

EL USO DE MECANISMOS INFORMALES EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE LOS PARTICULARES

M. A. Rolando Soto Jiménez,
Profesor de Introducción al Derecho

* Trabajo presentado al Seminario sobre la Administración de los Sistemas Judiciales en Latinoamérica. San José, (25 al 30 de agosto de 1980).

El uso de mecanismos informales en la
SCpart
Rolando Soto

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La solución de conflictos fuera de los tribunales y su respaldo en el ordenamiento jurídico. 3. Actitudes de los ciudadanos y abogados frente a la solución de los conflictos a través de medios informales. 4. Algunas formas concretas de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar fuera de la Corte sus diferencias. 5. Conclusiones. 6. Notas.

"El hombre lucha pues por el Derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce" Rudolf von Ihering. *La lucha por el Derecho*.

A. Introducción

Este trabajo pretende investigar un particular asunto relacionado con la administración de justicia en nuestro país. Se trata de analizar y evaluar la utilización que hacen los ciudadanos, de ciertos mecanismos "informales" en la resolución de sus conflictos; es decir, medios extra-judiciales que evitan que la administración de la justicia o la operación de tribunales cumpla con su cometido constitucional.

Si bien este trabajo tiene un alto contenido pragmático precisamente por tratarse de una materia que no está explícitamente legislada o sistematizada, debo aclarar que en algunos aspectos, tiene pleno asidero en disposiciones y principios constitucionales y en algunas normas secundarias de nuestro ordenamiento. Por ello, si bien la investigación se ha fundamentado en estudios y sondeos propios de la interrelación diaria de los ciudadanos, he debido también enmarcarme dentro del contexto general del ordenamiento jurídico costarricense, en cuanto da cabida a la solución de los conflictos a través de medios extrajudiciales.

El desarrollo del trabajo lo hago de la siguiente manera: primero una pequeña referencia a ciertos principios jurídicos y disposiciones legales que en nuestro país tienen especial influencia en el tema tratado; en segundo término, un análisis general de actitudes de ciudadanos y profesionales en derecho en cuanto a la utilización de esos mecanismos informales que evitan la operación de los tribunales; en tercer lugar, describo algunas formas concretas de esos mecanismos y por último, una somera evaluación de la eficacia de esas formas o alternativas.

Debo aclarar también que para la elaboración de este trabajo, me he basado en gran medida, en los resultados de una pequeña encuesta que hice aproximadamente a setenta abogados,

todos ellos con oficina o bufete profesional abierto al público, es decir profesionales "litigantes". La muestra fue escogida al azar, tratando de contar con abogados del área metropolitana, así como con profesionales de las provincias.

También efectué ciertas entrevistas y llevé a cabo conversaciones informales con funcionarios y empleados de una entidad pública de numeroso personal. Estos contactos tuvieron como objetivo el profundizar más en las razones que dan fundamento a los mecanismos informales investigados, así como el evaluar su eficacia, ventajas y desventajas.

2. *La solución de conflictos fuera de los tribunales y su respaldo en el ordenamiento jurídico*

El tema general que me ocupa, debe ubicarse dentro del gran campo de la "aplicación del derecho", es decir, esa área teórico-práctica de la Ciencia del Derecho, que se preocupa de analizar y sistematizar todo lo relacionado con la vigencia social de las normas jurídicas, así como su ejecución y aplicación por parte de los individuos en una determinada sociedad.

En términos generales y siguiendo a *Latorre*, puede aceptarse que la aplicación del derecho se da en los dos niveles fundamentales: el ámbito de acción de los particulares y el de la acción reservada a los tribunales.

"Bajo su aparente sencillez, la frase aplicación del Derecho encierra algunos equívocos. El derecho se aplica cuando los ciudadanos ajustan sus conductas a las normas que aquél establece". "Dichos actos producen sus efectos normales en muchos casos y no suscitan ningún litigio. Nos encontramos aquí con lo que puede llamarse la aplicación pacífica del Derecho".

"Otro sector importante es llevado, en cambio, ante los órganos que el Estado especialmente tiene destinados a resolver este tipo de problemas, es decir a 'aplicar' el Derecho a los casos concretos que susciten por la razón que sea, la intervención estatal".¹

Luis Díez Picazo tocante al mismo asunto expresa que "... el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas; se configura y se define como 'aplicación del Derecho'.²

Es claro entonces que desde un punto de vista teórico y fundamentándonos en principios o doctrinas de la Ciencia del Derecho, es decir su ordenamiento. Esta clase de "aplicación", se manifiesta o se plasma mediante infinidad de actos y acciones, que consciente o inconscientemente llevan a cabo las personas en su vida cotidiana. Podemos pensar aquí en los miles de contratos de compra venta que se hacen día a día al adquirir mercancías en una tienda, pulpería, almacenes de víveres; al comprar un tiquete en un estadio o en un cine, etc. En igual forma, por el hecho de cancelarse un abono de una obligación contraída a plazo o a crédito; o el entregar una cosa que fue prestada, implica repetidas aplicaciones del derecho por parte de los individuos.

Perfectamente podríamos llamar a este tipo de acciones, todas ellas en concordancia con el ordenamiento jurídico, como una "aplicación armoniosa del Derecho". Tales actos y contratos tienen como común denominador: el de provenir de ciudadanos o particulares, y el hecho de no involucrar un conflicto de intereses; no existe en estos casos una desaveniencia o "pleito" de por medio.

Tales situaciones, por no tratarse de mecanismos que evitan el caer dentro del ámbito de la administración de justicia, han quedado fuera de los límites de este trabajo.

La aplicación del derecho en manos de los individuos, si bien no está elevada a norma constitucional explícita en nuestra Carta Magna, sí puede inferirse del contexto de otras disposiciones de la misma. Me refiero a los artículos 28 y 43 de la Constitución Política.

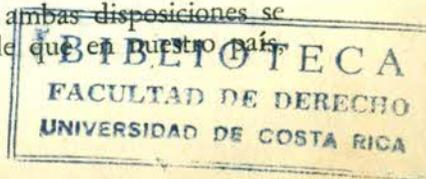
El primero de ellos, sea el artículo 28, en su párrafo segundo establece que:

"Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". (subrayado es mío)

El artículo 43 por su parte señala que:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

Como puede observarse, del texto de ambas disposiciones se puede sin problema extraer la conclusión de que en nuestro país,



todo ciudadano tiene la posibilidad de solucionar sus problemas o conflictos, sin acudir necesariamente a los tribunales de justicia, y aun habiendo acudido a ellos. Evidentemente que tales "arreglos extrajudiciales" que se establezcan entre las partes involucradas en el problema, como típicas acciones privadas, deberán ajustarse a las disposiciones de la moral, al orden público y no perjudicar a un tercero; de lo contrario, estarían sujetas a la acción de las leyes.

Un productor de naranjas que ha incumplido su obligación de entregarle a otra persona una cierta partida de ese fruto, no se coloca fuera de la acción de la ley y por ende evita ser llamado a un tribunal, si para ello cumple con la entrega, robando las naranjas de su vecino.

• A nivel de legislación secundaria, nuestro Código de Procedimientos Civiles en su artículo 3º señala: "A nadie puede obligarse a intentar una acción". Asimismo los artículos 467 y 468 del Código de Trabajo, al tratar aspectos del procedimiento en esta materia, establecen en forma imperativa para el juez, la convocatoria de las partes en conflicto, a una "comparecencia de conciliación. Debe el funcionario en estos casos no sólo convocar, sino proponerle a las partes, diferentes medios de solución del conflicto, incluso "... *Haciéndoles ver la conveniencia que un arreglo tiene para ellos*". (subrayado es mío.)

Esta solución de desavenencias entre particulares, podríamos decir, tienen en nuestro país un respaldo legal de cierta relevancia en los niveles secundarios del ordenamiento. A nivel constitucional, su cabida es más vasta y amplia.

3. *Actitudes de los ciudadanos y abogados frente a la solución de los conflictos a través de medios informales*

Del resultado de la encuesta que hice, se perfilaron, ciertas "actividades" o tomas de posición de los abogados frente a la posibilidad de utilizar medios extrajudiciales en la terminación de un problema o bien frente a la posibilidad de tener que presentar el mismo a un tribunal de justicia.

Antes de analizar aquellas actitudes de más relevancia, debo aclarar que las respuestas a la encuesta se enmarcaron dentro de la actual forma de administración de justicia en el país, excluyén-

dose pues, eventuales ideas o pareceres de abogados litigantes frente a posibles cambios de esa administración y de los códigos procesales.

Algunos criterios y argumentos que más se esgrimieron, son las siguientes:

1) El particular (cliente) cuando acude a los servicios de un abogado, por lo general ya ha tratado por sí mismo de solucionar el conflicto acudiendo a mecanismos informales;

2) Por lo general, el abogado antes de plantear el asunto ante un tribunal de justicia, efectúa gestiones con la otra parte, tendientes a solucionar extrajudicialmente al conflicto;

3) Una vez presentado un asunto ante el tribunal, existe cierta expectativa de parte del abogado (o los abogados), de que el mismo se solucione mediante mecanismos informales, es decir obviando el proceso;

4) Las expectativas de arreglo, aumentan, si dentro del juicio existe la posibilidad procesal de la conciliación; y

5) El abogado y su cliente, en los casos en que resultan beneficiados con la sentencia de primera instancia, prefieren la posibilidad de un "buen arreglo" que continuar con los procedimientos ante las Salas de Casación.

Tratemos de enfocar un poco más cerca cada una de estas actitudes.

En el primer caso citado, prácticamente todos los abogados entrevistados manifestaron que su cliente antes de solicitar sus servicios, ya había realizado una o varias gestiones tendientes a solucionar el problema por ellos mismos o al menos, fuera de los tribunales. Denota esta postura por parte de los ciudadanos o un extremado celo o apego a la ley, o bien un temor o aversión a los tribunales.

Personalmente creo que si bien la contestación a esa interrogante requiere de estudios más profundos de tipo sociológico y psicológico, los motivos de esa persistencia por solucionar fuera de corte el problema, son variados. Quiero con esto decir, que en algunos casos lo será por plena coincidencia con los principios o valores que informan el ordenamiento jurídico, y en otros, por medio de la acción de las leyes o fobia a los tribunales por su

intrincado proceso y por su engorrosa tramitación. Asimismo no puede descartarse el peso que tiene en la mente del particular, el costo involucrado en la preparación y desarrollo de un litigio, costo que incluye el esfuerzo, el dinero y el tiempo invertido en ello.

"El Estado puede forzar a que se obedezca a sus leyes —arguye Hirsweber—; sin embargo, los individuos no acatan o guardan fidelidad a las leyes exclusivamente porque les aterricen las consecuencias de la desobediencia. Se ajustan a las leyes escritas o no escritas porque temen sanciones estatales sociales, pero también porque perciben como propios principios, las normas sociales y los sistemas de normas que "internalizan...".³

Personalmente creo que en un gran número de situaciones, esa tendencia por arreglar el problema extrajudicialmente, está influenciada por ese "acoplamiento" o armonía que existe entre los valores de la persona y aquellos que el ordenamiento posee o persigue.

De todas maneras, repito, aunque mis consideraciones al respecto sean de corte especulativo, sí considero de suma importancia el investigar más profundamente las razones esenciales que mueven a los ciudadanos en nuestro país a tomar esas acciones. En el caso de este trabajo, resulta difícil extraer conclusiones al respecto, por cuanto como lo dije al inicio del mismo, la encuesta se manejó básicamente a nivel de los abogados litigantes. Una ampliación de este estudio debería también ahondar sobre la incidencia de este fenómeno a nivel urbano y a nivel rural, ya que estoy seguro de encontrar diferencias notorias.

Nuestros campesinos son muy dados a solucionar sus desavenencias personalmente, es decir sin intermediarios, y sin acudir al papel o documento escrito; para ellos el concepto de "palabra empeñada" tiene un valor no sólo al momento de realizar actos o negocios jurídicos, sino también cuando arreglan un problema fuera de los tribunales. Esta situación varía sustancialmente en las zonas urbanas donde día a día, se acentúa más la tendencia a hacer constar por escrito los términos del arreglo, o bien efectuarlo ante testigos presenciales.

En el segundo caso, la actitud bastante mayoritaria de los abogados fue afirmativa e n cuanto a la anuencia de buscar una solución al conflicto antes de presentar el asunto a los tribunales. Es interesante hacer notar que, esta postura en su mayoría no

obedece a una insinuación por parte del cliente, sino a una iniciativa del mismo abogado. Sólo en pocos casos, el abogado contestó que sí haría tales negociaciones bajo la condición de que el cliente se lo insinuara. Yo interpreto que el abogado al mostrar su conformidad con esta práctica, en realidad no es que está de acuerdo en establecer contactos no autorizados con la otra parte, sino que *motu proprio*, le sugiere a su representado de esa alternativa, como algo viable.

Razones que se esgrimen para fundamentar esta postura son las siguientes: a) evitarle al cliente las molestias del litigio; b) soslayar el costo pecuniario procesal y el tiempo y esfuerzos involucrados; c) evitar el tener que pasar por un largo proceso judicial; y d) obtener más rápidamente las pretensiones que se lograrían mucho tiempo después.

Considero que de las argumentaciones dadas, se desprende una gran preocupación de parte de los abogados costarricenses por lo prolongado de los juicios, sea el tiempo que transcurre desde su iniciación hasta su sentencia en última instancia. Incluso, se da este fenómeno en relación a la sentencia de primera instancia y de aquí se desprenden lógicamente otras de las razones apuntadas como costos, tiempo y esfuerzo invertidos.

La tercera actitud señalada, es tan sólo una derivación de la anterior, por cuanto no significa otra cosa que la expectativa que tiene fundamentalmente el abogado —sin excluir la del cliente—, de poder llegar a un arreglo extrajudicial del problema. Del resultado de la encuesta se puede observar que el grado de esperanza por alcanzar ese arreglo una vez iniciado el juicio, se disminuye bastante, e incluso varios abogados descartaron esa posibilidad como factible. Sin embargo, tomando en cuenta las razones que se dan para justificar la segunda postura, no creo que sea congruente el desestimar en forma definitiva esta alternativa de conciliación, una vez iniciado el litigio. Es posible que la posibilidad de éxito o no de ese arreglo, dependa en esta situación no sólo de la posición del abogado (u abogados), sino de otras personas tales como familiares o amigos de las partes.

En cuarto término mencioné otro argumento cual es el de que las expectativas por parte del abogado de llegar a una solución fuera de juicio, se aumentan si dentro del mismo existe una fase procesal de conciliación.

Tal es el caso de nuestro procedimiento laboral en donde existe la convocatoria obligada por parte del juez, a una conciliación entre las partes. En dicha fase procesal, debe el juez insinuarle a las personas y abogados presentes, sobre las ventajas que un arreglo significaría para ellos. Los abogados litigantes en nuestro país estamos acostumbrados a ver con mayor o menor acuciosidad, como el juez dentro de esa etapa, invierte muchos minutos y horas con el afán de que las partes lleguen a un arreglo que haga terminar el juicio.

De allí que los abogados entrevistados en su gran mayoría, mostraron especial interés por este tipo de procedimientos conciliatorios. El procedimiento laboral es considerado en nuestro medio como más flexible y ventajoso que otros como el civil, mercantil o administrativo.

Debe observarse que el hecho de que un procedimiento determinado ofrezca una fase conciliatoria, implica el paso obligado de las partes por la misma, significando esto en muchos casos, la presencia física y cercana de quienes están en conflicto, junto a sus abogados y frente a los funcionarios de justicia. Es por ello que si bien, en otros procesos las partes también pueden arreglar extrajudicialmente sus diferencias a pesar de no existir esa fase conciliatoria, el efecto o a la posibilidad de que ello se logre, disminuye bastante. La conciliación encajada en el proceso, viene a servir de foro obligado para las partes dentro de un ambiente de solemnidad y respeto, tan necesarios en esos momentos de discordia y conflicto. Cuenta además este mecanismo, con la participación de varios profesionales en derecho y de los mismos funcionarios de justicia, que con su vasta experiencia y sabiduría colaboran en la búsqueda de la mejor solución para todos.

Por último, deseo analizar la actitud asumida por los abogados entrevistados en los casos en que su cliente resulta favorecido con la sentencia de primera instancia. Ante tales situaciones, prácticamente todos coincidieron en que no había expectativas en llegar a un arreglo extrajudicial. Si la otra parte decidía apelar, se proseguiría con el procedimiento en la instancia superior y caso contrario se tramitaría la ejecución de sentencia.

Sin embargo la respuesta no fue la misma en tratándose de recursos ante la Sala de Casación. Varios de los abogados manifestaron que ante esta situación, tanto ellos como su cliente sí

volvían a tener serias expectativas por buscarle una solución de tipo informal al problema. Si bien de las contestaciones a esas preguntas no puede sacar razones al respecto, si lo hice mediante consultas posteriores a algunos de los entrevistados, sobre todo a aquellos que habían manifestado su preocupación.

Motivos que se me dieron para justificar esa postura fueron:

- a) Tiempo muy prolongado que requiere casación para fallar el caso;
- b) Tiempo y esfuerzo que requiere el litigante, para preparar, tanto el recurso como la contestación, en razón de su extrema formalidad; y
- c) Premura del cliente por obtener lo pretendido, aunque sea mediante un arreglo a esas alturas del litigio.

Podemos notar que alguna de esas razones, coinciden bastante con las esgrimidas para sustentar otras de las actitudes antes analizadas. Sí debe preocuparnos mucho de que si bien la primera parte del proceso, puede que por diversas circunstancias aceptables el mismo se prolongue, no pareciera lógico ni oportuno el que lo mismo suceda ante la Sala de Casación, en donde el caso ya ha sido objeto de amplio análisis, debate y prueba. Por el contrario, considero que en una fase de revisión de lo actuado de la envergadura de casación, situada en la cúspide de la administración de justicia, el procedimiento debiera ser simplificado, y las solemnidades atenuadas de tal forma que las partes en el menor tiempo posible, pudieran saber del resultado de sus gestiones. "Es la manía de litigar —dice una frase citada por Ihering— el puro amor al embrollo, el deseo ardiente e irresistible de hacer daño al contrario"; el rechazo de la misma es de obligado recibo.⁴

Considero muy grave el hecho de que las partes después de haber debatido ampliamente sus argumentos ante un tribunal (o más), y/o hayan hecho uso de este complicado servicio público con todos los costos de la Corte por el solo hecho de tener que prolongar más el litigio ante las salas de más envergadura en el país. Significa esto en muchos casos de espera y mucho dinero involucrado a manera de salarios, útiles de oficina, papelería, esfuerzo y tiempo de muchas personas. Es por ello el que considero urgente el que tal situación se estudie con seriedad con el fin de buscarle una pronta solución integral.

4. *Algunas formas concretas de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar fuera de la Corte sus diferencias*

Tanto de las contestaciones a la encuesta como de los resultados de ciertas entrevistas e investigaciones que hice en el área metropolitana de San José, puede concluir en la existencia de ciertas formas específicas que utilizan los ciudadanos, con el objeto de evitar a los tribunales de justicia. Los mecanismos que citaré no pretendo decir que sean los únicos ya que siendo el Derecho una ciencia social por excelencia, implica la puesta en práctica de una inmensa amalgama de acciones humanas producto de la necesaria interacción social. "Vivir es cabalmente —dice el ilustre maestro *Recasens Siches*,— estar preocupados en algo, preocupados, vivir es tenerlo planteado constantemente el problema de uno mismo con el mundo que lo rodea y es tener que irlo resolviendo en cada momento".⁵

Por otro lado, formas de conciliación que pudieren estar en boga tiempo atrás, se pueden haber visto modificadas o puestas en desuso por los inevitables cambios socioeconómicos del país, así como por la ingerencia de la tecnología y los medios de comunicación. Con el cambio de los sistemas de producción y las formas comerciales o de las relaciones familiares, se modifican también los mecanismos de arreglo de los problemas que surgen entre los particulares. Los medios conciliatorios que citaré son entonces algunos de los que existen y que juzgué importantes para este trabajo:

- a) La solución del conflicto en forma directa entre los individuos involucrados; (solución directa sin intermediario).
- b) El acudir una o ambas partes a los servicios de un abogado, para que éste busque la solución al problema (solución mediante profesional-abogado).
- c) La solución que se da mediante arbitraje de tercera persona que no es funcionario judicial; (solución mediante arbitro).
- d) El aceptar el arreglo que propone la Gerencia General, o los departamentos de cobranza o de crédito de las empresas privadas o públicas; (solución mediante profesional no abogado).
- e) El aceptar el arreglo que propone un Juez (solución mediante magistrado).

- f) Acudir a la intervención de un amigo común a las partes (solución mediante amigo).

Analicemos un poco más en detalle tales formas. La primera de ellas, sea la que denomino de "solución directa sin intermediario" es la que más frecuentemente se da en nuestro medio, tanto urbano como rural. En cierta medida, podría tenerse como una "aplicación armoniosa" del derecho antes analizado, por cuanto si bien ha habido una violación de un contrato o el incumplimiento de una obligación en general, las partes en forma espontánea y sin acudir al concurso de otra persona, deciden voluntariamente solucionar su diferendo.

Dentro del Derecho de Familia tiene una amplia acogida este mecanismo de solución de conflictos, especialmente, aquellos que se dan entre los cónyuges o entre éstos y sus hijos. También se presenta mucho en el campo de las relaciones comerciales o en el de las laborales.

Para este trabajo, tal como lo dije al inicio del mismo, efectué ciertas entrevistas o conversaciones con funcionarios y empleados de un ente público, habiendo la mayoría de esas personas manifestado una especial predilección por esta forma. Varias razones se me dieron para justificar su utilización, sobresaliendo la de que entre dos personas adultas y educadas, toda desaveniencia puede ser zanjada o de que "lo cortés no quita lo valiente". Asimismo se esgrimió en varias oportunidades el argumento del costo del proceso y el tiempo que él involucra.

Al preguntárseles a esas personas qué medio de comunicación habían usado o usarían para hacer el contacto, pude observar que en la mayoría de los casos se mencionó el teléfono. Esto me lleva a concluir que la posibilidad de que se efectúen más arreglos extrajudiciales en forma directa, está en relación directa, con las innovaciones en las comunicaciones en una determinada comunidad. En Costa Rica por ejemplo, en 1970 habían 35.706 teléfonos instalados siendo ese número de 132.694 diez años después.⁶

La segunda forma señalada, implica el acudir antes a un abogado (o bien ante los abogados de las partes involucradas), para que sea éste profesional, el que busque alternativas de solución al conflicto. Este es un mecanismo también bastante usado

en nuestro medio, no sólo porque los ciudadanos lo propicien, sino porque también los mismos abogados tienen la tendencia a buscarle esta solución antes de proceder a presentar el caso a los tribunales.

Esta postura resultó confirmada en la encuesta hecha a esos profesionales entrevistados. Tenemos aquí que en realidad el abogado (o abogados), realizan una labor similar a la del juez ya que oyendo los hechos expuestos por las partes, e incluso en cierta medida probados por ellas, aplican el Derecho, buscando en la legislación disposiciones que se ajusten a la solución quasi-sentencia) que plantea. Se trata de una aplicación bastante silogística de la norma quizás, pero sin embargo, real y concreta en cuanto al problema que resuelva.

Sobre este tipo de aplicación silogística dice *Díez-Picazo*:

"La doctrina más reciente ha puesto de relieve, sin embargo, que la operación jurídica o judicial no es tan sencilla como a primera vista parece. Ante todo, porque muchas veces no es una operación puramente lógica, y porque, en cuanto operación lógica, reviste una complejidad mucho mayor que la que la doctrina tradicional suponía".⁷

En realidad, sería difícil el exigir a un abogado que interviene en la solución de una diferencia, el que aplique criterios o formas científicas de aplicación del derecho, tal como lo hace el magistrado; sin embargo sí es importante desde el punto de vista práctico de los posibles efectos de esa solución y de su viabilidad, el que dicho profesional actúe con serenidad, disciplina y profesionalismo.

Una diferencia notable entre la forma directa y ésta, es que en la mayoría de los casos, la intervención de un abogado culmina con un arreglo que se hace en documento público o privado. La variedad de contenidos de estos arreglos por escrito es inmensa y van desde la firma de un vale o pagaré satisfaciendo una deuda no documentada, hasta la estructuración de complicados contratos.

Razones de relevancia que fundamentan este mecanismo, son la seriedad y formalidad que el abogado le da al arreglo, así como el agotamiento previo de la conciliación directa. Lógicamente también se citan como argumentos el del tedio de un proceso largo y los costos que él conlleva.

Una tercera forma analizada para los efectos de este trabajo, es la de la utilización en las contrataciones, de una tercera persona que no es parte de la administración de justicia, es decir no es juez. Este tipo de mecanismo he observado que se utiliza mucho en los contratos de construcción de una obra o bien en ciertos convenios de servicios técnicos o especializados. En el texto del contrato se incluye una cláusula específica que señala el procedimiento a seguirse para casos de conflicto o discrepancia entre las partes, así como la designación de la persona mediadora. Pocas veces es ta persona es un abogado, ya que en tratándose de materias muy técnicas, resulta más lógico la elección de otro tipo de profesional. En el fondo, la tarea de este "mediador" se circunscribirá a decir por ejemplo si hubo o no falla estructural; o si el hormigón tiene la contracción de mezcla adecuada para soportar el peso de la edificación, etc.

De las investigaciones hechas y de mi experiencia como abogado, he observado que en muchos de estos casos, antes de proceder judicialmente, las partes pasan por la antesala del arreglo directo o del arreglo mediante abogado.

Una cuarta alternativa muy usada en nuestro medio es la de la mediación o intervención de las secciones o departamentos de crédito y cobranza de las empresas privadas y en algunos casos de las públicas, para buscarle solución a un conflicto.

La extensa utilización de esta forma pude apreciarla como resultado de las entrevistas y conversaciones que tuve con funcionarios y empleados de una entidad estatal, sin menoscabo de la propia experiencia profesional. Día con día son más variados los arreglos que se efectúen en las salas u oficinas de este tipo de departamentos, quienes cuentan con personal especializado con cobranzas, créditos, contaduría y abogacía. En algunos casos, tales oficinas son vitales dentro de la organización general de la empresa, ya que por lo amplio del crédito que se otorga a los clientes que adquieren sus productos, la rapidez de la recuperación dependerán de la eficiencia de estas secciones. Por esta razón, cuando un cliente entra en mora en sus pagos, si bien la empresa comercial tiene facultades para establecer juicio ante los tribunales, en la gran mayoría de los casos, prefiere gestionar un arreglo "informal" con esa persona.

En algunas compañías, se ha llegado incluso a preparar una fórmula o documento de arreglo, en la cual el interesado propone

al departamento de cobro una determinada solución la cual es estudiada por los técnicos para su aprobación, rechazo o sugerencia de otra alternativa. Esta situación particular se da también en oficinas públicas, como es el caso de la Oficina de Cobros de la Dirección General de Tributación Directa, la cual día a día resuelve decenas de casos evitando así el pase a los Tribunales.

Por la naturaleza de las transacciones de índole comercial o civil, este tipo de fórmulas no tiene cabida en el derecho de familia. Sin embargo en otros países el consultorio de "Consejeros matrimoniales de familia", se convierte en cierta medida en una antesala para la solución de conflictos conyugales.

La intervención de un juez que propone una solución al conflicto, es otra fórmula informal utilizada en nuestro medio. Sin embargo su aplicación en la práctica se circunscribe al procedimiento de conciliación que se da obligadamente en los juicios laborales, tal como se analizó en la parte "A" de este trabajo. Es importante recalcar el hecho de que la mayoría de los abogados entrevistados mediante, la encuesta, inclinó por ampliar este mecanismo, a otros procedimientos.

Esta alternativa bien podría tener cabida dentro del procedimiento civil ordinario, sobre todo en los juicios ordinarios en donde se debaten intereses y derechos de muy variada índole. En igual forma, podría establecerse dentro del procedimiento del Derecho de Familia, el cual ofrece amplio margen para la creación de tribunales interdisciplinarios formados por abogados, sociólogos, sicólogos y trabajadores sociales.

Una última forma expuesta en este trabajo, es la común en la que una tercera persona por lo general amiga de las partes en conflicto, media o interviene para solucionar el mismo. Este tipo de mecanismo informal se da mucho en los problemas de índole conyugal o matrimonial, así como en los comerciales y civiles.

La intervención de esa tercera persona o amigo común fundase en consideraciones más de tipo sentimental o de amistad que en cuestiones técnicas legales o mercantiles. Es ésta una diferencia marcada con las otras formas analizadas. Generalmente se recurre a personas no sólo por amistad sino por vínculos familiares con las partes desavenidas. La visita a cada una de ellas; la llamada telefónica o el encuentro "casual" en algún otro sitio

de trabajo o esparcimiento, son medios comunes en este tipo de intervención informal.

Si el mediador logra cierto tipo de arreglo, por lo general no estará en la posición de redactar documento alguno ya que su labor es la de buscar una fórmula conciliatoria que una vez aceptada se cristaliza ante otra persona que generalmente es un abogado.

5. Conclusiones:

Resulta sumamente interesante desde el punto de vista de la aplicación real del derecho por parte de los particulares, el analizar ciertas formas de tipo "informal", sin cuya existencia probablemente, los tribunales estarían más atiborrados de litigios, la justicia quizás sería más lenta y la paz social estaría más amenazada. La aparición de todos estos mecanismos analizados en esta investigación es el producto de la interacción social; del cotidiano quehacer humano que con su inventiva y su anhelo de paz y armonía, acude a alternativas pragmáticas para la solución de los problemas. Es esto lo que algunos autores llaman "derecho viviente", costumbres con relevancia jurídica, o "jus vivens". "La costumbre jurídica, según opinión de José Castillo Farreras... actúan paralelamente a la ley. En tanto que la ley debe ser y es en la mayor parte de su ámbito territorial, el derecho consuetudinario no oficial... debe ser y es sólo en ciertos islotes a donde la ley no llega sino únicamente en ese su aspecto atenuado, imperceptible y etéreo de deber ser formal, sin ser". (subrayado es del autor).⁸

Es tan amplio el ámbito de operación de tales mecanismos en Costa Rica, que la propia Constitución Política los limita, sólo en el tanto en que vayan en contra de la moral, el orden público o perjudiquen a un tercero.

Por ello, las formas aquí expuestas no pueden tenerse sino como ejemplos relevantes de ellas en nuestro medio, sin menoscabo de otras que actualmente son utilizadas o que en el futuro se desarrollarán.

Las diferentes alternativas analizadas, así como las razones que las justifican creo que nos muestran una serie de ventajas y puntos de vista negativos que paso a detallar.

Como puntos de vista positivos de esos mecanismos, considero los siguientes:

- a) Los mismos permiten que el orden jurídico adquiera mayor vigencia y positividad;
- b) Representan una amplia colaboración de los particulares con el rol esencial de la administración de justicia;
- c) Significa una aplicación práctica y eficaz de ese ordenamiento por parte de los ciudadanos; y
- d) Fortalecen los fines de seguridad, paz y armonía sociales que busca el sistema jurídico.

La trascendencia de estas ventajas desde el punto de vista jurídico y social es a mi juicio enorme. Significan las mismas un aporte valioso de los ciudadanos al mantenimiento del orden jurídico y de la armonía general. Por otro lado, la misma administración de justicia se beneficia grandemente con dichos mecanismos ya que ellos permiten que, muchos de esos conflictos sean eficazmente solucionados. De no existir los mismos, esas desavenencias tendrán obligadamente que dilucidarse ante los tribunales de justicia, lo que causaría problemas de atiborramiento, aumentaría los costos de esa administración que probablemente se haría más lenta y afectaría la seguridad de las relaciones sociales.

El mismo sistema jurídico resulta robustecido con la existencia de estas alternativas "informales" ya que las mismas significan conductas individuales o sociales de las personas, que buscan un acomodamiento o concordancia con los contenidos y los fines de las normas. Resulta pues tal situación en una mayor vigencia y positividad de todo el ordenamiento.

Estamos frente a una administración de justicia "sui-géneris" producto de una serie de prácticas sociales, económicas y culturales, que en definitiva coadyuvan con los fines básicos del ordenamiento.

"En esta observancia habitual y sin conflicto de lo que el derecho dispone, reside precisamente su fuerza y su eficacia. Conciérne insistir en este extremo porque por razones muy explicables, la atención de los juristas e incluso de los profanos se fija más en el otro aspecto de la aplicación del Derecho.⁹

Insisto en mi criterio de que si bien el cumplimiento normal armonioso de las normas por parte de los particulares, le da eficacia y positividad, también la utilización de formas conciliatorias entre ellos, cuando ha habido un conflicto, produce tales beneficios típicos del mundo jurídico. La existencia de tales mecanismos de armonización de interés en conflicto, tienen no sólo un significado estrictamente legal, representan una serie de actitudes que calan en lo profundo del ser humano y que son manifestación sin duda alguna, del grado de madurez general de un pueblo. De allí que a mi juicio, entre mayor sea el número, formas y situaciones conciliatorias que se practiquen efectivamente en una comunidad, mayor también será el bagaje cultural y su desarrollo.

Las formas de solución de conflictos investigadas en este trabajo pueden presentar ciertos inconvenientes. En algunos de los mecanismos utilizados por los ciudadanos para arreglar sus problemas fuera de los tribunales podría argüirse que la intervención de personas ajenas a la Ciencia del Derecho, o a las funciones especializadas de la administración de justicia, puede causar perjuicios a las partes involucradas. La carencia de profesionalismo en el campo jurídico por parte de esos mediadores podría empeorar en ciertos casos el conflicto existente. Este argumento si bien no lo puede comprobar directamente en la experiencia diaria, si afloró de algunas de las conversaciones que sostuve con abogados entrevistados.

La crítica es entendible en la medida que las negociaciones que los particulares y sus mediadores legos en el Derecho entablan no tienen por objeto la aplicación precisa de normas jurídicas o la confección de contratos o convenciones sino la de armonizar intereses en conflicto, precisamente para evitar la confrontación dentro de un tribunal de justicia. Se trata de arreglos en los que ambas partes desavenidas ceden en algo de sus pretensiones a fin de finiquitar el problema. En ese "toma y daca" propio de estas mediaciones, una parte que pretendía se le pusiera en posesión de por ejemplo un tractor por el cual pagó puede aceptar la devolución del precio sin intereses con tal de normalizar el asunto. Incluso esa parte en muchos casos preferirá asumir los gastos que haya incurrido hasta la fecha, producto de sus gestiones de recuperar la cosa objeto del contrato, tales como transporte, viáticos,

honorarios, etc. La forma como se llegue al arreglo en estos casos presenta cuadros muy variados y si bien, no representa una expresa aplicación de códigos o de normas jurídicas, si tiene correspondencia con el ordenamiento jurídico, a que en definitiva sirve de marco general para estos arreglos informales.

La médula de esta crítica que puede hacerse a este tipo de mecanismos analizados, estriba entonces en los perjuicios que esos mediadores no profesionales en Derecho, pueden causar con su intervención. Los abogados somos conocedores en una forma u otra de conflictos que llegan a nuestro conocimiento, una vez que los interesados han tratado de arreglarlos por sí mismos o con la mediación de algún familiar o amigo y que precisamente por su impericia, los han complicado más, a tal punto que la intervención del mismo litigante no queda sino limitada a la presentación del caso ante los tribunales. Sin embargo creo que afortunadamente esa no es una regla general y que por el contrario, tales formas de conciliación producen frutos positivos y valiosos para el ordenamiento jurídico y la comunidad en general.

6.—Notas

- 1 *Latorre, Angel*. Introducción al Derecho. Ariel. Barcelona, 1971, pgs. 83-85.
- 2 *Diez Picazo Luis*. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Ariel. 1973, p. 208.
- 3 *Hirsch-Weber Wolfgang*. La Política como Conflicto de Intereses. Ed. Tecnos. Madrid 1972, p. 206.
- 4 *Ibering Rudolf*. La lucha por el Derecho. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1974, p. 21.
- 5 *Recasens Siches Luis*. Introducción al Derecho. Ed. Porrúa, México 1970, pgs. 17-18.
- 6 Información obtenida del Depto. de Teléfonos Públicos del Instituto Costarricense de Electricidad. Agosto de 1980.
- 7 *Diez Picazo*, op. cit., p. 210.
- 8 *Castillo Farreras José*. Las Costumbres y el Derecho. Edit. Sep. Setentas, México, 1973, p. 88.
- 9 *Latorre Angel*, op. cit., p. 86.

EL NUEVO DERECHO DEL MAR*

Dr. Gonzalo J. Facio

* Conferencia dictada en la Universidad Nacional, Heredia, el 12 de noviembre de 1980.