

«RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (RAC)»

Alternative Dispute Resolution (ADR)

Erhard Blankenburg¹

I. El Conocimiento de una pronta Resolución de Conflicto.

La RAC se ha convertido en un símbolo de la reforma procesal en la política judicial estadounidense. Los centros locales, los servicios de mediación para los miembros de algunas organizaciones y el arbitraje por parte de los tribunales se han recomendado como una salida a una supuesta "crisis de litigio". Estas instancias funcionan como monitores, seleccionan los posibles casos de tribunales que se podrían resolver mediante procedimientos previos al juicio o que se deben encauzar en un juicio completo. Muchas de las instituciones de RAC reciben a clientes que son derivados de instituciones judiciales: los querellantes deben decidir por un programa alternativo y, por lo tanto, evitar que el sospechoso enfrente un juicio; los arrendatarios pueden llevar sus quejas al arrendador antes de dirigirse a un centro de mediación local y las compañías de seguros debieran optar por mediar las querellas por daño de una mejor forma, si eso les evita un procedimiento judicial costoso. Otras instituciones RAC desechan por completo la idea de acudir a los tribunales: los conflictos laborales colectivos o las condiciones comerciales internacionales son difícilmente llevados a los tri-

bunales; sin embargo, se prefiere que sean determinados por una infraestructura permanente de tribunales de arbitraje o conciliación. Los antropólogos tienden a catalogar el pluralismo de los tribunales resolutivos de conflictos como la forma "normal" de resolver conflictos; por otra parte, los abogados tienden a medirlos en comparación con los procedimientos formales de acuerdo con sus garantías de neutralidad, reglas de medios de prueba y posibilidades de apelación. Ellos pueden señalar a los fiscales que negocien medidas alternativas para una defensa de culpabilidad, mediadores que se comprometen a costa de los derechos sostenidos de la otra parte o que negocien medidas que socavan la justicia internacional.

Los argumentos en pro y contra las instituciones informales de manejo de conflictos no se pueden sopesar de una sola vez para todo tipo de situaciones sociales, ni tampoco se pueden evaluar sin el contexto de alternativas formales que se encuentran presente en cualquier cultura legal. En países donde los servicios de abogados son caros y los tribunales están atochados de trabajo, una de las partes podrían sacar provecho de la intranquilidad. Incluso sabiendo que es probable que al final pierda su caso, las partes pueden estar interesadas en ganar tiempo y en involucrarse en un procedimiento largo para así forzar a la otra parte a ne-

¹ Profesor de Sociología del Derecho, Vrije Universiteit Ámsterdam.

gociar. Este es el caso de muchos procedimientos de querellas contra proyectos de planificación urbana y construcción donde la parte perdedora fácilmente puede pagar los costos del procedimiento, ya que esto le permite retirarse de éste. En otros casos, las partes pueden amenazar con grandes retrasos o exposición pública. Incluso con pocas posibilidades de ganar un proceso, una parte simplemente puede aspirar a obtener la publicidad del mismo. Sin embargo, son pocas las situaciones de esta índole, en el que no exista del todo un interés común de las partes. En la mayoría de los conflictos cotidianos ambas partes comparten un interés común en mantener futuras relaciones sociales. Aún cuando el litigio es sólo para regular los términos de las relaciones sociales(como divorcio, despido laboral o en casos de orden de desalojo de una propiedad en arriendo) ambas partes pueden estar igualmente interesadas en mantener al mínimo los costos del procedimiento. Mientras más altos costosos, largos y engorrosos sean estos, más atractivas se tornan las alternativas de litigio.

La frecuencia de ocurrencia de tales conflictos varía de acuerdo a la movilidad con que la sociedad le exige a los ciudadanos. Claramente las sociedades occidentales de Estados Unidos al igual que las de Europa exigen cada vez más movilidad: no sólo los índices de divorcio han aumentado sino también los riesgos de ser despedidos del lugar de trabajo o tener que dejar el lugar de domicilio.

Por mucho tiempo la cultura legal holandesa ha asegurado familias más esta-

bles, trabajos más confiables y menos presiones al cambiar de domicilio. Sin embargo, la modernización también ha traído a este lugar más movilidad en todo este orden de cosas. Esta movilidad trae como consecuencia más conflictos que a la larga pueden resultar en conflictos judiciales.

No obstante, recientemente autores sociolegales han desafiado la auto imagen de soluciones de conflictos armoniosas. Analistas estadounidenses que han tomado la regularización de accidentes automovilísticos como ejemplo, han descubierto intereses racionales escondidos tras evadir la adversidad. Por otra parte, estudios japoneses destacan la infraestructura institucional que les permite tratar conflictos en una etapa temprana y evitar así que se conviertan en conflictos legales.

La regulación de accidentes automovilísticos es la comparación más obvia, ya que podemos encontrar fácilmente el mismo tipo de caso en cualquier país desarrollado. Al comparar la frecuencia de litigios después de un accidente de tránsito grave, descubrimos que las víctimas de accidentes en Holanda litigan incluso menos que las víctimas en Japón, mientras que las víctimas de accidentes en Alemania litigan con mucho más frecuencia que las de California. La diferencia se basa en la forma en que las compañías aseguradoras tratan desde un comienzo las demandas de accidentes: mientras los reguladores de seguros holandeses ofrecen una reglamentación de los daños sufridos inmediatamente después de ser notificados de un accidente, incluso ofrecen servicios de reparación en talleres mecáni-

cos especiales con los cuales tienen convenios, la contra parte alemana espera que se entregue la demanda completa, la que muy a menudo la formula un abogado. Una vez que el abogado ha sido movilizado, las posibilidades de un litigio se hacen más reales que si se hicieran mediante regulación directa, la que se torna incluso mucho más fácil, ya que la mayoría de los conductores alemanes cuentan con un seguro legal contra costos. Por consiguiente, en Alemania los jueces han culpado a las compañías aseguradoras por los altos índices generales de los procedimientos; sin embargo, del mismo modo uno puede revertir la relación causa efecto: debido a que los automovilistas alemanes tienen más posibilidades de enfrentar una demanda por la parte contraria involucrada en un accidente de tránsito, se recomienda que cuenten con seguros que cubran los costos involucrados.

El patrón de justificaciones institucionales, entrega la explicación más convincente respecto de las diferencias entre las culturas legales, se repite por sí mismo con respecto a otras áreas de posibles conflictos legales. Entre los Países Bajos y la Alemania Occidental descubrimos diferencias en la frecuencia con que se realizaban litigios sistemáticamente en todas las áreas penales, derecho civil y administrativo. Estas diferencias se hacen cada vez más sorprendentes ya que ambos países comparten el legado común del Derecho Civil con tradiciones similares en el derecho procesal y en la organización de los tribunales. Para el caso de dos países europeos vecinos, podemos excluir la teoría del legado, la que a primera vista, con respecto a la cultura es-

tadounidense y la del lejano oriente parece muy convincente. No obstante, mientras los códigos del derecho se remontan a las mismas tradiciones del Derecho Civil, en los Países Bajos la infraestructura de las instancias previas al tribunal, entrega muchas más oportunidades para evitar los procedimientos, que su contra parte Alemana.

En la medida que los doctos del Derecho que realizan estudios comparativos, sólo comparen el Derecho en los libros, van a estar privados de observar la diferencia en el comportamiento que se esconde tras la similitud entre los códigos holandeses y alemanes del Derecho. Solamente el Derecho en acción revela dichas diferencias.

Cercana a la teoría, de que evitar el litigio está en manos de las instancias previas al tribunal, es que las oportunidades para un manejo temprano del conflicto son específicas al área del conflicto de donde proviene el posible. En el intento de señalar y discutir los intereses por evitar los procedimientos formales, trataré de formular un primer acercamiento hacia una teoría más general de cómo evitar los costos del mismo.

2. La "Formalidad" e «Informalidad» como alternativas graduales.

Es evidente que las alternativas sólo se pueden definir respecto de un modelo "excepcional". Entre los abogados, lo que se considerará una "alternativa informal" para resolver un conflicto se desarrolla a partir de la noción de un "procedimiento judicial formal". Encontramos que la característica

de "informalidad", se atribuye a cualquier forma de resolver un conflicto, que no involucra a las partes en un procedimiento completo, es decir, con derecho a asesorar, con un juez independiente que decide en base a la recopilación de medios de prueba y con la posibilidad de que un fallo de primera instancia sea ratificado en la apelación en segunda instancia. Si un juez media un conflicto entre las partes en lugar de decirlo mediante un fallo final, se podría considerar como una "solución informal" de acuerdo a esta definición, incluso si un intento por conciliar puede ser recomendado por el código de procedimiento como un primer paso dentro del proceso. Dentro del proceso, ya sea, el juez o las partes pueden interrumpirlo formalmente por el bien de una conciliación extra judicial, como un pequeño paso a la conciliación. Desde aquí nuevamente es un pequeño paso, si las partes y sus abogados negocian en forma informal fuera de tribunales mientras se lleva a cabo un proceso formal; las partes se deben presentar ante el juez con una conciliación negociada o simplemente deben notificar al tribunal que no continuarán con el proceso. En todos los casos, existe una informalización gradual de lo que inicialmente fue un proceso formal.

Los sociólogos tienden a empezar del lado contrario del continuo formal-informal. Tienden a estudiar los conflictos y las diversas formas de resolverlos. Las primeras tentativas generalmente se dan entre las partes en sí, con la posible ayuda de parientes, amigos y las personas cercanas. La participación de una tercera parte o casos especiales de manejo de conflictos. Incluso más

especial es el hecho de continuar un procedimiento formal con un juez, que no sólo decide sobre los casos sino que también ejerce poder para hacer valer su decisión. De hecho esto último es poco usual, aún en procesos de tribunales. La participación de una tercera parte; continuar los procedimientos de alegato imparcial y medios de prueba total, generalmente son muy costosos, necesitan de tiempo extra y a menudo se sale de los intereses de ambas partes. Se pueden escoger procedimientos "alternativos", para evitar dichos costos, aunque también se pueden adoptar con el fin de alcanzar una justicia más informal sobre materias sustantivas. Las formas "alternativas" de justicia muchas veces tratan de establecer una "equidad" no tan específica en lugar de una regulación sustantiva; generalmente dan lugar al arbitraje y negociación entre las partes involucradas. Los elementos de arbitraje pueden aparecer gradualmente como "alternativas dentro de los procedimientos formales" o se pueden institucionalizar fuera de los tribunales como "alternativas para éstos".

Las alternativas más desarrolladas hacen que los códigos de procedimiento sean más formales. Esto es obvio cuando se comparan las tradiciones procesales "adversariales" y "acusatorias". Los procedimientos de juicio adversarial en la tradición angloamericana hace que los jueces sean mucho más pasivos y hacen que los abogados desplieguen un conjunto de habilidades formales y retóricas, las que en un tribunal continental se podrían considerar como "engañosas", incluso poco éticas. Por otro lado, los abogados británicos y norte-

americanos podrían oponerse a la cantidad de discreción procesal que los jueces continentales tienen al preparar el proceso, al iniciar las interacciones y al guiar las formas en las partes presentan los medios de prueba. Los juicios adversariales se han desarrollado con respecto a una posible participación de un tribunal lego o jurados legos. Por lo tanto, los procedimientos legales han desarrollado un detallado conjunto de reglas en relación con los medios de prueba, como también con el curso que debería seguir la interacción procesal. Como consecuencia, las alternativas informales son primordiales; como un método para evitar los juicios adversariales. Éstas han sido, en parte, institucionalizadas en forma de manejo de casos previo al juicio, y por otro lado, en forma de organismos externos a los tribunales, que manejan aquellos tipos de conflictos a los que los tribunales posiblemente se pueden acoger.

Las negociaciones previas al juicio, como alternativas externas a los tribunales, se pueden considerar como patrones que buscan evitar los procedimientos judiciales. De hecho, más del 90% de los litigios civiles en los tribunales de primera instancia de los Estados Unidos se establecen antes de llegar a un juicio completo. En los tribunales norteamericanos la "conciliación" puede significar cualquier cosa, desde meras amenazas de una parte, al entablar una demanda y, por lo tanto, hacer que la otra parte ceda; hasta negociar en los procedimientos previos al juicio en los tribunales, o usar arbitraje fuera del tribunal mientras la amenaza de una demanda pendiente se mantiene entre las partes. La indagación en

el proceso norteamericano, ejerce una presión en los abogados de ambas partes, y las reglas de los medios de prueba durante los juicios imponen tantas formalidades, que cada parte involucrada hará todo para evitarla. Mientras al mismo tiempo amenaza con los costos e incertidumbre de un proceso adversarial.

El aumento explosivo de litigios resaltan cada vez más la necesidad de evitar salidas alternativas a los Tribunales. Gran parte de la retórica que envuelve los litigios en los Estados Unidos demuestra un descontento por las técnicas adversariales de los abogados, y por la contradicción que se establece entre procedimientos judiciales formales y el uso de prácticas informales para evitar los mismos (Plea Bargaining). Una de las formas de responder a los descontentos ha sido establecer diversos proyectos de resolución de conflictos por parte de las comunidades, de las fundaciones y de los grupos de acción. De igual modo, las formas existentes de arbitraje (como en las relaciones laborales) han ganado legitimidad como parte del "movimiento de resolución alternativa de conflicto" (RAC). Algunos de estos proyectos se entregan como un servicio público, adjunto al sistema público de fallo formal, en cambio otros se entregan conforme a un acuerdo por parte de los litigantes, ya sea por contrato previo o después de que se ha presentado una demanda; algunos de estos proyectos operan como un elemento de regulación interna de las instituciones, (como universidades, hospitales, cárceles o grandes empresas) elaborando los procedimientos para resolver demandas, ya sea de clientes o de miembros de organizaciones.

En algunos casos, asociaciones de la comunidad, han establecido sistemas de mediación comunitaria para todo tipo de casos; éstas, sin embargo, rara vez cuentan con un número considerable de estos, salvo que este centro de mediación cuente con derivaciones provenientes de algún juzgado u otro organismo formal.

Alguno de estos movimientos que apoyan la resolución "alternativa" de conflictos, también han alcanzado los tribunales. En muchos estados, el "arbitraje anexo a los tribunales" y la "mediación derivada de los tribunales" constituyen alternativas previas a la verificación de un juicio civil. Esta alternativa busca llegar a un acuerdo de una manera expedita y menos costosa que la alternativa judicial. De no alcanzarse un acuerdo por las partes, se retoma el procedimiento judicial sin que ello reporte sanción alguna.

En el continente europeo, encontramos un aumento de formas alternativas, a los procesos judiciales, de resolución de. Por lo general, los jueces median activamente, e intentan hacer que las partes resuelvan su caso. Muchas veces, la mediación permite «discrecionalidad» por parte de los jueces; sin embargo, como regla los jueces hacen público lo que podría ser el resultado de un proceso y de un fallo formal, con el fin de guiar a las partes en la línea de una decisión judicial sustantiva. Las alternativas a los procesos formales operan, en forma implícita, bajo la amenaza de acogerse a decisiones judiciales dentro del modelo de un proceso formal completo.

Siempre que se mantenga la posibilidad de acogerse a un proceso formal, las alternativas informales trabajan "bajo la sombra de un proceso formal y de un Derecho formal". Para los legos que consideran las "alternativas" desde la perspectiva de un modelo de procedimiento completo, esto se puede considerar como una justificación. De acuerdo con esta consideración las "alternativas" se describen como un desvío del modelo de procedimiento completo. Aquellos legos que primero estudian un conjunto de situaciones de conflictos similares, y desde ahí consideran los procesos judiciales como una de las muchas alternativas de resolución, adoptan una perspectiva radicalmente diferente. A menudo dicha consideración se justifica por la existencia de tradiciones antiguas de resolución de conflictos. Tradicionalmente los abogados han señalado las organizaciones sociales y su Derecho popular como la base para las instituciones judiciales y su jurisprudencia. Dicha consideración se ha puesto en marcha, a menudo, bajo las condiciones de la imposición del Derecho; ya sea por la clase gobernante o un poder colonial, con las instituciones populares que resisten a los tribunales superpuestos. No obstante, los sociólogos del Derecho en los países desarrollados, han descubierto que existen patrones similares de instituciones legales oficiales y no oficiales. Cada vez que las relaciones sociales se regulan en instancias semi-autónomas capaces de cierto grado de resolución autónoma de conflictos. Han observado una tendencia de acogerse a las instituciones oficiales y sus formalidades, sólo como última medida. Acogerse a los procedimientos formales se torna incluso más

excepcional que los procesos judiciales más formales y costosos. En forma irónica, la creciente tendencia de formalidad en los procesos judiciales podría ayudar a que se desarrollen más organismos informales y procedimientos fuera de los tribunales.

3. Áreas del Derecho donde es importante el tema de las "alternativas".

Se han desarrollado, especialmente en ciertas áreas del derecho, las "alternativas" al procedimiento formal. Ellas se prefieren cada vez que las partes se ven involucradas en un conflicto cuyo universo de intereses no es exclusivamente suma cero o nulo, sino que incluye elementos de interés mutuo, de esta forma, al menos se hace posible un acuerdo parcial. A menudo el acuerdo se basa en las consecuencias de un fallo judicial que no se encuentra en el terreno del Derecho sustantivo, que se aplica en el caso, pero que más bien emana de consideraciones extra judiciales, tales como la preocupación de las partes que no están directamente involucradas, o simplemente consideraciones de tiempo y costo ocasionados por el procedimiento en sí.

3.1 Demandas pequeñas, cobro de deudas versus protección al consumidor.

En muchos países, la mayor cantidad de casos judiciales tiene que ver con el cobro de deudas. Aunque el procedimiento se puede considerar polémico, el hecho es que los demandados generalmente no ofrecen ninguna defensa, con la consecuencia, de que a menudo el proceso termina con un fallo en rebeldía de la contra parte. En consecuencia, muchos países han adoptado pro-

cedimientos sumarios, que obliga al deudor a pagar luego de una acción unilateral de parte del demandante, a menos que la defensa comparezca. Un proceso polémico común se inicia generalmente en casos donde el demandado protesta ante una citación. Los procedimientos de sumario, por cobro de deudas, se dan sólo en países con tradición en derecho civil, donde siempre se permite al deudor protestar contra las citaciones que obligan al demandante a recurrir a un proceso completo, ante un tribunal civil (tal es el caso en "Mahnverfahren" Alemania). En 1992 los Países Bajos suprimieron este procedimiento sumario, por considerarlo inútil. Los administrativos ('deurwaarders') han boicoteado exitosamente el privilegio que el tribunal otorga al acreedor. Ellos demostraron que resultaba más eficaz negociar con los deudores las posibilidades y condiciones de pago, que presentar una demanda ante un juzgado civil.

Se han llevado a cabo prácticas similares en Japón. Aunque Japón también ha desarrollado explícitamente procedimientos sumarios por cobro de deudas de acuerdo con el modelo alemán, el uso de éstos no se compara al que se le da en Alemania. Para holandeses, tanto como para japoneses, la explicación del desuso de los procedimientos judiciales debe buscarse en las instituciones de aplicación de la ley de deudas extrajudiciales, así como también en los patrones preventivos de manejo de créditos, que son frecuentes en Japón y en los Países Bajos, como parte de una "cultura" de evitar un proceso judicial.

Los tribunales de demandas de menor cuantía, en países de Common Law, se diseñaron con un propósito distinto. Éstos originalmente se instalaron para permitir que los consumidores entablaran demandas y que los pequeños comerciantes presentaran querrelas por deudas menores. Instalados en parte como tribunales particulares (como en varias jurisdicciones de algunos estados de los Estados Unidos y de Australia) se ofrecen como alternativa judicial simplificada en una instancia previa al juicio (como se da en varios esquemas locales de Gran Bretaña). Los procedimientos por demandas de menor cuantía, reducen la formalidad de un proceso judicial adversarial completo. Las reglas de medios de prueba están, en gran parte, a criterio del juez (o un "funcionario", como se le conoce en los esquemas británicos). La presencia de un abogado resulta innecesaria o inadmisibles y las instancias de acuerdo se establecen como parte del procedimiento.

El exigir muchas de las formalidades judiciales de un proceso judicial completo, con sus complicadas reglas de medios de prueba, se basa fundamentalmente en la suposición de que éstas buscan desincentivar, a los consumidores y los pequeños comerciantes, la presentación de demandas. Los juicios relativos a demandas de menor cuantía responden a la retórica de la justicia compensatoria. Sin embargo, los estudios empíricos sobre tribunales de demandas de menor cuantía en los Estados Unidos, demuestran que este sistema es ampliamente utilizado para el pago de deudas de poca monta.

En general, la protección al consumidor se alcanza en forma más eficaz por medio de acuerdos extrajudiciales a través de instancias mediadoras tales como los tribunales de querrelas, mediadores y comisiones de conciliación. En nuestra investigación, todos los países contaban con dichas instituciones, las que se iniciaron gracias a organizaciones voluntarias, sindicatos gremiales, entidades gubernamentales locales y/o, posiblemente, a diarios y estaciones de televisión. La razón de ser del gran número de alternativas extrajudiciales para la protección del consumidor, es producto del carácter difuso del universo de intereses: cada caso de querrela individual es demasiado insignificante para que un solo consumidor pueda solventar los costos y el hostigamiento que envuelve el movilizar a las instituciones judiciales. Sin embargo, la posibilidad de presentar una acción conjunta que involucre a todos los afectados hace viable tanto las acciones judiciales como extrajudiciales. Además, existe un número de organizaciones voluntarias como los sindicatos gremiales y clubes de automóviles, que consideran la representación del consumidor como un servicio para los socios, lo que acrecienta sus atractivo. Por otra parte, las organizaciones gremiales ocasionalmente responden mediante la creación de sus propios tribunales de demandas, impidiendo que una persona ajena desarrolle una estrategia de representación de intereses colectivos más agresiva. No obstante, el manejo extrajudicial para las demandas de los consumidores no es totalmente ajeno al sistema legal. Por el contrario, como regla se debe utilizar el litigio en los tribunales para los casos que sientan jurisprudencia,

lo que provoca una amenaza implícita de la posibilidad de un proceso formal si la ruta informal es recibida por una contra parte indiferente. Bajo el alero de un proceso formal se puede realmente manejar los casos informalmente. Esto se logra generalmente mediante la combinación de estrategias: entregar información y asesoramiento a los consumidores, como también ofrecer arbitraje en caso de un conflicto y recurrir al litigio formal cuando el manejo informal y el arbitraje del conflicto han fallado.

3.2 Arbitraje y conciliación comercial.

Los conflictos que se generan a partir de los contratos comerciales y de la competencia desleal son un hecho al que los hombres de negocios se ven enfrentados cada día. Existen muchas formas de re-negociar los términos de una transacción y de una conciliación o arbitraje extrajudicial. Algunos sectores adoptan cláusulas de conciliación o arbitraje como una cláusula estándar en todos los contratos. El comercio internacional, evita los sistemas judiciales nacionales, prefiriendo recurrir a árbitros internacionales, miembros de las Cámaras Internacionales de Comercio. La práctica establecida de arbitraje en sectores como embarque, transporte y seguro internacional, se basa en la publicación de casos que han sentado precedente en revistas especializadas de arbitraje, acercándose de este modo al sistema privado de jurisprudencia. Otros sectores, como el de la construcción, utilizan los tribunales de arbitraje para los conflictos entre firmas, como también entre contratistas y clientes sobre

la base del fundamento caso por caso. Los profesionales como doctores, abogados en ejercicio, arquitectos y periodistas recurren a los tribunales para normar la conducta profesional y a veces utilizan los tribunales como una instancia de apelación (ej. el ejercicio ético de la profesión).

El arbitraje entrega una amplia variedad de procedimientos. Una diferencia básica es la que se da entre un arbitraje especial (ad hoc) y un arbitraje institucional. Mientras que el arbitraje ad hoc lo puede entablar cualquier persona en cualquier litigio, las formas de arbitraje institucionalizado que manejan organizaciones permanentes, tales como: las cámaras de comercio o las organizaciones comerciales adquieren una categoría que va más allá de lo legal. La práctica del arbitraje institucional se puede regular mediante normas de procedimiento de la organización de arbitraje respectiva, contribuyendo al desarrollo de la jurisprudencia en esta materia..

Las organizaciones de arbitraje comercial más reconocidas son: la Cámara Internacional de Comercio (ICC), la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA) y el Tribunal de Arbitraje Londinense. Además, existen muchas organizaciones especializadas en arbitraje internacional de comercio o arbitraje de conflictos internos. La elección del árbitro puede variar ampliamente. En el arbitraje especial (ad hoc) se deja que las partes acuerden el procedimiento. Para el arbitraje internacional de comercio las normas de arbitraje UNCITRAL de 1976 están ganando popularidad. Generalmente, cada parte designa a un árbitro y, por lo tan-

to, los dos árbitros nombran un tercero. Por lo general, las organizaciones de arbitraje preparan un listado global de los candidatos a árbitro. A veces, una organización de arbitraje por sí sola nombra a los árbitros sobre la base de la naturaleza del conflicto y de acuerdo con la estimación de aceptabilidad.

En el comercio internacional, las cláusulas de arbitraje son estándar y, generalmente, se refieren a una de las organizaciones de arbitraje antes mencionadas. Los comerciantes internacionales desean evitar una probable inclinación de cualquier tribunal nacional y prefieren confiar en la experiencia de los árbitros legos en la práctica de comercio internacional. También se utiliza el arbitraje en áreas donde se requiere un especialista, como en los litigios de embarque o en los referentes a construcción. Se cree que los árbitros son mejores que los tribunales, cuando se trata de resolver discrepancias que se producen entre lo legal y la práctica en terreno; un fallo judicial de tribunales, necesariamente debe aplicar la ley, la que se cree que no resuelven de la forma más real los conflictos. También se mencionan los bajos costos y la mayor velocidad como razones importantes para elegir el arbitraje, aunque estas expectativas no siempre parecen estar basadas en hechos. Los arbitrajes comerciales internacionales son extremadamente costosos y prolongados. Sin embargo, el arbitraje interno que organiza la asociación de comercio puede ser gratuito si se mantiene por una cuota de socio y si los servicios de los árbitros son a honorarios.

3.3 Relaciones laborales, especialmente protección del empleo.

Antiguamente, el manejo de las relaciones laborales era un hecho nuevo dentro de los tribunales de litigios. En los Tribunales Industriales del Reino Unido se introdujo en 1974, solo luego de que se produjera un boicot de los sindicatos gremiales que en 1971 causó el derrumbamiento de la Ley de Relaciones Industriales. Hasta ese entonces, el nacimiento de la tradición sindical anti legalista había mantenido las relaciones laborales tan libres de la intervención del estado como fuese posible. Desde 1974 se puede acceder a los tribunales del trabajo, sólo después que se haya realizado un intento de acuerdo con el "Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS) (Servicio Consultivo de Conciliación y Arbitraje) Los funcionarios del ACAS actúan como verdaderos intermediarios, buscan la conciliación con los trabajadores como también con los empleadores, y sólo después de que sus intentos han fallado, se puede llevar el caso al Tribunal del Trabajo.

En la tradición corporativista holandesa, la ausencia de tribunales del trabajo tiene un origen institucional opuesto: aquí la protección del trabajo es parte de la intervención trascendental del estado en política social. La filosofía es normar los despidos (con el interés de un bloqueo de salario general en tiempos de pos guerra, como la protección del empleo en nuestros días). Por lo tanto, son controlados por un proceso informal tripartito, antes de acogerse a un tribunal civil. No obstante, la crítica a esta normativa relativa a los despidos, el que según los empleadores es demasiado restric-

tiva, ha conducido a la propuesta de eliminación, y verdaderamente, en los últimos 10 años (desde 1990) los procesos previos al tribunal han fracasado cada vez más, y una menor cantidad de contratos de trabajo han seguido el sistema (la que se aplica sólo para los contratos de trabajo comunes, no para el creciente número de contratos temporales o de medio jornada). De esta forma, en el transcurso de la flexibilización moderna del mercado del trabajo holandés, es más probable que dentro de 20 años, una "alternativa" informal antigua aplicada a los procesos legales, sea abolida, a pesar de toda la retórica acerca de la RAC, la mayor parte de los casos de despido se acogerán en los tribunales.

3.4 La relación arrendador- arrendatario.

Similar a lo que sucede con los conflictos laborales, las disputas de arrendamiento ha llevado a que en muchos países se regulen a través de juntas de mediación o conciliación, con la posibilidad de acceder a un procedimiento judicial, en caso que no se llegue a acuerdo (tal es el caso de las comisiones de arrendatarios en los Países Bajos).

Las querellas por la calidad de las viviendas como también por las rentas de arrendamiento, constituyen una sobre carga de trabajo, por lo cual los tribunales buscan salidas por medio de procesos informales; resolviendo tan sólo los casos más graves, entre los cuales, generalmente, se encuentran las querellas por desalojo. Esto confirma la regla general de la teoría de mo-

vilización de los tribunales: si las dos partes están de acuerdo en continuar las futuras relaciones sociales, por lo general prefieren las instancias informales y tratan de evitar la participación de un tribunal o de un abogado; sin embargo, si están dispuestos a romper las relaciones sociales, es más probable que haya participación de instancias judiciales o procesos legales.

3.5 Ruptura familiar y relaciones post-divorcio.

Generalmente, los temas de familia no llegan a los tribunales, a menos que esté en juego el tema de la separación. La mayoría de los casos de divorcio son de común acuerdo, en el sentido de que ambas partes han llegado a un acuerdo fuera del tribunal. Los países difieren ampliamente en la forma cómo se enfrenta judicialmente un divorcio de común acuerdo. Por ejemplo, la República Federal Alemana exige que todo divorcio pase por un proceso judicial, con una audiencia oral y un fallo de un juez.. En el otro extremo, los casos de divorcio se pueden manejar por un organismo administrativo similar a los que registro civil, y se llevan sólo a los tribunales, en caso que las materias en conflicto hagan indispensable una resolución judicial (como se da en Dinamarca y Japón).

A menudo el divorcio trae consigo obligaciones legales a largo plazo para los ex esposos. Esto se da especialmente cuando están involucrados los hijos. Dichas obligaciones (como la pensión alimenticia) deberán ajustarse a la situación financiera de la persona involucrada. Si no son impugna-

das, dichas acciones judiciales se pueden tornar meras rutinas, *pero si los derechos legales deben ser impuestos a las partes involucradas (generalmente el padre que debe pagar la pensión alimenticia), dichos procedimientos se pueden volver adversariales, terminando en sentencias judiciales.*

4 Conclusión

Actualmente, en los Países Bajos, se considera la RAC como un reflejo de las tendencias estadounidenses. *Sin embargo, estas prácticas tienen una tradición propia; ha sido la práctica usual de las instituciones corporativas, donde los holandeses se perciben a sí mismos como una "sociedad consensual". Aunque consenso no significa ausencia de conflictos y de articulación de intereses., sino más bien apunta hacia un manejo del conflicto en un estadio temprano, antes que se torne más difícil de manejar. Al igual que en los estados benefactores más desarrollados de los países escandinavos, el sistema holandés junto con otorgar alternativas extrajudiciales, presenta un eficaz sistema de beneficio para aquellos que no cuentan con los medios para pagar un abogado y costosos procedimientos judiciales. (Gran parte de las personas que son arrestadas o que enfrentan un juicio criminal cuentan con un abogado defensor que es proporcionado por defensorías penales públicas y, en casos legales civiles, laborales y administrativos una de cada dos casas es absorbido por la defensa pública gratuita). Recientemente, tanto el sistema legal de beneficio como los procedimientos informales, previos al tribunal en Holanda, se han convertido en blan-*

cos de la crítica neoliberal; sin embargo, estos mismo promueven la RAC y la mediación como medios para refrenar el aumento de litigios. Por lo tanto, en nuestro país podemos ver el discurso relativo a la "resolución alternativa de conflictos" como un modo de compensación parcial a la fuerte tendencia a la judicialización en que nos encontramos absortos.