguido el ritmo de la dinámica social. Las reformas procesales siempre llegan tardíamente: subsisten las formas residuales. En la actualidad, por ejemplo, el proceso continúa siendo formalista, lento y oneroso con preclusiones rígidas, procedimientos artificiales, divorciados de la tecnología moderna, que le corresponde en la sociedad de hoy. El justiciable que entra por vez primera en un tribunal se siente en un mundo irreal.

Es fácilmente perceptible cierta tendencia que cada vez se va extendiendo, de restarle a la administración funciones que tradicionalmente le han correspondido al amparo de las concepciones actuales del “monopolio jurisdiccional” y atribuirle a los tribunales la solución de conflictos sociales y económicos para los cuales la experiencia ha demostrado que no es de lo más eficiente.

## II. VENTAJAS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los medios alternativos de solución de conflictos coadyuvan —si bien no sustituyen— al órgano jurisdiccional ofrecen las siguientes ventajas, conforme lo sintetiza la doctora Gladys Álvarez, juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, una de las más connotadas propulsores de la solución alternativa de conflictos en América Latina:

1. Ayudarán a descongestionar los tribunales y a acortar el tiempo de los procesos.

2. Facilitarán el acceso a la justicia de aquellos que por lo costoso del litigio en términos económicos o anímicos deciden abandonar o eludir el conflicto antes de iniciar un juicio.

3. Motivarán a las partes a resolver los conflictos conservando el poder de decisión. Confidencialidad —de interés por los conflictos industriales, y no sin cierta frecuencia— de cuestiones tributarias.

4. Serán el motor de un cambio de paradigma en la justicia, que se transformará en un concepto abarcador de las múltiples formas de resolver conflictos interpersonales.<sup>1</sup>

Sin embargo, en nuestra opinión, una de las razones que más han obstaculizado es, en el fondo, la tesis —profundamente compartida— del “monopolio jurisdiccional” a cargo del Estado. Por lo demás, sólo un número de disputas admiten estos medios y son —excúsenme la paradoja— aquella que, por razones objetivas, son conciliables.

Tomemos por ejemplo, la mediación. Esta es definitivamente una de las formas más exitosas, porque en ella son las mismas partes las que buscan y encuentran la solución a su problema. Ello se traduce en mayor eficiencia porque los acuerdos alcanzados por los directamente interesados se cumplen en la gran mayoría de los casos.

La ausencia de formalidades en el tratamiento directo del problema suponen mayor rapidez, y demuestran las estadísticas, principalmente norteamericanas, que la mayoría de los reclamos se resuelven en una o dos audiencias que no toman más de tres semanas para ser programadas y que duran aproximadamente entre una hora y una hora y media. Finalmente, resulta más económica, porque la celeridad apuntada hace que los costos sean menores.

En este último aspecto, apuntan también las abogadas argentinas Graciela Tapia y Silvana Greco:

Las horas que puede tomar a un abogado resolver el conflicto en el caso de que él sea el mediador, redundarán en su propio beneficio, ya que cobrará más rápidamente sus honorarios. Por el otro lado, las partes pagarán menos que en un juicio, y, si la mediación es pública, solo abonarán lo que corresponda por una consulta profesional.

Pero lo más importante es que el proceso es económicamente beneficioso para la sociedad en su conjunto, en tanto descongestiona los tribunales haciendo que lleguen a ellos solamente las situaciones sin remedio, algunas de las

1 “Resolución alternativas de disputas, ¿qué rol juega en la reforma del sistema judicial?”, intervención en la *Mesa Redonda de Reforma Judicial*, convocada por el National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 20-23 de junio de 1993.

cuales carecen de suficiente magnitud como para requerir la aplicación del procedimiento judicial.<sup>2</sup>

En general, igual puede decirse de los otros medios alternativos, salvo quizá el de arbitraje, considerado más un proceso adversarial que conciliatorio, ya que su regulación lo acerca más a los procesos judiciales, principalmente en cuanto a su sistema de impugnación.

### III. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En esta ocasión haremos breve referencia a la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, como más importantes medios alternativos de solución de conflictos, y posteriormente otros mecanismos de solución alternativos afines, experimentados principalmente por los tribunales y asociaciones de abogados en Estados Unidos, como las conferencias para arreglos judiciales (*judicial settlement conferences*), examen preliminar y neutral de casos (*early neutral evaluation*), pequeños juicios (*mini-trials*), procesos privados (*private trials*), arbitraje como derivado judicial (*Court annexed trial*), determinación por experto judicial (*neutral expert factfinding*), etcétera.

#### 1. *Negociación*

En Panamá empieza a cobrar vigencia el procedimiento de negociación entre las partes —especialmente entre los apoderados de las partes— con el objeto de discutir discrepancias de intereses. En este procedimiento, informal, no estructurado, sin preclusiones, los apoderados de las partes cambian impresiones, fijan cuestiones fácticas, discuten aspectos jurídicos, con el ánimo de evitar el pleito. De llegarse a un acuerdo se suscribe una transacción extrajudicial, la cual, con arreglo al artículo 1,500 del Código Civil hace “tránsito a cosa juzgada” (expresión que Planiol, respecto al Código Civil francés, denomina “metafórica”), pero que es impugnable por error.

La negociación se advierte en las siguientes ramas:

- a) En materia laboral, tanto tratándose de asuntos individuales como colectivos;
- b) En actividad de la construcción;
- c) Entre comerciantes que son miembros de la Cámara de Comercio;
- d) En materia marítima.

*Laboral.* En materia de conflicto colectivo es frecuente cuando se trata de disputas entre organizaciones de empleadores y de trabajadores. El propio Código de Trabajo hace referencia al “trato directo”.

2 “¿Dónde está mi adversario?”, revista *Libra*, Buenos Aires, Fundación *Libra*, año 1, núm. 1, 1992, p. 17.

Según el artículo 423 del Código de Trabajo:

“Las organizaciones sociales de trabajadoras pueden presentar directamente al empleador o empleadores las peticiones y quejas que estimen convenientes, antes de iniciar los procedimientos de conciliación de que trata el Capítulo IV de este Título.”

El siguiente artículo 425 vuelve a referirse al trato directo al preceptuar que “Para iniciar el procedimiento de conciliación no es necesario que las partes recurran primero al trato directo”.

La negociación en ocasiones, cuando se trata de diversas pretensiones, soluciona algunas de ellas y difiere, para el juicio, otras.

Se estima que tanto los colegios de abogados como las facultades de derecho deben fomentar la negociación directa.

## 2. *Mediación*

La mediación es el procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto.

El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.

Frecuentemente se tiende a confundir la mediación con la conciliación, siendo conceptualmente medios diferentes aunque afines.

La principal diferencia consiste en que en la mediación existe una intervención más acentuada de parte del tercero, quien, como hemos dicho, presenta fórmulas propias de solución.

Como expresa Manuel Alonso García, la mediación “constituye un sistema intermedio entre conciliación y arbitraje. Podría decirse que se halla a medio camino entre ambos. De aquella forma toma la fuerza decisiva que, en último término, tiene la voluntad de las partes interesadas; de éste recoge el papel activo del tercero, si bien sin otorgar ni reconocer a sus decisiones la fuerza vinculante de los aludidos arbitrajes”.<sup>3</sup>

Pero en el fondo la distinción tiende a desaparecer, pues cada vez se exige más al conciliador una intervención más acentuada.

*Laboral.* En Panamá, la mediación no está regulada como medio alternativo de solución de conflictos en la jurisdicción ordinaria, pero sí se le contempla en las jurisdicciones especiales de trabajo y de familia.

En materia laboral, compete al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social la función mediadora en los conflictos individuales y colectivos de trabajo, y en términos generales cumple su deber con resultados satisfactorios.

3 *Curso de derecho de trabajo*, 3a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, p. 668.

Los artículos 421 y 444 del Código de Trabajo, relativos a los conflictos colectivos, consagran expresamente la mediación, aunque su redacción no muy feliz la identifica con la conciliación.

Artículo 421. Antes de someter un conflicto colectivo jurídico a los tribunales de trabajo, cualquiera de las partes puede solicitar la intervención de un funcionario conciliador del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, a fin de intentar una solución por vía de mediación.

La solicitud de mediación no está sujeta a formalidad alguna, pero cuando el conflicto sea de los que admiten el ejercicio de derecho de huelga, las partes pueden plantearlo también por medio de un pliego de peticiones.

Artículo 444. Cuando no se hubiere llegado a un arreglo, el conciliador presentará un informe con la exposición de los hechos a la Dirección Regional o General de Trabajo, haciendo constar en que medida se ha podido llegar a un acuerdo y cuáles son, a su juicio, las cuestiones que continúan en conflicto.

*Familia.* Por otro lado, el Código de Familia también prevé la mediación al regular las funciones de los nuevos funcionarios denominados orientadores y conciliadores de familia (nuevamente se confunden las dos instituciones). Según los artículos 772, 773 y 775 del Código:

Artículo 772. Toda persona que tenga cualquier problema de familia, aun cuando no revista carácter judicial, podrá requerir los servicios del Orientador y Conciliador de Familia.

Estos orientadores deben poseer estudios o experiencia en materia de familia y forman parte del Juzgado Seccional de Familia.

Artículo 773. El Orientador y Conciliador de Familia debe actuar personalmente en todos los casos, aconsejando, y en cuanto fuese posible, conciliar las cuestiones planteadas, en beneficio de la integridad de la familia, teniendo prevalencia el interés superior del menor. Con esta finalidad fijará las entrevistas que estime necesarias, para lo cual podrá recabar informes y solicitar la colaboración del equipo disciplinario del Juzgado.

Artículo 775. En los casos sobre divorcio, investigación de paternidad, guarda y crianza y régimen de comunicación y de visita, es obligatoria la intervención previa del Orientador y Conciliador de Familia. No podrá promoverse acción judicial en dichas cuestiones, sin que se presente la certificación de la mediación del Orientador y Conciliador de Familia.

En caso de renuencia de una de las partes de asistir ante el Orientador y Conciliador de Familia, deberá certificarse esta situación para que la parte interesada pueda promover la acción judicial respectiva.

Para reafirmar el carácter mediatorio de las funciones este funcionario, la Corte Suprema de Justicia recientemente declaró la inconstitucionalidad de la obligación de la mencionada certificación como requisito previo para el ejercicio de la acción judicial respectiva, lo que fortalece el principio

de voluntariedad, que constituye uno de los elementos esenciales de la mediación.

### 3. Conciliación

En la conciliación, el juez o una autoridad administrativa, terceros neutrales, están autorizados para convocar a las partes en disputa y proponer que lleguen a un acuerdo razonable. Hemos destacado ya su principal diferencia con la mediación, y es el mayor grado de intervención del mediador frente al más distanciado conciliador, lo que probablemente ha determinado la poca efectividad de este medio de solución de conflictos, al menos hasta ahora en nuestra realidad. La conciliación está prevista normativamente en la jurisdicción ordinaria civil y en las especiales de Trabajo y de Familia.

*Laboral.* En materia laboral, la conciliación está prevista para la solución de conflictos individuales y colectivos.

Tanto los jueces seccionales de trabajo como las Juntas de Conciliación y Decisión deben procurar conciliar a las partes (artículos 963 del Código de Trabajo y 10 de la Ley 7 de 1975), en los procesos de su competencia. También está previsto que el juez intente conciliar a las partes durante el curso del proceso abreviado (artículo 991 del Código de Trabajo).

En los conflictos colectivos, la tentativa de conciliación constituye un requisito para que se pueda decretar la huelga. En esta materia, las funciones atribuidas al funcionario conciliador constituyen más bien las de un mediador, exigiendo nuestro Código de Trabajo, que el mismo tenga “una buena habilidad especial, principalmente en derecho social, relaciones humanas y psicología individual y colectiva”.

*Familia.* La conciliación, también está prevista, en los procesos de familia, señalando el artículo 782 del Código de Familia, “que la audiencia se celebrará el día y hora previamente fijados, con cualquiera de las partes que concurra. Al darle inicio, el juzgador procurará conciliar a las partes y de no lograrlo, se les recibirán las pruebas aducidas y las contrapruebas respectivas, además de las que el Tribunal estime necesarias”.

*En materia civil y comercial.* Durante la vigencia del anterior Código Judicial de Panamá se establecía como diligencia previa, la conciliación obligatoria, como etapa preliminar obligatoria en el proceso. Fue eliminada por tratarse de una formalidad estéril, sin finalidad práctica alguna. El Código Judicial vigente prescindió de la etapa obligatoria de conciliación.

Podría quizás resultar efectivo que, previa a la presentación de la demanda, se substancie una fase de conciliación obligatoria, a nivel judicial, pero que de no llegarse a un acuerdo dicho juez quede excluido de conocer de la causa. O bien un departamento especial dentro del órgano judicial,

encargado de la conciliación, prohibiendo en uno u otro caso, el traslado de la prueba aportada en la conciliación al juez que conoce del proceso, en el supuesto de que la conciliación no cristalizase en una solución al conflicto.

La Cámara de Comercio de Panamá ha establecido una fase de conciliación, como etapa preliminar al arbitraje. El Reglamento establece:

*Inicio del procedimiento conciliatorio*

1. Cualquier persona podrá presentar petición de conciliación al Secretario Ejecutivo del Centro. Esta petición deberá ser por escrito e indicar por lo menos:

- a. Nombre, dirección completa, teléfono y fax de la parte o partes con quienes se intenta conciliar y de sus representantes o apoderados si los hubiere.
- b. Resumen de las diferencias objeto de conciliación.
- c. Cuantía o estimación del monto de las diferencias materia de conciliación o indicación de que carecen de un valor determinado.

Esta petición deberá acompañarse del abono indicado en el artículo 9 del Reglamento de Organización correspondiente a cien dólares (S.100.00)

2. Recibida la petición de conciliación el Secretario Ejecutivo procederá a:

- a. Notificar a la otra parte la solicitud de conciliación a la mayor brevedad posible, fijándole un plazo de siete días hábiles para que informe a la Secretaría si acepta o no participar en la tentativa de conciliación. Si la parte requerida acepta participar debe comunicarlo al Secretario Ejecutivo dentro del plazo antes señalado. A falta de contestación dentro del plazo impartido o en caso de contestación negativa, la solicitud de conciliación se considerará rechazada y la Secretaría debe notificarlo a la parte demandante en el mayor breve plazo posible. En estos casos el Secretario Ejecutivo procederá a devolver la mitad del abono de inscripción al petente.

- b. Recibida la aceptación de participar en la tentativa de conciliación, el Secretario Ejecutivo nombrará un conciliador de la lista de conciliadores del Centro a la mayor brevedad posible.

- c. Citar debidamente a las partes por medio de una comunicación escrita en la que se les indicará la fecha y hora en que se realizará la audiencia de conciliación y quién actuará como conciliador.

3. El procedimiento conciliatorio no estará sujeto a términos ni a formalidades. Las partes de común acuerdo y dirigidas por el conciliador deberán mantenerse en disposición de solucionar sus diferencias por el buen entendimiento entre ellas. La dilación injustificada o la intransigencia manifiesta darán fin al procedimiento conciliatorio.

4. La dilación injustificada o la intransigencia manifiesta no podrán ser imputadas por Resolución ni por ningún otro medio a ninguna de las partes, pues corresponde a ellas, por mutuo acuerdo, el avenimiento a una solución amistosa.

*Designación de los conciliadores*

En el procedimiento conciliatorio en que las partes o una de ellas no estén de acuerdo con la designación de conciliación, podrán solicitar la sustitución del mismo.

### *Representación y asesoramiento*

Las partes asistirán personalmente a la conciliación o se harán representar o asesorar por personas de su elección, en cuyo caso se les informará previamente que quedarán obligados a cumplir lo que dichos representantes pacten. Los nombres y las direcciones de esas personas deberán comunicarse por escrito al Centro. La comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento.

#### *Función del conciliador*

1. El conciliador no actúa en calidad de árbitro, ni de juez. No tiene ninguna capacidad decisoria sobre la controversia, ni debe conducir el proceso de forma que induzca una determinada decisión.

2. El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.

3. El conciliador se atenderá a principios de objetividad, equidad y justicia; su misión consiste en conducir el proceso conciliatorio y ayudar a las partes a conciliarse, sin imponer su criterio sobre los puntos vertidos entre ellas.

4. El conciliador podrá conducir el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

5. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia. No es preciso que esas propuestas sean formuladas por escrito ni se explique el fundamento de ellas.

#### *Comunicaciones entre el conciliador y las partes*

1. El conciliador se reunirá con las partes en las instalaciones del Centro.

2. El conciliador podrá invitar a las partes a reunirse con él por separado en las instalaciones del Centro, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

3. La información que el conciliador reciba de las partes en las reuniones que haga individualmente con alguna de ellas deberá mantenerla en reserva siempre que así se lo solicite.

#### *Colaboración de las partes con el conciliador*

Las partes colaborarán con el conciliador y, en particular, se esforzarán por atender las sugerencias de éste que les conduzcan a la solución amigable de la controversia. La inasistencia no justificada a dos (2) reuniones programadas será considerada como desinterés en solucionar el conflicto por el trámite de conciliación y concluirá el procedimiento conciliatorio en conformidad con el artículo 13 numeral 2 del presente Reglamento de Conciliación.

### *Ley de Competencia Libre y Protección al consumidor*

La Ley 29 de 1 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas, establece un procedimiento de conciliación.

El consumidor puede presentar las quejas que tenga contra un proveedor a la Comisión, la cual intentará conciliar a las partes. Las quejas se presentarán por escrito.

Una vez recibida la queja, se expide boleta de citación para el proveedor, indicando lugar, fecha, hora y motivo de la diligencia, la cual deberá ser notificada a más tardar con dos días de anticipación.

La inasistencia a las citaciones no constituirá desacato, ni se tomará como presunción de culpa.

*Conciliación.* El proceso es oral y sin formalidades. El conciliador analizará el caso, informando a las partes lo que la ley dispone al efecto, e intentará avenirlas, a fin de propiciar un arreglo amigable entre las partes.

El conciliador levanta un acta de lo actuado, y si no hubiere avenimiento, dejará constancia de ello, en caso de que el consumidor desee acudir a la vía jurisdiccional.

Se designa a los alcaldes municipales de cabecera de provincia, para que puedan conocer del proceso de conciliación por razón de quejas que presenten por escrito los consumidores.

#### 4. Arbitraje

*Civil-comercial.* Panamá mantiene en el Código Judicial la tradición hispanoamericana en materia de arbitraje. Conviene destacar algunos aspectos:

A. No consagra el arbitraje institucional.

B. Panamá ha ratificado las Convenciones de Panamá y de Nueva York.

C. Cláusulas compromisorias. La Corte Suprema de Justicia ha declarado inconstitucional la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión.

D. El arbitraje ha tenido aceptación en la industria de la construcción y en algunos supuestos, en disputas entre comerciantes. La Cámara de Comercio mantiene un departamento especial dedicado a arbitraje entre sus miembros con un reglamento similar a las de otras cámaras de comercio hispanoamericanas. Resulta menos oneroso.

E. La sentencia arbitral sólo es impugnabile en casación por vicios *in procedendo* (decidir *ultra* o *extra petita* o en violación de las normas procesales legales o comerciales o fundamentales), o fallar vencido el término.

F. La jurisprudencia no ha decidido aún dos problemas mentales: Cuál es la función del tribunal de casación, si invalida el laudo, dicta el que lo reemplaza, le remite a un nuevo arbitraje, o remite a la vía ordinaria. Queda igualmente por decidir si —dentro del contexto de control o constitucional centralizado en la Corte Suprema— impugna de inconstitucional la norma legal que se tacha de inconstitucional, se suspende el arbitraje y se remite a la Corte en consulta o los árbitros tienen facultad para desaplicar la norma legal que considere inconstitucional.

G. No deja de ser oneroso.

*En materia laboral.* A. En materia laboral se da en conflictos colectivos solamente. El laudo produce efectos generales, respecto a todos los trabajadores que pertenecen a la misma categoría.

B. El proceso arbitral laboral puede darse por mutuo acuerdo de las partes, pero también de manera obligatoria:

a) cuando lo soliciten los trabajadores, una vez agotado el procedimiento de conciliación colectiva, y

b) por decisión de la Dirección General de Trabajo, cuando se trata de servicios públicos.

Los árbitros se designan, por cada parte, de sendas listas que anualmente se confeccionan en el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, previa consulta con los empleadores y las organizaciones de trabajadores, quienes sugieren las personas que deben formar la lista respectiva.

Los árbitros designados por las partes se reúnen y escogen un tercer árbitro que actuará como presidente del Tribunal de Arbitraje.

Están previstas causales de recusación y de excusas para los miembros del Tribunal de Arbitraje, las que podrán hacerse valer ante el director regional o general de Trabajo.

El Tribunal de Arbitraje actúa sin sujetarse a formas legales de procedimiento en las pruebas ofrecidas por las partes y de las que considere necesarias para la comprobación de los hechos.

La audiencia debe fijarse dentro de los dos días siguientes a la toma de posesión del tercer árbitro. Dentro de los diez días siguientes a la audiencia con las partes, el tribunal arbitral deberá dictar su fallo, denominado laudo arbitral, contra el cual no cabe recurso alguno, aunque se prevén algunas causales taxativas de nulidad, impugnables mediante el recurso de casación en la forma (*vicios in procedendo*).

Son estas:

cuando el laudo decide sobre un asunto que no fue sometido al arbitraje, pero sólo en la parte que constituye el exceso;

si se desmejoran las condiciones de trabajo;

si se falla fuera de tiempo;

si el compromiso fuere nulo o ineficaz.

Tampoco son numerosos los arbitrajes laborales, por la poca disponibilidad de las organizaciones de trabajadores de recurrir a este mecanismo, prefiriendo el de la acción directa o sea el derecho de huelga.

*Proceso pericial.* Cuando por disposición de la ley o por convenio entre las partes se establece la designación de peritos para que se resuelvan cuestiones de hecho, de carácter disponible, procederá el proceso pericial.

Los peritos árbitros deberán tener especialidad en la materia, procederán sin necesidad de compromiso, con prescindencia de formalidades. La pericia arbitral tendrá los efectos de la sentencia, no admitiéndose recurso ex-

cepto el de casación en la forma. Será anulable por prevaricación, mediante la vía sumaria. Se aplicarán, en la medida que fuere compatible con su naturaleza, las normas sobre procesos arbitrales.

*Materia penal.* Existe un ante-proyecto de reforma judicial en Panamá que contempla la conciliación en lo penal, introducir el principio de oportunidad que permita al Ministerio Público archivar los llamados delitos de bagatela y someter a los tribunales solamente los hechos punibles socialmente relevantes, y estimular la creación de centros de mediación y conciliación extrajudiciales; pero más que todo esto, es importante que se establezcan mejores condiciones para que la sociedad en su conjunto pueda paulatinamente cambiar la cultura litigiosa en que está inmersa por una verdadera cultura de paz, que aunque no eliminará totalmente los conflictos sociales, por lo menos los mitigará con criterios más humanos y civilizados.

#### IV. EXPERIENCIA PANAMEÑA

1. La conciliación obligatoria, como fase del proceso, y a cargo del juez sentenciador, nunca ha producido resultado efectivo. Ha sido un trámite estéril, que el único efecto ha sido demorar más aún los procesos.

2. En materia marítima se adoptó el *pre trial conference* del derecho estadounidense, y si bien no con gran frecuencia, ha coadyuvado en cierta medida a la solución anticipada de los litigios.

3. En materia laboral, la conciliación, a nivel administrativo (en el Ministerio de Trabajo) ha sido eficaz, en tanto que ni en la Junta de Conciliación y Decisión (análogas a las juntas de conciliación y arbitraje mexicanos) ni en los juzgados comunes de trabajo, ha producido beneficios de interés.

4. El juez, en general, no desempeña adecuadamente papel de conciliador, abstracción del ramo de que se trate. El temor a que su activismo sea considerado como inclinación a una de las partes le impide tomar la iniciativa y un rol real y efectivo en la conciliación.

5. Se podrá pensar en la posibilidad de que, con antelación al proceso, exista una fase obligatoria de conciliación de la siguiente manera:

a) se establezca en el seno del órgano judicial, con un despacho aparte, un cuerpo de jueces conciliadores, encargado de este trámite, con la prohibición que se traslada cualquier acta o prueba, y en caso de que se hiciere, además de sanciones disciplinarias, se les declare sin valor probatorio alguno. La finalidad vendría a ser que las partes se sientan, en la conciliación, en plena libertad de expresar los hechos con la mayor veracidad posible;

b) creación, a nivel administrativo, de un cuerpo de expertos, para conciliar y resolver cuando el conflicto se contraiga a cuestiones fácticas.

6. La figura del *Ombudsman* —en algunos países según sus estándares culturales— se acaba de instituir en Panamá (*Ley 7 de 1997, Gaceta Oficial 23221*). Es tal vez prematuro hablar del resultado de la nueva institución en

nuestros países. Creemos que podía estar llamado a desempeñar un papel de importancia respecto a ciertos sectores de conflictos: *a)* contra la administración pública; *b)* reclamaciones del consumidor; *c)* violaciones a los derechos humanos; *d)* problemas ecológicos. En síntesis: cuando se han violado intereses colectivos o intereses difusos.

#### *Conclusiones*

1. Consideramos que la conciliación tradicional, a cargo del juez —y en especial, del juez sentenciador—, es ineficaz, y no logra resultados de relevancia;

2. Existen demasiados obstáculos: *a)* pasividad judicial; *b)* el temor que una intervención sea considerada por las partes como un prejuizamiento. La experiencia en varios países ha revelado y revela aún su ineficacia.

3. El arbitraje puede ser de interés cuando sea institucional y esté a cargo de un organismo permanente, como instituido a través de las Cámaras de Comercio o de la Construcción o de otro gremio.

4. Tanto las facultades de derecho como los colegios de abogados (*Bar Association*) y otras asociaciones gremiales deben establecer estructurar y desplegar actividades conducentes para lograr medios alternativos en la solución de los conflictos.

### V. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE LAS DISPUTAS EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos —al igual que en el resto del mundo— se ha sentido la imperiosa necesidad de buscar métodos alternativos, en vista del congestionamiento y —en especial en Estados Unidos— el costo de los procesos.

De esta suerte se han agilizado —entre otros— los procedimientos que a continuación se mencionan.

Estas formas alternativas se pueden clasificar en dos grupos:

*a)* Medidas en el proceso (*Pre-trial conference*), que tiene por objetivo, entre otros, instar la conciliación de las partes. Si bien las Reglas Federales no le atribuyen esa facultad, en la práctica se utiliza con resultados más bien infructuosos.

*b)* Práctica de pruebas en oficinas particulares e intercambio directo entre las partes.

*c)* Designación de un *Master* (comisionado) que recibe las pruebas, decide respecto a su admisibilidad, preside la audiencia; en síntesis, substancia el caso, etcétera.

El artículo (*Rule*) 53 de las reglas federales dispone que el auto del juez que designa el *Master* debe especificar los poderes, entre ellos, practicar pruebas, substanciar y presidir la audiencia, presentar un informe al juez, e incluso —si ambas partes lo acuerdan— puede presentar un informe sobre los hechos: informe de carácter vinculante para el juez. En el año de 1991

se reformó dicho artículo (*Rule*) para hacerlo más efectivo, la audiencia, y presentar un informe al juez.

En estos últimos años se le han dado poderes incluso para que actúe como conciliador neutral. Se ha considerado que debe ser más activa la intervención del comisionado;

a) Designación de funcionarios judiciales comisionados (*Magistrates*). Son designados por los jueces y substancian las causas, y puede preparar dictámenes consultivos para el juez (*findings of fact and conclusions of law*).

b) Arbitraje impuesto por el juez (*Court annexed arbitration*).

c) Expertos neutrales. Las determinaciones por experto neutral (*Neutral Expert Factfinding*) quedan reservadas a los casos en los cuales el litigio versa sobre cuestiones técnicas, y las partes pueden acordar que la opinión del experto que elijan sea o no obligatoria. Incluso los tribunales pueden designar 'expertos neutrales'. Las Reglas Federales sobre Pruebas *Federal Rules of Evidence* la contempla (artículo 706).

El arbitraje impuesto por el juez (*Court Annexed Arbitration o Judicial arbitration*: Arbitraje judicial —anexo al proceso judicial en arbitraje—) es una institución, adaptada por algunos tribunales estatales y federales, mediante la cual, el juez a solicitud de una de las partes en el proceso, o de oficio, ordena a las partes que se sometan a arbitraje (existen en el Tribunal Superior del Distrito de Columbia, juzgados federales de distritos y tribunales estatales).

No se requiere el consentimiento de las partes. El arbitraje se lleva a cabo por jueces retirados o abogados de prestigio acordados por las partes. Debido al derecho constitucional de ser "juzgado por jurado" (enmienda séptima), se le faculta a la parte inconforme a formular *ex novo* la pretensión ante un tribunal común, pero el actor queda sujeto al pago de costas y gastos si no triunfa en el proceso judicial.

Se discute sobre la conveniencia de este sistema, especialmente porque en vez de disminuir la duración y el costo de los procesos, los aumenta.

## VI. EXTRAPROCESALES

### 1. *Mini-trial* (pequeño proceso)

El *mini-trial* consiste en un procedimiento directo entre las partes —generalmente empresas— y contiene las siguientes fases:

a) Un acuerdo entre las partes de acogerse al *mini-trial*, estipulando las reglas de actuación de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto. La American Arbitration Association ha preparado un procedimiento especial, al cual se pueden someter las partes.

b) Se inicia con la presentación de su caso por el apoderado de cada parte ante los representantes de la empresa. Se exhiben los documentos y se aporta la prueba conducente. Esta audiencia es informal, confidencial, y un asesor neutral (*neutral advisor*), generalmente un abogado o un juez jubilado, formula comentarios respecto a la cuestión probatoria y a las argumentaciones de las partes. Los representantes de las partes, al escuchar la exposición de los apoderados y del asesor, están en condiciones de determinar su posición ante la disputa.

c) Una vez transcurrida esa fase, el asesor neutral examina el caso y expone su criterio respecto a cómo sería resuelto en caso de que fuera a un tribunal común. Este dictamen consultivo indudablemente ejerce una gran influencia —especialmente si se trata de un juez jubilado o de un abogado con conocimiento y experiencia en la materia— e incluso puede, a solicitud de las partes, actuar como mediador.

d) Estas son las bases. Transcurrida esa etapa, las partes se reúnen con el objeto de llegar a un arreglo.

El método ha sido de gran utilidad en los Estados Unidos, si bien circunscrito a ciertos asuntos (construcción, responsabilidad del productor, antimonopolio, contratos con la administración, cuestionario de patentes, etcétera).

A continuación transcribiremos las bases establecidas por la American Arbitration Association:

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION  
(ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE)  
PROCEDIMIENTOS DEL “MINI-TRIAL” (PEQUEÑO PROCESO)

1. El proceso del *mini-trial* puede ser iniciado mediante la solicitud escrita o verbal de cualesquiera de las partes, presentada ante cualquier oficina regional de la AAA, pero no se aplicará a no ser que ambas partes acuerden arreglar su disputa mediante un *mini-trial*.

2. El curso del proceso del *mini-trial* se regirá por un acuerdo escrito entre las partes.

3. El *mini-trial* consistirá de un intercambio de información y una negociación de arreglo.

4. Cada parte es representada durante el transcurso del *mini-trial* por un abogado cuyo papel es preparar y presentar el “mejor caso” de la parte en el intercambio de información.

5. Cada parte tendrá presente durante el transcurso del intercambio de información y la negociación de arreglo un ejecutivo principal con autoridad para llegar a arreglos.

6. Un asesor neutral estará presente en el intercambio de información para decidir cuestiones de procedimiento y para brindar asesoría a los representantes de las partes cuando sea solicitado por los mismos.

7. El asesor neutral será seleccionado mediante mutuo acuerdo de las partes, quienes podrán consultar con la AAA para recomendaciones. Para facilitar el proceso de selección, la AAA pondrá a disposición de las partes una lista de individuos para que funjan como asesores neutrales. Si las partes no llegan a un acuerdo en la selección de un asesor neutral, le solicitarán a la AAA que designe a un asesor del panel que ha recopilado para este propósito.

8. La revelación entre las partes puede llevarse a cabo previa al intercambio de información, de acuerdo con el acuerdo entre las partes.

9. Antes del intercambio de información, las partes intercambiarán declaraciones escritas resumiendo las cuestiones del caso, y copias de todos los documentos que pretenden presentar en el intercambio de información.

10. Las normas federales o estatales que rigen la pertinencia y admisibilidad de las pruebas, no se aplican a las presentaciones hechas en el intercambio de información. Cualquiera limitación al alcance de la evidencia ofrecida en el intercambio de información será determinada mediante mutuo acuerdo de las partes con antelación al intercambio y se hará cumplir por el asesor neutral.

11. Después del intercambio de información, los ejecutivos principales se reunirán e intentarán, de buena fe, formular un arreglo voluntario de la disputa.

12. Si los ejecutivos principales no pudiesen arreglar la disputa, el asesor neutral emitirá un dictamen consultivo en términos del resultado probable del caso si el mismo fuese litigado en un Tribunal común de Justicia. La opinión del asesor neutral identificará las cuestiones de derecho y hecho que sean críticas para la disposición del caso y dará las razones de la opinión ofrecida.

13. Después de que el asesor neutral ha brindado un dictamen consultivo, los ejecutivos principales se reunirán por segunda vez en un intento para resolver la disputa. Si son incapaces de lograr un arreglo en este momento, pueden ya sea abandonar el procedimiento o presentar ante el asesor neutral ofertas de arreglo por escrito. Si las partes eligen efectuar tales ofertas por escrito, el asesor neutral hará una recomendación de arreglo basado en esas ofertas. Si las partes rechazan las recomendaciones del asesor neutral, cualquiera de las partes puede declarar el *mini-trial* como terminado y resolver la disputa por otros medios.

14. Los procedimientos del *mini-trial* son confidenciales; ninguna declaración verbal o escrita efectuada por cualquiera de las partes podrá usarse como evidencia o como confesión en cualquier otro procedimiento.

15. Los honorarios y gastos del asesor neutral serán sufragados en forma equitativa por ambas partes, y cada parte es responsable por sus propias costas, incluyendo honorarios legales, en los que se incurran a causa del *mini-trial*. Sin embargo, las partes pueden alterar la asignación de honorarios y gastos en su acuerdo escrito.

16. Ni la AAA ni asesor neutral alguno que brinde servicios en un procedimiento de *mini-trial* regido por estos procedimientos será responsable ante parte alguna por cualquier acto u omisión en conexión con el *mini-trial*. Las partes indemnizarán a la AAA y al asesor neutral por cualquier responsabilidad ante terceros que surjan del proceso de *mini-trial*.

## 2. *Mediation Arbitration (Med-Arb)*

Es un método que se inicia con mediación y si no se llega a acuerdo, se pasa a arbitraje, con otra persona. Los autores estadounidenses (*v. gr.*: Nolan-Haley) lo consideran más eficaz que la mediación. El mediador es una persona distinta del arbitrador. En California, por ejemplo, una ley que establece, para ciertas disputas, la mediación le permite al mediador convertirse en arbitrador, pero sólo puede rendir un dictamen consultivo (*advisory opinion*) al juez togado.

## 3. *Proceso privado*

El proceso privado (*Private Judging*, popularmente conocido como *Rent a Judge*), mediante el cual las partes pueden seleccionar a un juez privado: generalmente un abogado de reputación o un juez jubilado, quien conoce del caso, en audiencia abreviada, y con reglas especiales según el estado en que se practique. En algunos estados la sentencia hace tránsito a cosa juzgada; en otros, se admite apelación ante un tribunal superior. En el estado de California ha sido de cierta aceptación, si bien tan sólo en procesos de mayor cuantía.

Se ha criticado este sistema debido a que constituye una derogación de la regla de monopolio jurisdiccional del Estado y también a que sólo es accesible a personas de muchos recursos, toda vez que personas de escasos recursos no pueden acudir a él debido a que la remuneración del juez privado la asumen las partes. Lo cierto es que descongestiona las labores de los jueces togados.

## 4. *Oyente neutral (Neutral Listener)*

El procedimiento llamado de oyente neutral (*Neutral Listener*) consiste en la designación de una persona de destacados méritos en quien las partes confían. Cada una de ellas le hace llegar su mejor propuesta y aquél las analiza, y determina si se encuentran lo suficientemente cerca como para que valga la pena celebrar reuniones de negociación. Existe la más absoluta reserva sobre las propuestas.

## 5. *Juicio por Jurado Sumario (The Summary Jury Trial)*

Un puente entre el proceso judicial y la mediación, consiste en la integración de un jurado formado por personas incluidas en listas que expiden —no vinculante— un veredicto. Los apoderados presentan un resumen de su caso al jurado y éste expide un dictamen consultivo.

Este sistema ha sido prohijado por la Ley de 1990 sobre Reforma de la Justicia Civil de los Estados Unidos.

El veredicto del jurado si no es aceptado por las partes, sirve con frecuencia como base de una transacción.

La base legal ha sido el artículo 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

#### 6. *Decisión no obligatoria*

Por último, la decisión no obligatoria de disputas sobre patentes o sobre secretos comerciales (*Non hindring ex parte adjudication of patent disputes or trace secret misappropriation*), consiste en un acuerdo mediante el cual se confía la resolución del conflicto a un particular (el *adjudicator*).

Ambas partes alegan los antecedentes y la información técnica de respaldo que la mantiene en secreto; finalmente resuelve, en forma no obligatoria, la disputa.

Forma apta para los casos de conflictos empresarios con motivo de relaciones comerciales que giran sobre secretos comerciales, patentes, etcétera. De no aceptarse la decisión, continuarán por un tiempo las conversaciones, actuando el *adjudicator* como mediador.

En materia civil, primordialmente en Estados Unidos, aunque también en Inglaterra con mayores restricciones, esta negociación se da en la llamada *pretrial conference* (audiencia previa al juicio).

En la misma, las partes de una causa penal llegan a un arreglo mutuo satisfactorio respecto de la resolución de ésta. Normalmente el acusado se declara culpable de una infracción de menor gravedad.

Numerísimas causas penales en los Estados Unidos concluyen antes del juicio cuando el acusado se declara culpable de uno o más de los cargos que se le imputan, a cambio de algunas consideraciones por parte del fiscal.

El acuerdo puede consistir en el archivo o desestimación de uno o varios cargos, o puede constar en una recomendación al juez sobre la sentencia a ser impuesta o bien no oponerse a una sentencia sugerida por la defensa, aunque sabemos que estos convenios no son vinculantes para el juez.

En los países hispanoamericanos, en general, no existen formas estructuradas de negociación como solución alternativa de conflictos, aunque es evidente que en ocasiones los abogados suelen recomendar a sus clientes la posibilidad de algún arreglo antes de demandar judicialmente, y solicitan autorización para celebrar negociaciones y llegado el momento, para suscribir una transacción.

Aún así, no es una práctica generalizada de la mayoría de las partes, quienes asesorados por abogados formados en una cultura de confrontación, prefieren demandar judicialmente.

## 7. *Ombudsperson*

Se denomina *ombudsperson* al particular que se dedica a determinar los hechos de la controversia y promueve la solución mediante el asesoramiento y la mediación. Debe ser acordado por las partes. Con frecuencia en los hospitales, universidades, etcétera, designan un *ombudsperson* encargado de subsanar quejas y reclamaciones.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BRIANCHI, Roberto A., *Mediación prejudicial y conciliación (comentario de la Ley 24,573 y su reglamentación)*, Buenos Aires, 1996.
- "Brazil, Early Neutral Evaluation, from A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs", *1990 U. Chi. Legal F.*, p. 303.
- FALCÓN, Enrique M., *Mediación obligatoria en la Ley 24,573*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- LAMBROS, "The Summary Jury Trial and Other Alternative Methods of Dispute Resolution: A Report to the Judicial Conference of the United States, Committee on the Operation of the Jury System", *103 F.R.D.*, 1984, p. 461.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1992.
- POSNER, "The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations", *53 U. Chi. L. Rev.*, 1986, p. 366.
- WILDE, Zulema D. y Luis M. GAIBROIS, *¿Qué es la mediación?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.