

## VÍAS ALTERNATIVAS DE LA TRAMITACIÓN JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS EN TEXAS\* (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* o sea “ADR”)

Guillermo F. MARGADANT S.

SUMARIO: I. *El conflicto como algo inherente a todo desarrollo social.* II. *Las cinco quejas habituales contra el sistema judicial.* III. *La reacción a este ambiente de descontento.* IV. *El mejor panorama que presenta la ADR respecto de las mencionadas quejas contra la justicia estatal.* V. *En Texas, las controversias resueltas por sentencia judicial ya forman una minoría.* VI. *La ADR contribuye a la desmitologización de los procedimientos.* VII. *Los pasos concretos que contribuyeron al actual éxito de las diversas formas de la ADR.* VIII. *El progreso de ADR en Texas.* IX. *Las formas principales en que se manifiesta la ADR.* X. *Los honorarios en la ADR.* XI. *Epílogo.*

Durante estos últimos quince años he tenido el gusto de mantener un íntimo contacto con la vida universitaria texana, y como la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas en Austin sostiene una clínica especial para *mediación* en ciertas categorías de conflictos, he visto de cerca el reciente auge de cuando menos ésta de las diversas ramas que en conjunto forman el sistema de *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Cuando mencioné este tema al doctor Flores García durante uno de nuestros cordiales desayunos, él, no sólo siempre personalmente tan activo, sino también invariablemente dispuesto a animar la creatividad de sus amigos, me aconsejó formular sobre la ADR en sus manifestaciones texanas una ponencia para el actual Congreso. He aquí el resultado de su sugerencia.

### I. EL CONFLICTO COMO ALGO INHERENTE A TODO DESARROLLO SOCIAL

La noble visión de un águila en el aire produce en Auden el renglón: “Eagles announce a life without lawyers”.

Sí; es propio del hombre adoptar ideales contradictorios. Todos queremos una existencia con paz, una vida social sin conflictos, “a life without lawyers...”, pero por otra parte todos anhelamos también que nuestra comunidad evolucione. Sin embargo, evolución, o sea progreso, produce conflic-

\* Comunicación.

to,<sup>1</sup> e inclusive en una sociedad perfectamente estática con gente razonablemente bien educada, diversos incidentes, como celos, sospechas y accidentes, seguirían causando conflictos.

La inevitable corriente de controversias desde luego causa molestias individuales, pero, por otra parte, también cierto malestar social, de manera que la sociedad debe estructurar mecanismos para dirimir tales divergencias individuales-mecanismos que no absorban demasiados satisfactores sociales (entre los cuales el elemento “tiempo” es también importante), y que, de preferencia, permitan a las partes seguir tratándose casi como antes del conflicto, confrontándose civilizadamente cuando se encuentren en reuniones sociales, y siguiendo colaborando en sus negocios (lo ideal sería que la resolución de un conflicto no dejara más traumas de los que habitualmente causa la pérdida de un juego de salón o de un partido deportista, y que el mecanismo de resolución permitiera a ambas partes “salvarse la cara”).

Cuando explicamos en clase cómo, desde la caótica desintegración del Imperio Romano de Occidente resurgió en Europa continental gradualmente la justicia estatal, generalmente explicamos que, primero, en amplias ramas del derecho penal predominaba la justicia por propia mano, y luego mostramos cómo el Estado reclamaba, con creciente insistencia, cierto control público sobre el ejercicio de esta forma tan visceral y primitiva de justicia (que en realidad era una mal disfrazada venganza con perfiles rituales), llegándose luego a excluirla en ciertos lugares (iglesias, ferias) y a veces en forma más general por ciertos intervalos. Y finalmente solemos concluir triunfantemente que después de las tristes experiencias con aquella justicia por propia mano, se ha generalizado como solución definitiva el monopolio jurisdiccional estatal, que produce para cada controversia una sentencia surgida de una discusión con oportunidades equilibradas, y con finalmente efectos de ejecutoriedad.

En el transcurso de estas simplificaciones (sólo aceptables como primer acercamiento a este tema) parecemos olvidar que todavía en la actualidad, la gran mayoría de las controversias que se nos presenten en la vida diaria, aunque ya no se resuelvan mediante una justicia por propia mano, tampoco culminarán en una sentencia judicial: terminan de otra manera.<sup>2</sup> A veces, con ayuda de los abogados se alcanza un *consensus* conciliatorio entre las partes; o —en los Estados Unidos sobre todo en algunos estados—, como Texas, se recurre a una de las formas de ADR; o, en caso de mandar el caso a la justicia estatal, antes de la sentencia las partes se arreglan extrajudicialmente. Es sólo una minoría de los conflictos para los que las partes invoquen la ayuda de sus abogados, que da lugar a sentencias judiciales.

1 Recuérdese la raíz de “dolor” en “adolescencia”.

2 Buenos ejemplos de antiguos sistemas de resolución extrajudicial de conflictos se encuentran en la historia colonial norteamericana.

Como resultado, a menudo conflictos muy importantes, también desde el punto de vista de la teoría jurídica, encuentran soluciones que se escapan a la atención del público y de los profesionales, y que en los países que dan una importancia práctica a los precedentes (aunque sea en la forma diluida que observamos, por ejemplo, en México) no pueden tomarse en cuenta para casos futuros, semejantes.

Todos estamos de acuerdo con la idea general de que las conciliaciones y otras formas de ADR habitualmente son fenómenos jurídicos preferibles a las soluciones impuestas mediante sentencias, pero todo tiene su precio, y debemos darnos cuenta de que mediante los mecanismos que eviten la sentencia judicial, gran parte de la energía jurídica gastada en tales casos, resueltos extrajudicialmente, se pierde para la gradual construcción de nuestro sistema jurídico. La importancia dada a sentencias judiciales, bien publicadas *in toto* o mediante resúmenes de su contenido, tiene precisamente la ventaja de que cada caso resuelto por jueces de cierto nivel es como un interesante experimento de laboratorio, cuyo resultado se preserva cuidadosamente, por si acaso pudiera servir de punto de partida en casos semejantes; y esto no es posible en relación con la enorme (y creciente) cantidad de conflictos, resueltos extrajudicialmente.

## II. LAS CINCO QUEJAS HABITUALES CONTRA EL SISTEMA JUDICIAL

En el mundo occidental moderno la casi totalidad de esta mayoría de los conflictos que se resuelven extrajudicialmente se escapan a la observación estadística. Por otra parte, cualquier persona interesada en los problemas de la justicia puede percibir claramente aquella cúspide de los conflictos que no han logrado resolverse por negociación, y que llegan al oficial nivel judicial.<sup>3</sup> Éstos, efectivamente, quedan a la disposición de los productores de estadísticas, y como muchos de estos conflictos son, además, buena materia prima para los medios de publicidad,<sup>4</sup> y en el sistema anglosajón producen a menudo bases para la solución de futuros casos,<sup>5</sup> el gran público y muchos juristas están acostumbrados a ligar mentalmente el concepto de “controversia” al de “procedimiento judicial” y a considerar que cada violación de un derecho privado otorga al perjudicado “una llave para el portón del palacio de justicia”, de acuerdo con una fórmula acuñada por nuestros vecinos al Norte.

<sup>3</sup> Incluyéndose en este término el pacto de arbitraje o mediación.

<sup>4</sup> Pensemos en el caso Simpson, o en el grave conflicto entre Texaco y Penzoil, que llevó hacia la máxima condena pecunaria en materia civil-mercantil de que la historia del derecho tiene conocimiento.

<sup>5</sup> Y en el sistema mexicano, en caso de llegar al nivel del amparo, puede contribuir a la serie de cinco casos —con algunos requisitos especiales— que finalmente puede producir la jurisprudencia definida.

Y una vez que el ciudadano no jurídicamente formado use el concepto de “procedimiento judicial”, una reacción pawloviana lo lleva hacia elocuentes y a veces ejemplificadas quejas (por desgracia básicamente justificadas) acerca de la lentitud del mismo, su alto costo, y una multitud de obstáculos (corrupción, defectuosa preparación judicial, intransparencia del proceso, formalismos irrealistas) para alcanzar una sentencia “justa”, además del inconveniente de una idebida publicidad.

Digamos algo más sobre estos cinco reproches, y la posibilidad de disminuir o eliminar estos defectos mediante la ADR.

### 1) *La lentitud de la justicia*

En el mundo occidental actual, donde casi todo se hace más rápidamente que antes (pensemos en las comunicaciones, las compras en tiendas de autoservicio, o inclusive los plazos de recuperación postoperatoria en los hospitales), la litigación judicial suele hacerse más lenta que antes.

Esto es un resultado de la creciente complejidad y tecnicidad de nuestro derecho sustantivo, y del hecho de que la especialización de los jueces no siempre va tan lejos como la práctica del derecho parecería recomendar. La lentitud es también una consecuencia natural de la multiplicidad de recursos con la cual el legislador ha querido construir un obstáculo a decisiones insuficientemente fundadas, de parte de jueces que no siempre gocen de una especialización tan refinada como casi todas las ramas del derecho ahora parecen exigir.

### 2) *El alto costo del litigio*

En México, el servicio que hace el público del aparato justiciero-estatal es formalmente gratuito, por disposición constitucional, pero la asistencia profesional de parte de abogados, además de los avalúos y otros peritajes, o las a menudo necesarias fianzas, de todos modos hinchan el gasto del litigio, y si las clases marginadas pueden litigar para reclamar indemnizaciones y otras cantidades debidas, no es tanto por la existencia de clínicas gratuitas, o por el trabajo *pro bono publico* a que ciertos abogados se comprometen, sino a nuestra tolerancia del pacto de *quota litis* respecto de honorarios profesionales.

### 3) *Corrupción de la justicia, y mala preparación judicial*

El hecho de que la *corrupción* se haya introducido tan fácilmente en la justicia estatal (sobre todo en la rama penal) no puede sorprender a nadie que compare los ingresos oficiales de los jueces de mediana categoría con los ingresos de abogados comunes y corrientes, y la observación de que los jueces estén a menudo *mal preparados*, debe combinarse con la otra observación de que un juez perfectamente conocedor del derecho podría vivir mucho mejor, materialmente hablando, si trabajara como abogado.

#### 4) *El formalismo de los procedimientos*

Muchos juristas imbuidos de la realidad forense consideran el litigio judicial excesivamente formalista, y no siempre bien ajustado a los perfiles especiales del caso concreto, y critican el principio formal y dogmático de que el juez debe dictar una sentencia de acuerdo con los *petita partium* (requisito que generalmente se opone a sentencias conciliatorias, de estilo “ni tú/ni yo”, o, por ejemplo, suavizadas mediante una *datio in solutum* permitida al perdedor,<sup>6</sup> o a la imposición de ciertos trabajos al deudor —que él aceptaría con gusto— para ayudarle a liquidar su adeudo, etcétera). Además, sicológicamente hablando, una victoria o derrota *total*, resultado de una sentencia judicial, no es precisamente algo que favorece después del litigio una normal vida social común entre los ex-litigantes, o una continuación de su anterior relación económica.

#### 5) *La a veces hiriente publicidad del proceso judicial*

A veces molesta la publicidad a la que, salvo excepciones, el juicio estatal puede dar lugar, en materias como alimentos, custodia de los hijos, y otros casos en que ciertos aspectos de la vida privada juegan un papel.

### III. LA REACCIÓN A ESTE AMBIENTE DE DESCONTENTO

De la insatisfacción con el sistema justiciero oficial ha nacido todo un abanico de sistemas alternativos para dirimir controversias, y en las facultades de derecho estadounidenses los sistemas de Alternative Dispute Resolution (ADR) a menudo ya son objeto de cursos especiales, al lado de las cátedras sobre el derecho forense judicial; y un apoyo para la docencia respectiva nos llega del hecho de que en la actualidad estos diversos sistemas de ADR son analizados por una creciente cantidad de juristas que equilibran su vocación académica con actividades prácticas, como cuyo ejemplo más claro quizá cabe mencionar a Roger Fisher.<sup>7</sup> Además, alrededor de esta nueva corriente ya ha surgido todo un ejército de “paraprofesionales”, ahora gremialmente organizados, que contribuyen con su experiencia a la discusión general.<sup>8</sup>

6 Para mencionar sólo una posibilidad dentro de un universo ilimitado de soluciones que, dentro de una declarada victoria otorgada a una parte, tomaran en cuenta, hasta cierto grado, el interés de la parte que pierda.

7 Harvard School of Negotiation.

8 Este término es quizás un poco discriminatorio: sugiere que no son “verdaderos profesionales”, como los ilustres abogados, y olvida que son personas a menudo seriamente formadas en cursos bien organizados y controlados, y que, aunque quizá no dominen el típico instrumental mental del abogado, en cambio han desarrollado habilidades e intuiciones, útiles para un tipo de labor socialmente útil, de las que normalmente el abogado carece.

#### IV. EL MEJOR PANORAMA QUE PRESENTA LA ADR RESPECTO DE LAS MENCIONADAS QUEJAS CONTRA LA JUSTICIA ESTATAL

Veamos cuáles son las ventajas a las que la ADR debe su actual éxito.

##### 1) *La ADR es más rápida que la justicia estatal?*

Como primera queja contra el sistema judicial habíamos mencionado la relativa lentitud de la justicia.

La ADR, en comparación, efectivamente ofrece la ventaja de cierta rapidez, aunque no debemos hacernos exageradas esperanzas al respecto (la *Practice ADR Guide for Texas*<sup>9</sup> advierte que la justicia que ofrece la ADR es generalmente “más rápida” que la justicia estatal oficial, pero no “rápida”).

##### 2) *La ADR, es más barata que la justicia estatal?*

La segunda queja ha sido la referente al alto costo del sistema judicial. Sin embargo, no debemos pensar que la ADR sea llamativamente barata. Los árbitros y mediadores reciben honorarios, a cargo de los litigantes, y los gastos de los intérpretes, de los materiales de oficina, de la computación, de las comunicaciones y de los espacios de trabajo deben ser pagados por los interesados, mientras que en el sistema judicial el personal de la justicia, los gastos de oficina y del alojamiento de Doña Justicia misma son financiados por el ciudadano en general, el contribuyente.

A pesar de esto, la mayor rapidez del procedimiento de los sistemas de ADR (incluyendo la eventual reducción de los recursos) tiende a bajar los honorarios de los abogados —si éstos cobran de acuerdo con su tiempo sacrificado—, e investigaciones recientes parecen demostrar que en Texas el gasto de la ADR se compara muy favorablemente con el del procedimiento judicial.<sup>10</sup>

##### 3) *En la ADR ¿tenemos juzgadores más éticos y mejor preparados, profesionalmente, que en el sistema judicial?*

Por lo que se refiere a las quejas sobre la corrupción judicial y la deficiente preparación de muchos jueces, evidentemente la mayor libertad de las partes para la selección de sus árbitros ofrece en la ADR una posibilidad de cuidar en forma especial la calidad moral y técnica de ellos, la perpetua involucración de las partes con el procedimiento introduce una transparencia que no favorece la corrupción.

9 Levy, Jerome S. & Robert C. Prather, *Lawyers Cooperative Publishing Co.*, Rochester, 1995, con hojas sustituidas que en el ejemplar que yo manejé habían sido recibidas hasta el comienzo de 1997.

10 In “Texas Alternative Dispute Resolution”, 1996, Section 12.3 (page 12-4/12-6) encontramos elocuentes ilustraciones concretas de cómo en la órbita estatal y en los negocios privados el uso de ADR ha reducido los tradicionales gastos de litigación.

#### 4) *La ventaja de la flexibilidad procedimental de la ADR*

También hemos mencionado la queja contra el sistema judicial-estatal de que los procedimientos no siempre están bien ajustados a las necesidades de la controversia concreta, pero en los sistemas de la ADR resulta más fácil ajustar el procedimiento —mediante convenio entre las partes— a perfiles especiales del caso concreto o deseos especiales de las partes. En estos sistemas, las partes, asesoradas por sus abogados, pueden, de común acuerdo, aportar modificaciones al procedimiento que sirvan para que éste quepa al caso concreto como un guante a la mano. Así pueden eliminarse o modificarse en el sentido de una mayor flexibilidad o rapidez, diversas reglas que en el sistema judicial-estatal quizá parecerán generalmente lógicas, pero que a la luz del caso concreto no siempre resultan recomendables (puede tratarse de normas sobre notificaciones, plazos, la admisibilidad o inadmisibilidad de ciertas pruebas, la existencia de ciertos recursos dilatorios, etcétera).

#### 5) *Mayor influencia de las partes sobre el factor “publicidad”*

Tratándose del quinto motivo de queja contra el sistema judicial-estatal, referente a la a veces hiriente publicidad, la ADR ofrece posibilidades de circundar el procedimiento con una vela de discreción, que la habitual publicidad del sistema judicial no pondría a la disposición de los litigantes.

### V. EN TEXAS, LAS CONTROVERSIAS RESUELTAS POR SENTENCIA JUDICIAL YA FORMAN UNA MINORÍA

Ya el famoso presidente-abogado Lincoln recomendó en 1850: “Trata de persuadir a los que te circundan que acepten compromisos siempre que sea posible, y muéstrales cómo, con frecuencia, el que formalmente parezca haber ganado un proceso, en realidad pierde cuando se toman en cuenta los honorarios, gastos y tardanzas”.

Esto ya se dijo hace casi siglo y medio, pero a pesar de ser tan frecuentemente citada, esta frase sólo en estos años parece ser escuchada con simpatía por la práctica forense. Es sólo desde hace unos quince años cuando en los Estados Unidos se pone claramente de manifiesto la actual carrera triunfal de los procedimientos “alternativos” y este auge se ha acelerado exponencialmente en estos últimos años.

En realidad, uno puede dudar si el adjetivo de “alternativo” es adecuado. Utilizamos este término para algo que coexiste en nivel subordinado con algo distinto pero semejante: con algo que es considerado como más normal y frecuente.

Sin embargo, estadísticamente vistos los casos de controversia que llegan en Texas al escritorio de un juez, forman una minoría. Sondeos de apariencia seria y realista sugieren que en la actualidad la mayor parte de las con-

troversias que las partes mismas no logren dirimir espontáneamente, son arregladas por pactos amigables, elaborados entre los abogados de ambas partes, o por mediación, arbitraje o alguno de los demás sistemas que veremos en seguida. Y de aquella mitad (o menos) de las controversias que finalmente encuentran su camino hacia los tribunales, observadores serios calculan que una mitad se resuelve finalmente, antes de la sentencia, por un arreglo extra-judicial entre las partes, uno de aquellos famosos y frecuentes *settlements* (que en los Estados Unidos siempre causan tantos pequeños terremotos en los calendarios de los tribunales, sujetos a perpetuos reajustes necesarios para que los huecos dejados por tales arreglos puedan aprovecharse en bien de los demás casos pendientes).

## VI. LA ADR CONTRIBUYE A LA DESMITOLOGIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

También desde el punto de vista de la democracia “vívida”, este desarrollo hacia la ADR debe alabarse. Ayuda a quitar ante los ojos del público culto, pero no especializado en el derecho, aquella aureola de magia e impenetrabilidad con que el derecho tantas veces se viste. Si el derecho formal que predomina en la vida oficial, judicial, todavía padece de varios inveterados restos del pasado y aspectos pomposos que intimidan al laico, en el nivel de la ADR la activa involucración de las partes mismas y la posibilidad de convenir con la parte contraria aspectos procesales más ágiles, con más sentido común, mejor adaptados al caso concreto, ayudan a dejar sentir al público en general que no esté entregado a una misteriosa máquina arbitraria, de impulsos imprevisibles, sino que se pueden resolver las controversias en forma bastante lógica y transparente, totalmente comprensible para las partes cuya participación directa en los procedimientos de la ADR es tanto más intensiva que en los sistemas judiciales (inclusive en los sistemas de *pre-trial*).

En el mundo de la ADR no hay lugar para los soberbios abogados y jueces, al estilo de mandarines chinos, que desfilan delante de nosotros en los famosos grabados de Honoré Daumier y en las pesadillescas pinturas de Graig.

## VII. LOS PASOS CONCRETOS QUE CONTRIBUYERON AL ACTUAL ÉXITO DE LAS DIVERSAS FORMAS DE LAS ADR

a) El legislador norteamericano ha comprendido que los diversos sistemas de ADR alivian la agenda del Poder Judicial. Es verdad: no han evitado el crecimiento del aparato judicial en esta última generación, pero seguramente habrá frenado el ritmo de este crecimiento.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Cierta crecimiento del aparato judicial norteamericano sigue siendo natural a la luz del aumento poblacionista, de la intensificación de la vida social, y del innegable incremento del espíritu litigioso en los Estados Unidos.



i) Así observamos que el legislador federal ha producido normas que ayudan para la popularización de las ADR: en el Judicial Improvement Act de 1990 (Biden Bill) y también en el Civil Justice Reform Act, de 1990,<sup>12</sup> encontramos normas que son llamativamente favorables a la ADR.

Además, en 1990 fue promulgada a nivel federal la Administrative Dispute Resolution Act,<sup>13</sup> que impone a las agencias administrativas (que en los Estados Unidos tan frecuentemente tienen, además de sus tareas administrativas, facultades que materialmente son jurisdiccionales), el deber de averiguar hasta qué grado podría aerodinamizarse su actividad forense mediante el recurso a algunas formas de ADR.

También cabe mencionar que el 5 de febrero de 1995 el presidente Clinton firmó un decreto (*Executive Order*) recomendando enfáticamente que las agencias administrativas estudien las posibilidades ofrecidas por la ADR, y para apoyar este viraje hacia la ADR el *Administrative Conference* de los Estados Unidos ha organizado un registro público de personas que en el campo administrativo han demostrado su capacidad para intervenir en procedimientos de ADR, como mediadores o árbitros, o en alguna de las otras funciones que veremos.

ii) Al lado del legislador federal, vemos la loable actividad de las legislaturas estatales para ampliar el campo de acción de los sistemas de ADR.

En su mayoría, las entidades federativas de los Estados Unidos ya han legislado a favor de la ADR y el National Center for State Courts conoció en estos años unos 1,200 programas de ADR que actualmente son aprovechados por tribunales estatales.

Destaca, al respecto, Florida, que en muchos casos pone la ADR obligatoria como fase especial dentro del procedimiento judicial, pero también Texas es conocido en el medio forense por sus acertadas normas estatales sobre los sistemas de ADR, desde 1983, como veremos en el próximo párrafo, dedicado especialmente a la ADR en Texas.

b) Además de las legislaturas, las barras de abogados, órganos que penetran profundamente en la vida forense norteamericana, han estado organizando toda clase de cursos para fomentar las ADR, y publican interesantes materiales al respecto.

c) También la propia clase de profesionales paralegales a la que la ADR ha dado nacimiento, contribuye a la consolidación de su rama, como cuando vemos que la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) expidió en junio de 1986 dentro de su rama importantes "Ethical Standards of Professional Responsibility".

12 Esta ley obliga a cada distrito judicial federal a estudiar el peso de sus casos pendientes, y a formular un proyecto para reducir los gastos y los rezagos que acompañaran sus labores, recurriendo en muchos casos a las técnicas del ADR.

13 US Code, IV, Title 5, Subchapter.

d) Otra forma de ayuda para la divulgación de la ADR nos viene del lado de los megabufetes jurídicos.

Por varias razones, la Unión norteamericana ha llegado a ser la patria de los bufetes tipo mamut, con a menudo numerosas grandes sucursales, con una refinada división interna de labores, y con centenares de abogados bien seleccionados, coordinados mediante sistemas en que la flexibilidad y la disciplina andan en contrapunto.<sup>14</sup>

En 1991 unos 150 mega y bufetes, incluyendo los diez más grandes de los Estados Unidos habían firmado el “ADR-*Sign-athon*”, neologismo formado al estilo de “maratón”, supongo, organizado por el Center for Public Resources Inc., de Nueva York.<sup>15</sup> Estos poderosos bufetes se obligan a poner a la disposición de sus clientes abogados con conocimientos adecuados de las posibilidades de ADR. Además, dicho Centro ha hecho una campaña semejante entre las grandes sociedades mercantiles, obteniendo el compromiso de 600 gigantes económicos en el sentido de siempre tener presente la posibilidad de sustituir la vía judicial mediante el recurso a ADR (tanto en controversias ya iniciadas, como en conflictos pendientes de pasar de la existencia latente hacia la patente).

e) Como el arbitraje tiene especial importancia en materia bursátil, la National Association of Security Deals, Inc., ha publicado un modelo general para un convenio de arbitraje, y otro para un convenio de indemnización. De la misma manera, con la proliferación del contrato de seguro de los manejadores en cuanto a su responsabilidad hacia terceros, la mayoría de los accidentes de tráfico se convierten actualmente en controversias entre dos o más compañías de seguros, y una creciente cantidad de éstas se arreglan en la actualidad extrajudicialmente, gracias a la ADR.

### VIII. EL PROGRESO DE ADR EN TEXAS

En 1983 fue promulgado, allí, el *Senate Bill 10*. Éste autoriza a los condados que incrementen los *court filing fees* mediante una sobretasa (fijada en 1985 en la cantidad de diez dólares por demanda); luego, con el fondo así alimentado se están financiando los servicios ofrecidos en forma de sistemas de ADR organizados en tal condado, de manera que varios de los condados más importantes ponen ahora a la disposición de sus habitantes un *Dispute*

<sup>14</sup> El hecho de que el acceso a excelentes y dinámicas bancas computarizadas de jurisprudencia, como Lexis o Westlaw crea la posibilidad para el abogado individual o para un bufete pequeño de tener acceso a los precedentes más recientes, sin tener que costear la suscripción a numerosas series de reportes, la encuadernación, el mantenimiento de un servicio bibliotecónomo individual, quizá contribuirá en un cercano futuro a una mayor dispersión de la actividad forense norteamericana entre bufetes de diversos tamaños: pequeños, intermedios, y gigantes.

<sup>15</sup> Véase *The National Law Journal*, 28.X.1991, y 4.XI.1991.

Resolution Center, donde los ciudadanos encuentren mediadores, árbitros etcétera, de sólida reputación, mediante honorarios reducidos.

Luego, en 1987, Texas promulgó el Texas Alternative Dispute Resolution Procedures Act, mejorado en 1993.<sup>16</sup> A su lado vemos la Texas General Arbitration Act.

Desde 1989 el *Senate Bill 1621* prevé que todos los condados de Texas con una población de más de 150,000 organicen dos semanas de conciliación por año. Desde entonces, en los condados más importantes, con la ayuda de abogados que presentan voluntariamente sus servicios, y bajo un sistema de administración ofrecido desinteresadamente por las barras locales, tales semanas han podido tramitar en cada uno de los condados mayores varios centenares de casos, cada año, llegando a resultados conciliatorios en aproximadamente la mitad de las controversias.

En cuanto a la contribución de la profesión forense organizada, la Texas Bar Association, esta poderosa agrupación profesional, dedica a la ADR las siguientes actividades:

- i) cuenta con una sección especial para la ADR,
- ii) su Newsletter del State Bar of Texas publica una rúbrica especial que se dedica a la ADR (llamada "Alternative Resolutions"), y
- iii) el Professional Development Program de esta Barra ofrece cada año unas jornadas especiales sobre la ADR.

Además, en el ADR *Sign-athon*, ya mencionado arriba, encontramos el apoyo para ADR de parte de megabufetes con nutrida representación en Texas, como Baker & McKenzie, pero también de parte de tales megabufetes cuya sede principal está en Texas mismo, como Fulbright & Jaworski, radicado en Houston.

Mencionemos finalmente que la Barra de la importante ciudad de Dallas ha expedido lineamientos generales para la práctica de los mediadores: Standards of Practice for Mediators.

En forma paralela con esta labor estatal y de la abogacía organizada, debemos mencionar que los tribunales federales en Texas están reorganizando sus sistemas para ajustarse al Civil Justice Reform Act, de índole federal, ya mencionado, una ley tan favorable a la ADR.

## IX. LAS FORMAS PRINCIPALES EN QUE SE MANIFIESTA LA ADR

### 1. Arbitraje

Desde luego, ya muchos siglos antes del actual auge de la ADR hemos visto ejemplos de arbitraje, sobre todo en asuntos internacionales, interfeu-

<sup>16</sup> El texto de estas normas puede encontrarse en el *Texas Civil Practice and Remedies Code*, título VII, capítulos 152, 154 y 155.

dales o privados. En estos últimos casos (los referentes a conflictos de derecho privado), el arbitraje se ha popularizado inicialmente en el campo mercantil, pero luego se arraigó en materia laboral, y ahora lo encontramos en controversias de cualquier naturaleza en la que el derecho positivo no lo haya excluido expresamente.

Así, el arbitraje (contrariamente a las otras formas de ADR que veremos) ya tuvo una larga historia antes de acuñarse el término de ADR —como una de cuyas ramas figura precisamente el arbitraje—.

En relación con el arbitraje, la práctica tejana ofrece un panorama variado.

Una dicotomía esencial distingue entre un arbitraje de laudo vinculante (aunque apelable), reglamentado en el Texas General Arbitration Act, y un arbitraje de laudo no vinculante —*non binding arbitration*— reglamentado por la ADR Procedures Act.

En el primer caso, el arbitraje producirá ganadores y perdedores, contrariamente a lo que sucede con la mediación y el *non binding arbitration*. Sin embargo, el convenio de arbitraje puede autorizar un laudo (de contenido vinculante) que, apartándose de los *petita partium*, conceda a ambos adversarios parte de la razón.

En cuanto a la segunda forma mencionada: no es mucho más que un buen consejo, dado por un tercero, bien colocado para comprender los argumentos de ambas partes, y que goza de la confianza de ambos. Esta forma de arbitraje —de laudo no vinculante— se acerca a la mediación, sin confundirse con ella: en el arbitraje de laudo no vinculante, la actividad juzgadora corresponde al árbitro o a los árbitros, mientras que en la mediación el mediador meramente ayuda a las partes a ponerse de acuerdo.

Otra dicotomía distingue entre los casos en que el arbitraje se limitará a un solo aspecto de una controversia, y los otros, en que toda la controversia será materia del arbitraje.

También existe el Hi-Low Arbitration, en la cual, antes del comienzo de la actividad del árbitro o de los árbitros, las partes se ponen de acuerdo (por escrito) respecto de un límite mínimo y un límite máximo fuera de los cuales la cantidad que pueda fijarse en el arbitraje no será aceptable. El árbitro no conoce estos límites, y dicta su laudo de acuerdo con su conciencia. Si se trata de un laudo vinculante, luego será ajustado a dichos límites.

Una interesante forma híbrida entre arbitraje y mediación se presenta en el sistema del “Arb.-Med.” Cuando las partes han terminado su actividad delante del árbitro o de los árbitros, un mediador comenzará a trabajar con ellas. Si durante la labor del mediador, el árbitro entregue su laudo en un sobre cerrado, el mediador no lo abrirá mientras que exista en su opinión una razonable posibilidad de que las partes, con su ayuda, se pongan de acuerdo, y si la mediación da resultado, el laudo será destruido sin ser visto.

Esta preferencia por un arreglo entre las partes también se presenta si el convenio de arbitraje con laudo vinculante contiene la cláusula de que, después de presentar su laudo, el árbitro (desde este momento fungiendo como una especie de mediador) ofrecerá a las partes todavía una última oportunidad de ponerse de acuerdo, por encima de su laudo.

## 2. *Mediación*

El peligro de todo conflicto es que, una vez en marcha, las partes se vuelvan dogmáticas, ciegas ante ciertos argumentos del adversario (quizá bastante razonables), y así el conflicto toma una vida propia, con un mecanismo de sucesivas y alternativas sobrerreacciones en escala, al estilo del lo que, en muy alto nivel, hemos visto en la guerra de los Cristeros o en la guerra de Vietnam.

Entre las diversas formas de la ADR, la más popular en Texas es la mediación. Las estimaciones del éxito de este procedimiento son vagas (ya que no se recogen los resultados oficialmente por alguna autoridad observadora), pero sondeos fidedignos suelen colocar el resultado positivo arriba del 55 por ciento.<sup>17</sup>

A diferencia del arbitraje, la mediación es de naturaleza reciente, y el comienzo de su triunfal ascenso en los Estados Unidos en general puede colocarse en los primeros años de los ochenta, mientras que en Texas comenzó por 1985 (desde entonces ha sido en Texas la rama de la ADR que más ha crecido).

El mediador —en Texas profesionalmente formado— es como un catalizador; debe animar a las partes a encontrar una plataforma común mediante un franco diálogo entre adversarios físicamente presentes, generalmente asesorados por sus abogados. Su tarea es la de provocar un diálogo entre las partes que no se desvíe hacia asuntos laterales, no previstos en el convenio de mediación. Debe ejercer cierta presión psicológica para que cada parte se coloque un momento en la posición del adversario, y un buen método al respecto es pedir inicialmente a ambas partes que expliquen en propias palabras la posición y las pretensiones de la parte contraria, un método que mucho ayuda para eliminar simples malentendidos.

Desde luego, el mediador no debe estar de un lado o de otro. A base de su formación, su experiencia y a veces el prestigio de su personalidad debe formar un marco para que las partes, asistidas por sus abogados, comprendan mejor la posición y las pretensiones de la parte contraria, con el fin de buscar una plataforma común para un arreglo amigable. Ninguna de

<sup>17</sup> Texas Alternative Dispute Resolution, p. 2.11.

las partes está obligada a aceptar un arreglo propuesto, y el camino hacia un arbitraje con laudo vinculante, o hacia un procedimiento judicial, siempre queda abierto, si fracasa el mediador.

Contrariamente a lo que vemos en relación con los jueces, a los mediadores no está vedado el tener encuentros *ex parte* con uno de los adversarios. Deben procurar, empero, no expresar opiniones personales sobre los argumentos de ellos. Sin embargo, los mediadores podrán dar su opinión acerca de la probabilidad de éxito de la estrategia propuesta por cada una de las partes para el caso de que recurriera posteriormente a la vía judicial, o acerca del *onus probacionis*, o de la admisibilidad del material probatorio que ellos piensan ofrecer eventualmente a la autoridad judicial.

Repetimos que en la mediación no habrá claros ganadores y perdedores, y a menudo el mediador ofrece finalmente a las partes una gama de posibles soluciones, para que ellas mismas escojan, de común acuerdo.

Mencionemos todavía que en Texas el mediador es beneficiado por el principio del secreto profesional, y que no será llamado como testigo en relación con un eventual posterior proceso judicial acerca del conflicto en que haya intentado mediar.

A veces, cuando las partes viven bajo la presión de una fecha fatal, el convenio de mediación contiene la cláusula de que, si, a pesar de la asistencia del mediador, las partes no hayan llegado a un arreglo antes de alguna fecha determinada, el sistema de mediación cederá su lugar a un sistema de arbitraje (y entonces generalmente de laudo vinculante).

### 3. Conciliación

Aquí encontramos que de acuerdo con el convenio básico, un conciliador dirige la discusión entre las partes, pero en caso de que éstas no se pongan de acuerdo, presentará una posible solución conciliatoria (algo que un mediador nunca podrá hacer, aunque sí podrá proponer una lista de soluciones posibles). Esta proposición no es obligatoria para las partes, desde luego, pero por el prestigio personal del conciliador —aceptado como tal por ambas partes— esta propuesta puede ser una buena contribución a una solución.

#### 1) *Summary Jury Trial*

En el cual un jurado popular de seis sinodales, formado de la manera tejana habitual, escucha las explicaciones de las partes y recibe las pruebas bajo un procedimiento probatorio poco riguroso, para luego dictar un laudo no vinculante, que será presentado a las partes como posible punto de partida para un arreglo conciliatorio.

### 2) *El Moderated Settlement Conference*

En la cual un jurado de (habitualmente) tres abogados escuchan explicaciones sumarias de las partes, para luego dictar una recomendación, que no es obligatoria para las partes, pero que a menudo es el punto de partida para un arreglo.

### 3) *El Mini-trial*<sup>18</sup>

En que representantes de las partes presentan sus puntos de vista ante un jurado mixto, formado por las personas designadas por cada una de las partes, que tienen autoridad para transigir el conflicto, juntas (habitualmente) con un profesional neutro que generalmente dirige las discusiones; después de escuchar los argumentos, este jurado luego tratará de encontrar una solución amigable, a menudo mediante la discusión del proyecto respectivo que el sinodal neutro formulará.

## X. LOS HONORARIOS EN LA ADR

Inicialmente, especialistas en ADR, en forma voluntaria, sin buscar beneficios financieros, han creado varios bufetes a los que el público puede acudir en busca de soluciones no judiciales para sus conflictos, pero desde los ochenta vemos también muchas organizaciones que mediante honorarios ofrecen su conocimiento especializado para alcanzar una resolución amigable de conflictos existentes. Y efectivamente, si un servicio es objetivamente útil, y requiere de personas profesionalmente formadas para que pueda funcionar razonablemente bien, merece ser ofrecido mediante el pago de honorarios; es esto un principio sano que, desde luego, debe mitigarse a favor de personas que comprueben su estado de indigencia.

A pesar de que muchos gastos de la justicia estatal son pagados por el contribuyente en general, el pago de honorarios a árbitros, mediadores y otras personas que intervienen en las formas de ADR no causa el peligro de que la ADR sea abandonada por su costo superior, ya que —como ya hemos visto—, además de sus otras ventajas, la ADR suele ser una solución más barata que la litigación ante jueces estatales, como las recientes y detalladas investigaciones sobre este tema parecen demostrar.

## XI. EPÍLOGO

Todo reporte sobre instituciones jurídicas extranjeras implica, a menudo tácitamente, advertencias de caución (*ihands off!*), o algunas sugerencias positivas (*íadelante!*), o una mezcla de ambos.

18 Este tuvo su origen en el Center for Public Resources (CPR) de Nueva York.

La impresión favorable que uno recibe del magno desarrollo de la ADR con nuestros vecinos evidentemente anima a hacer estudios más profundos sobre su funcionamiento, y a preparar, quizás primero en pequeña escala, unos experimentos con esta gama de sistemas en nuestro propio medio, para lo cual diversas autoridades profesionales y académicas en los Estados Unidos evidentemente estarán dispuestas a asistirnos, y ciertas fundaciones probablemente podrán ayudar con los gastos respectivos.

Paralelamente convendrá estudiar hasta qué grado podremos afinar nuestra discusión sobre la cuestión de si nuestra Constitución realmente otorga un monopolio jurisdiccional al Poder Judicial Estatal, y si podremos proteger la ejecución de laudos vinculantes y otros arreglos que hayan surgido de nuestro eventual futuro sistema, al estilo de la ADR, contra un exceso de complicaciones remediales que, por ejemplo, podrían inundar el sistema desde el lado del amparo, y que privarían el nuevo sistema de parte de su utilidad y popularidad.