

Comité Editorial

Prof. L. Pereznieto
Prof. A. Mendoza
Prof. J.A. Graham
Lic. R.Lobo
Prof. F. Gorjón

Directores

Prof. J.A. Graham
Lic. R. Lobo

Secretario General

Prof. F. Gorjon

Partenarios institucionales



2001

M&A.net



Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje

Número 1

INDICE

EDITORIAL

Prof. Dr. Leonel Pereznieto Castro

CROSS CULTURAL DISPUTE RESOLUTION

Prof. Dr. Antonio Mendoza

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. SOLUCIÓN A LA IMPETRACIÓN DE LA JUSTICIA

Prof. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez

GRUNDLEGUNG Y LEX CONTRACTUS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Prof. Dr. James A. Graham

LA DELOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE VIRTUAL

Prof. Dr. J.A. Graham

ARBITRAJE ON LINE EN MATERIA DE NOMBRES DE DOMINIO. INTRODUCCIÓN A LA UDRP.

Gabriel Martinez Medrano

EL OSCURO OBJETO DEL DESEO O DE QUÉ ESTAMOS DISCUTIENDO CUANDO DISPUTAMOS ACERCA DE ALGO. UNA PERSPECTIVA PSICOANALÍTICA.

Prof.Lic. Juan Tausk

BREVES

MATERIALES

Irma Lovera De-Sola

Venezuela: Anteproyecto de Ley de Mediación

Prof. Lic. Juan Tausk

*Argentina: Proyecto de Ley de Mediación voluntaria Ciudad Autónoma de Buenos
Aires*

EVENTOS

Editorial

Prof. Dr. Leonel Pereznieto Castro¹

Catedrático, UNAM, México D.F.

La mediación y el arbitraje se han convertido en nuestros días en temas de gran actualidad y no es por accidente sino obedece a una realidad en México y en el mundo. Las razones son varias, valga sin embargo mencionar algunas de ellas. A nivel interno, la mediación se ha constituido en un medio de auxilio excepcionalmente valioso para los tribunales nacionales. Uno de los casos más relevantes es el de la Argentina en donde en poco más de una década se consolidaron los procedimientos institucionales de mediación previos para que los asuntos en materia familiar y comercial pudieran ser presentados a los tribunales de ese país. Hoy en día se han reportado más de cincuenta mil casos resueltos por ese medio que de otra manera hubieran llegado para su resolución judicial a los tribunales. Este ejemplo ha demostrado que un sistema adecuado de mediación ha sido importante para descargar a los tribunales de un gran número de casos lo que les permite ahora dar mayor atención a los casos que solo pueden resolverse por la vía judicial. En menor medida pero con un éxito semejante, la mediación ha sido un instrumento valioso en Colombia, por mencionar solo dos de los ejemplos más importantes en Latinoamérica. Con antecedentes de esta naturaleza, varios estados de la República mexicana se encuentran hoy discutiendo la pertinencia de adoptar sistemas semejantes de mediación, incluyendo un proyecto que actualmente es discutido en el seno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

En el caso del arbitraje la experiencia es más antigua y se encuentra más difundida, hoy en día existen varias instituciones administradoras de arbitraje en las principales ciudades del país. El Estado de Nuevo León fue pionero en la modificación de su Código de Procedimientos Civiles al incluir al arbitraje como método de resolución de controversias. En la actualidad ya son pocos los contratos de naturaleza internacional que no llevan cláusula arbitral. Los cursos, seminarios y coloquios en esta materia son frecuentes y un número mayor de jueces mexicanos conoce ya la naturaleza del arbitraje lo que tiende a facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos.

De ahí que la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, sea un valioso aporte a la literatura jurídica sobre el tema. Su fundador y promotor el Dr. James A Graham, destacado y entusiasta joven académico, profesor de la Facultad Libre de Monterrey, ha diseñado una revista como lo exigen los tiempos modernos, a través del Internet a fin de que los suscriptores puedan accederla de forma inmediata y además, sirva para integrar muchos de sus conceptos dentro de las investigaciones que realicen

¹ Abogado. Arbitro. Investigador Nacional. Fundador y profesor de la Maestría en Derecho internacional privado de la Universidad de Sorona. Profesor en el ITAM, México D.F. Profesor de Postgrado de la Escuela Libre de Derecho. Fundador del Seminario Nacional de Derecho internacional privado y comparado. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado. Miembro del Despacho *Von Wobeser y Sierra*, México D.F.

Por el perfil del profesor Graham es de esperarse que la revista tenga la periodicidad que se propone y sobretodo, que su contenido sea de calidad lo que en definitiva redundará en beneficio de los lectores y de la necesaria cultura de la mediación del arbitraje no solo en México sino en toda Latinoamérica.

Dr. Leonel Pereznieto Castro

Cross Cultural Dispute Resolution

Prof. Dr. Antonio Mendoza

Strauss Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law, United States

International dispute resolution is a topic that is generating great interest in the international community. The globalization phenomenon is resulting in an increasingly inter-connected world. This inter-connection is bringing about more frequent interaction between groups that once existed in relative isolation from each other. The benefit to the community of nations is in becoming aware of the richness of the cultural tapestry that makes up our world.

However, the interaction is also resulting in culture-driven conflicts that in turn results in disputes. As more interaction occurs between culturally diverse groups it will be natural to see the number of disputes grow as well. The disputes will eventually wind up in the hands of professionals trained in dispute resolution processes. The need then becomes apparent for training in the area of cross-cultural dispute resolution.

The Strauss Institute for Dispute Resolution² of Pepperdine University School of Law, addresses this need through a course³ that " ... surveys the impact cultural differences have on dispute resolution processes. It integrates theories of dispute resolution with an analysis of differences in dimensions of culture including language, customs, values, and world-views. The course explores the way cultural differences can impact a variety of dispute resolution processes including negotiations, mediation, arbitration, and litigation. The course is designed to equip the student with an analytical framework within which he or she may evaluate and use dispute resolution processes from variety of cultural backgrounds" In the cross-cultural study you examine the effect that differences in culture have on the resolution of disputes primarily using negotiation and mediation as the dispute resolution processes.

This article addresses cultural dimensions, the nature of conflicts and disputes, dispute resolution processes, and the application of the various factors in dispute resolution.

Cultural Dimensions

Culture is an accumulation of beliefs, customs, and values of an identifiable group of people. It manifests itself through patterned behavior using verbal and non-verbal communication techniques. Values are an integral part of culture. Values, and the world-

² The Strauss Institute for Dispute Resolution -- a part of Pepperdine University School of Law -- is a nationally recognized institute for the training of professionals in the dispute resolution area.

³ The materials used for the course are from Cross- Cultural Negotiations and Dispute Resolutions, Readings and Materials, Grant R. Ackerman, Editor, Rutgers University

views they drive shape our basic conclusions of what is good or bad, what should or should not be, and about what is right and what is wrong.

Culture, and the related values and world-views provide a lens through which the observer views the world. As such, it affects the process and content of inter-cultural communication. The familiar is seen as good while the unfamiliar is seen at best strange, and at worst, bad. The essential characteristic of a cross-cultural communicator is the ability to see something as different, without attaching a value judgment. Something that is different is merely different -- not necessarily inferior or superior.

The Nature of Conflicts and Disputes

Disputes arise from conflicts. And conflicts develop from differences of opinion on facts, values, and/or interests. The differences of opinion relating to values emerge from the conception of what is true. We make this determination when we view the world through the lens of our cultural values and world-views.

The mental maps, constructed through culture provide the framework for our decision making. We may not even know we have a mental map of a particular event. We believe we are seeing reality while in fact it is merely our perception of reality.

Dispute Resolution Processes

Once a dispute has occurred the question becomes -- how can the dispute be resolved? There are a variety of procedures wherein disputes are resolved. The first two that may be engaged in by the parties are avoidance and self-help. Avoidance merely postpones the day of reckoning. The underlying factors that caused the dispute do not go away. The dispute is merely ignored. Self-help is often the result when avoidance is initially pursued until the dispute cannot be ignored any longer and unilateral action is taken to resolve the dispute. The avoidance and self-help alternatives are unfortunately, quite commonplace in cases involving intercultural disputes.

Training in cross cultural dispute resolution has as its ultimate goal the resolution of disputes through the process of negotiation and mediation. To a lesser extent it deals with arbitration and litigation.

Application

The values that form an integral part of each persons culture creates a mental map that we use, often subconsciously, to make sense of the world around us. This map is also described as a paradigm or model that we use to formulate opinions of how "things out to be." The problem of course is that the decision of how "things ought to be" is distorted by our cultural lenses.

The essential teaching in the cross-cultural course is to help the student recognize the existence of their own paradigm and through this recognition help to discover a person's

own level of being bound to their culture. Once this self-recognition is achieved the person can better distinguish the values and world-views of the other party. After having this change in paradigm, the possibility of committing the cognitive errors of attribution and stereotyping can be lessened and a satisfactory resolution of disputes can be achieved.

Medios Alternativos de Solución de Controversias. Solución a la Impetración de la Justicia

Prof. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez⁴

Catedrático, UANL, Monterrey, México

Los MÁSC o ADR a nivel internacional se presentan como una opción viable al conflicto de la impetración de la justicia, algunos de ellos son considerados como la panacea de los comerciantes, refiriéndome exclusivamente al arbitraje comercial⁵ ante el hecho del incremento de los conflictos entre particulares a raíz de los efectos de la globalización. Sin embargo su alcance no se circunscribe únicamente a la materia comercial⁶.

Para comprender la magnitud del problema de la impetración es necesario que mi argumentación se base en hechos reales, comprobables como un conjunto de razones y pruebas de la realidad observable⁷, ya que de no ser así no tendría ningún sustento científico, entendiéndose que el derecho es una ciencia⁸ y como tal debe ser dinámica por lo que su contenido esta sujeto a la permanente confrontación lo que hace posible mejores formás de convivencia social⁹ los MÁSC o ADR.

Erigiéndose entonces los MÁSC o ADR como un paradigma del derecho, entendiéndolo este como una modelo de reflexión, mismo que nos obliga el debate y el debate a la evolución.

Por lo regular cuando se investiga sobre un tema determinado en nuestro caso los MÁSC o ADR, pretendemos que nuestro punto de partida sea un problema, pero surge la disyuntiva de si este problema es teórico o práctico¹⁰. Sin embargo, la aplicación de los MÁSC o ADR se origina de una necesidad social, situándonos entonces en ambos casos.

⁴ Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la UANL, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miembro de la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional del CAMECIC. Miembro Supernumerario de la Academia Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C.

⁵ V. Cremades, Bernardo M. "El Arbitraje Comercial Internacional en una Economía Globalizada". *RAC*. Enero 2000. México. Pag. 55.

⁶ V. WWW.internationalADR.com.

⁷ V. Weston, Anthony. *Las Claves de la Argumentación*. Ed. Ariel. Barcelona, 1994. Pag. 19.

⁸ V. Fix-Zamudio, Hector. *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*. Ed. Porrúa. México, 2000. Pag. 55.

⁹ V. Ponce de León Armenta, Luis. *Metodología del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1999. Pag. 3.

¹⁰ V. Tamayo y Tamayo, Mario. *El Proceso de la Investigación Científica*. Ed. Limusa. México, 2000. Pag. 80.

Los MÁSC o ADR taxativamente son 4: La negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, los tres primeros procedimientos autocompositivos y el último heterocompositivo¹¹, actúan ante la existencia de un conflicto¹².

Es necesario destacar que los MÁSC actúan y operan necesariamente si existe la voluntad de las partes, sin ello, no se pueden considerar funcionales, ya que su principal característica es el espíritu de autocomposición de las partes, basándose en el *petitum* de las mismas.

Existe la tendencia a confundir su terminología técnica, lo que se conoce como el efecto de la judicialización de los MÁSC o ADR, ante este conflicto su operatividad se anula, puesto que quienes visionariamente se aventuran a su utilización, tienden a generar las mismas condiciones de un proceso judicial lo que rompe con sus más elementales características, por estar acostumbrados al sistema adversarial.

Por ello es necesario puntualizar que no estamos ante un proceso judicial, si no ante un procedimiento como lo mencione anteriormente ya que según Dorantes Tamayo define que ante la existencia de un conjunto de actos relacionados entre sí, que tienden a la realización de un fin determinado nos encontramos ante un procedimiento, pero cuando este su fin es resolver un litigio, será proceso judicial¹³.

En el mismo sentido Cipriano Gómez Lara afirma que debemos entender por proceso judicial el conjunto complejo de actos del Estado como soberano de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo¹⁴, caracterizándose por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio dándose la sumisión de las partes a este, ante la monopolización de la impartición de la justicia por el Estado, mientras que el procedimiento puede manifestarse fuera del campo estrictamente procesal.

Siguiendo la misma lógica estamos ante la presencia de una controversia o un conflicto y no ante un litigio, ya que señalamos que existe *litis* cuando estamos en un proceso judicial.

Conflicto significa la percepción de una divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultáneamente o conjuntamente¹⁵.

¹¹ V. Silva, Jorge Alberto. *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Ed. Pereznieto. Pag. 9.

¹² V. Vinyamata Camp, Eduard. *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos*. Ed. Ariel Practicum. Barcelona, 1999.

¹³ V. Dorantes Tamayo, Luis. *Teoría del Proceso*. Ed. Porrúa. México, 1998.

¹⁴ V. Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Ed. Trillas. México, 1998.

¹⁵ V. González-Capitel Martínez, Celia María. *Manual de Mediación*. Ed. Ateiler. Barcelona, 1999. Pag. 21.

Carnelutti establece que el conflicto puede dar lugar a una actitud de la voluntad de uno de los sujetos, concretada en la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio, esta exigencia se conoce como pretensión¹⁶, misma que se puede dar en dos planos, cuando el conflicto de intereses ha sido ya compuesto en una instancia judicial o fuera de este en un MÁSC o ADR, lo que la doctrina ha denominado conflictos agonales¹⁷.

Ante este hecho puede ocurrir que por dicha pretensión, el titular del interés opuesto se decida a su subordinación en un segundo plano, en tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico del conflicto (MÁSC o ADR), pero con frecuencia no sucede así, situándose en el primer plano, entonces, la pretensión del titular de uno de los intereses en conflicto se opone a la resistencia del titular del otro, cuando esto ocurre el conflicto de intereses se convierte en litigio¹⁸, por operar en la esfera del juzgador que conoce y resuelve el objeto mismo de la controversia¹⁹, identificándose como el punto de partida o causa determinante del proceso²⁰.

De igual manera se tiende a mencionar que un arbitraje, es un juicio arbitral y ello es un error, lo mismo cuando se señala que el árbitro dicta una sentencia, y lo correcto es un laudo, es cierto que al laudo se le equipara a una sentencia, como de igual forma trae aparejada ejecución y se le considera cosa juzgada, siguiendo la misma lógica se debe de entender como cosa arbitrada, con el fin de dotar de una seguridad jurídica a lo decidido por el árbitro²¹, a diferencia de lo que sucede con los demás MÁSC o ADR.

Algunos tratadistas incluyen dentro de los MÁSC a la transacción, debido a que esta se da de forma extraprocesal, pero también de forma intraprocesal, considero que efectivamente la transacción es una forma de terminar con una controversia²², pero también con un litigio²³.

Estoy de acuerdo en que se le incluya, sin embargo, la tradición procesalista la inclina a formar parte del proceso judicial²⁴, *per se* la bondad de esta figura jurídica le permite estar de los dos lados²⁵. Esto es que un procedimiento arbitral puede terminar por una

¹⁶ V. Carnelutti, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ed. Oxford University Press. Pag. 46.

¹⁷ Para profundizar más sobre el tema V. Freud, Julian. *Sociología del Conflicto*. PUF-press Universitaires de France. Paris, 1983. V. Milia, Fernando A. *El Conflicto Extrajudicial*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina, 1997.

¹⁸ Op.cit. núm. 13.

¹⁹ V. Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*. Ed. Themis. México, 1994.

²⁰ V. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Ed. UNAM. México, 1970. Pag. 18.

²¹ Para profundizar en lo anterior ver el capítulo tercero sobre de los Presupuestos del Laudo en Gorjón Gómez, Francisco Javier. *Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos*. Ed. McGraw Hill, México, 2000.

²² V. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Ed. Cajica. México, 1996. Pag. 1143.

²³ V. Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967. Pag. 542.

²⁴ V. Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México, 1993. Pag. 499. En el mismo sentido V. Art. 2044 del Código francés, Art. 1809 del Código español, Art. 779 del Código alemán y Art. 832 del Código argentino.

²⁵ V. Valpuesta Fernández, Ma.R. *Derecho de las Obligaciones y Contratos*. Ed. Tirant lo Blanch. España, 1994. Pag. 758.

transacción intraprocesal, que a efectos de su estricta definición es una transacción extraprocesal, más sin embargo será homologada como laudo, como podría suceder que se eleve a categoría de cosa juzgada previa intervención de un juez, como lo señala la normativa aplicable según sea el caso y el lugar²⁶.

Una vez que nos hemos situado teóricamente en el contexto de los MÁSC o ADR, señalare de forma sucinta la experiencia internacional en cuanto a su desarrollo y aplicación, para después desdoblarse toda la problemática social que existe por la no aplicación de los mismos, para después definirlos y señalar sus características en contraposición al proceso judicial.

En países como Estados Unidos la gran mayoría de los conflictos se solucionan vía ADR y un porcentaje mínimo por la vía Judicial²⁷. En Argentina de igual manera su aplicación es obligatoria a determinadas materias²⁸, y no se diga del caso de Colombia llegando al grado de que los árbitros gozan de coercitividad²⁹ en algunas partes del procedimiento, algo que en México estamos muy lejos de realizar, que por una parte resulta conveniente, ante la existencia de una ignorancia en su utilización y aplicación, se generaría una anarquía.

Estamos ante un problema de cultura, ya que nuestro marco jurídico nos permite su utilización, en el caso Jalisco el artículo 282 BIS del CPC del Estado prevé la conciliación, sin embargo, no se utiliza y esto es culpa tanto del aparato Judicial del Estado, por una falta de preparación y negación a los MÁSC, como del abogado que prefiere la vía del litigio, señalado anteriormente como procedimiento adversarial, generándose un doble interés, el de su cliente y el personal ya que por conveniencia buscara ganar más en relación a sus honorarios y ello es un gran error.

Todo esto nos conduce a señalar que esto es un problema social, no exclusivamente jurídico.

- El problema de la impetración de la justicia es grave, la solución no es crear más juzgados;
- Existe una falta de profesionalización y especialización en quienes imparten la justicia en México, es cierto que dentro de los actores del Derecho el que más sabe es el juez, pero este no puede ser todólogo;
- Existe un rechazo de los MÁSC por el Poder Judicial, prueba de ello la no utilización del 282BIS no circunscribiéndose este conflicto solo al caso Jalisco o México, Colombia y Argentina padecen de los mismos, por señalar un caso;

²⁶ V. Transacción, Contrato de, Celebrados en Forma Extrajudicial. Tienen Calidad de Cosa Juzgada y es Procedente su Ejecución en la Vía de Apremio. *Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS9*.

²⁷ V. www.adr.org

²⁸ V. Álvarez, Gladis S. Highton, Helena I. Jassan, Elías. *Mediación y Justicia*. Ed. Depalma. Argentina, 1996. Pag. 119.

²⁹ V. *Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial*. Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. Santa Fé de Bogotá, 1993. Pag. 56.

- No se conocen los MÁSC por la sociedad en general y principalmente por los empresarios o comerciantes;
- Los programas de gobierno federal, estatal o municipales relativos a los MÁSC no funcionan adecuadamente y no existe un plan para consolidarlos;
- Los esfuerzos por impulsar los MÁSC por instituciones privadas son desorganizados, aislados, sin visión social y nacional, al grado que algunas instituciones han llagado a desacreditar al arbitraje;
- La no aplicación de los MÁSC trae como consecuencia la perdida millonaria de los sectores productivos del país, de la sociedad en general y del mismo poder judicial, hay estadísticas que un 20% de la terminación de los juicios por sentencias se da por acuerdo de las partes;
- Las instituciones rectoras del desarrollo económico del país ignoran los MÁSC.

La necesidad de la utilización de los MÁSC la resumo en cuatro puntos, refiriéndome de forma específica al arbitraje comercial, ante el hecho de existir un marco jurídico *ad-hoc* que permite su utilización y del contexto internacional que vive México. Este el más pequeño de nuestros problemás, ya que el arbitraje a nivel internacional esta consolidado, más no el arbitraje domestico y de los otros medios ni hablar.

Primero. Se va a llegar el momento en que nos veremos forzados a suscribir cláusulas arbitrales, si es que queremos seguir exportando o importando bienes o servicios;

Segundo. La cláusula arbitral se ha convertido en una cláusula de estilo en todo contrato. Imaginemos nosotros como abogados, evitarnos el problema de fijar la competencia, ya no digo los términos legales o las notificaciones, si existe reciprocidad... etc.

Tercero. A nivel interno se desconoce totalmente, no existe el arbitraje domestico, a excepción del arbitraje de la PROFECO, que yo lo considero un arbitraje oficial, el número de arbitrajes resueltos en comparación al número de asuntos resueltos por conciliación, no llega al 1%, y hay que considerar que los asuntos ventilados en una delegación representan apenas la carga de dos juzgados mercantiles, un aproximado de 7,000 asuntos, sin embargo el 80% de estos 7,000 se resuelven vía conciliación, empero, una conciliación forzada. Lo que quiere decir, que aún con los esfuerzos de este arbitraje que algunos autores y la misma Procuraduría lo han denominado de consumo no refleja más que un gran atraso. Sin embargo los grandes resultados de la conciliación de la PROFECO, son un modelo a seguir y a perfeccionar. Considerando la experiencia de otros países tenemos una desventaja de más de una década y me atrevo a decir que de más, en relación a nuestros principales socios comerciales.

Cuarto. La actuación de la vía judicial es critica. Analicemos estadísticas en relación a la materia comercial. Un juzgado recibe aproximadamente 3500 demandas por año. Si contabilizamos 10 juzgados de materia mercantil para tener números redondos nos da un TOTAL: 35, 000 asuntos. Son resueltos por juzgado 700 asuntos por sentencia. TOTAL 7000. Porcentaje de efectividad del 20%.

Terminan por otras causas 7,000 asuntos, que representan 20 %. Esto significa: Pendientes por dictar (en proceso) 21,000 que representa un 60 % estas son cifras anuales³⁰. No contamos los asuntos pendientes de otros años.

En fin, podría seguir señalando una infinidad de problemás, pero ante esta panorámica es necesario que actuemos, no podemos estar inertes ante semejante caos.

Es necesario definir cada uno de los MÁSC o ADR y señalar sus características, en contraposición al proceso judicial, con el fin de resaltar sus bondades y dejar a un lado todas las bisicitudes que implica acudir a la vía jurisdiccional y el sistema adversarial.

Negociación.

Es un proceso durante el cual dos o más partes con un problema o un objetivo, mediante el empleo de técnicas diversas de comunicación, buscan obtener un resultado o solución que satisfaga de manera razonable y justas sus pretensiones, intereses, necesidades o aspiraciones³¹.

Características:

- 1.- Busca un beneficio mutuo dentro de un clima de confianza y de objetividad;
- 2.- Incumbe a toda la sociedad (no es limitativa en cuanto a personas o materias);
- 3.- Es una actividad competitiva (comercio)³².

Antes de señalar las características de la mediación y de la conciliación he de resaltar, que la negociación se da aún que no exista un conflicto y en la mediación y la conciliación entendiéndolo como MÁSC siempre estará presente un problema, ya que el conciliador o mediador lleva a las partes a lograr una negociación³³, diferenciándose también en las técnicas a utilizar, ya que como lo destaque la negociación es una actividad competitiva, pensemos en la negociación de un tratado o de un negocio común y corriente.

Mediación.

Es un medio de solución de controversias en el que las partes son guiadas por un tercero para llegar a una solución³⁴.

Características³⁵:

³⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Información de los 85 juzgados que conforman el Poder Judicial del Estado de Jalisco, periodos 1997,1998, hasta julio de 1999 (materia mercantil). Pendiente su actualización al 2001.

³¹ V. Colaiácao, Juan Luis. *Negociación Moderna Teoría y Práctica*. Ed. Jurídicas Cuyo. Argentina, 1998. Pag. 19.

³² Idem. Pag. 36

³³ V. Falcón, Enrique M. *Mediación Obligatoria*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. Pag. 17.

³⁴ V. Garber, Carlos A. *La Mediación Funciona*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996. Pag.10

- Las partes son guiadas por un tercero. Solas solucionan el conflicto.
- Participan conjuntamente con el tercero.
- El tercero tendrá que ser un experto en la materia.
- Satisface intereses particulares y no públicos (privados)
- No existe un proceso predeterminado.
- El proceso termina en el momento en que lo dispongan las partes.
- No es vinculante
- No hay ganador, ni perdedor.
- Las partes designan el lugar del proceso y del idioma.
- Rápido y económico.
- El cumplimiento del resultado será voluntario.

Conciliación.

Es un proceso que consiste en la actividad de un tercero, nombrado por las partes interesadas, que persigue ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso, ya sea jurisdiccional o arbitral³⁶.

Características³⁷:

- El tercero propone la solución. Persuade a las partes.
- Se le considera una etapa previa al arbitraje.
- El tercero tendrá que ser un experto en la materia.
- Satisfacción de intereses particulares y no fines públicos.
- Se pueden apegar a reglamentos previamente establecidos por Instituciones arbitrales. (CCI, AAA, PROFECO etc.)
- Terminación del proceso en el momento en que lo dispongan las partes.
- No es VINCULANTE.
- El conciliador formula un informe.
- Designación del lugar del proceso y del idioma.
- Rápido y económico.
- El cumplimiento del procedimiento será voluntario.

Diferencia con la mediación.

A) El conciliador asume como objetivo persuadir a las partes de la ventaja de la conciliación como proceso extrajudicial y extraarbitral.

B) El conciliador resuelve el conflicto y propone tal solución, pero no se impone como el árbitro o los jueces.

³⁵ V. Lascala, Jorge Hugo. *Aspectos Prácticos en Mediación*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. V. Singer, Laura R. *Mediación. Resolución de Conflictos*. Ed. Paidós. España, 1996.

³⁶ V. Alvarado Velloso, Adolfo. "La Conciliación". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Enero, tomo I, San Sebastian, España, 1989.

³⁷ V. Peña Bernaldo de Quiros, Carlos Mauro. *El Arbitraje. La Conciliación. Los Modos Anormales de Términación del Proceso*. Ed. Comares. Granada, 1991. Pag. 103.

C) El mediador sólo propone una formula de composición.

Arbitraje.

Es el procedimiento por excelencia para la resolución de controversias en el comercio internacional y a nivel interno en algunos países³⁸.

La anterior definición atiende estrictamente a su sentido práctico, a sus características y a su aplicabilidad, sin embargo, es necesario que definamos al arbitraje de una forma estrictamente jurídica.

Es un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes enaltecendo el *pacta sun servanda*, en el cual las partes someten a un particular, árbitro, sus diferencias, que actuara según sus *potestas*, bajo la tutela del principio *erga ormes* basado en el *Ius Mercatorum* o *Lex Mercatoria* y en la *lex fori*.

Características³⁹:

- Es un proceso especializado, menos ritualista y rápido.
- Es simple e informal.
- Armoniza la relación comercial, no se pierde.
- Satisfacción de intereses particulares y no fines públicos.
- Confidencial como proceso.
- El proceso se desarrollará conforme a derecho o en equidad.
- Se desarrolla de forma institucional o *Ad - Hoc*.
- Es vinculante.
- Se equipara a las sentencias.
- El o los árbitros dan la solución, son expertos en la materia.
- Designación del proceso y del idioma por las partes.
- Designación del derecho aplicable al fondo del conflicto por las partes.
- Se toman en cuenta principalmente la *lex mercatoria*.
- No trae consecuencias económico-sociales.
- Tiene un carácter desnacionalizado y eminentemente internacional
- Su cumplimiento será voluntario o forzoso.
- Termina en forma de laudo o por transacción homologada como tal.
- Otorga una seguridad jurídica, en relación a la medición y la conciliación.

³⁸ V. Gorjón Gómez, Francisco Javier. "Arbitraje Comercial. Paradigma del Derecho". *Revista Latinoamericana de Arbitraje Comercial*. www.servilex.com.pe.

³⁹ Idem.

Transacción.

Es una forma autocompositiva en donde las partes se hacen recíprocas concesiones y llegan a un acuerdo que soluciona el conflicto⁴⁰. Siendo las mismas partes las que solucionan el conflicto y no el árbitro o el Juez.

Características:

- Las partes se hacen concesiones, para llegar a un acuerdo.
- Surge dentro del proceso arbitral o judicial.
- Puede ser privado o público. Depende del proceso.
- Podrá ser en derecho o en equidad. Depende del proceso.
- Dentro del proceso judicial es un contrato regulado por el C. Civil.
- Las partes deciden la solución antes que el árbitro o el juez.
- Se homologa por el o los árbitros en forma de laudo. Art. 1447. C.Com.
- Su regulación varía de un Estado a otro.

Jurisdiccional.

Es un proceso que se basa estrictamente en la interpretación de las leyes de un estado determinado, sobre supuestos determinados⁴¹.

Características:

- Proceso tutelado por el Estado.
- Aplicación estricta del derecho.
- No hay flexibilidad en las reglas del proceso.
- Monopolización del proceso por parte del juez.
- El juez interpreta la ley, nunca las necesidades de los comerciantes o de las partes.
- Es un proceso lento.
- Trae consecuencia económico-sociales.
- Proteccionista (nacionales).
- Falta de especialidad del juez en la materia motivo del litigio.
- Se pierde la relación comercial.

En conclusión, los MÁSC nos representa el fin de la búsqueda, hablando de impetración, sus características nos conduce a la aplicación de normas de una forma más racional, de una forma más especializada, de una forma más equitativa y justa.

El peso de estas características es realmente singular, las cuales necesariamente tendrán que ser cobijadas por nosotros los abogados, que nuestra principal característica, como actores del derecho ya sea el juez, el legislador, el litigante o el jurista, es aplicar el verdadero espíritu de las leyes, con una esencia realmente social que para ello fueron creadas, no para ser vilipendiadas o prostituidas como sucede actualmente.

⁴⁰ Op.Cit. núm. 19.

⁴¹ V. Chioyenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal*. Ed. Harla. México, 1994.

Es momento de que el arbitraje y los ADR dejen de ser un paradigma del derecho, covirtamoslo en una realidad, es cierto que un paradigma es un modelo de reflexión, que motiva al debate y este a su vez a la evolución, al perfeccionamiento...., pero dejémoslo a un lado, que ese debate no se centre ya sobre si los ADR son buenos o no....., que se centre el debate en su implementación inmediata....., que la sociedad los conozca y los utilice y que dejemos de lado los singulares problemás de la vía jurisdiccional.

Tenemos en nuestras manos la gran oportunidad de acabar con la impetración de la justicia, todos que los conocemos los MÁSC o los ADR no podemos ignorar esta misión, porque en México no existe una cultura de los MÁSC o ADR.

Par terminar el presente estudio, solo quiero hacer una gran reflexión.

"CREAR UNA CULTURA DE LOS MÁSC EN MÉXICO, ES HACER HISTORIA, ES CAMBIAR LA FORMA DE PENSAR, NO SOLO DE NUESTROS JUZGADORES, SINO DE LA SOCIEDAD EN GENERAL, YA NO PERMITAMOS, QUE LOS ESTUDIOSOS DE LA SOCIEDAD MEXICANA, SIGAN DICIENDO QUE LOS MEXICANOS SOMOS UNOS CONFORMISTAS.

CREAR UNA CULTURA ES HACER HISTORIA, PERO NO LO HAGAMOS SOLAMENTE POR TRASCENDER, HAGÁMOSLO POR NUESTROS HIJOS, EL FUTURO NOS ALCANZO".

Grundlegung y lex contractus en los contratos estatales

Prof. Dr. James A. Graham

Profesor, FLDM, Monterrey, México

Socio, *Lobo & Graham*⁴²

El contrato estatal – el “*State Contract*” según la expresión de F.A. Mann⁴³ – puede ser definido como un contrato internacional en donde una parte es un Estado soberano⁴⁴ y la otra parte una persona privada – persona física o natural. Estos tienen la particularidad que normalmente la ley aplicable es esta de una parte quien puede a cada momento cambiarla y así escapar a sus obligaciones. El Estado puede expropiar los derechos contractuales de la empresa; modificar o anular unilateralmente el contrato; o sin tocar directamente al contrato, modificar su fisonomía, prohibiendo la exportación de los beneficios o aumentar varios impuestos por ejemplo.

I.

Para evitar eso, la primera solución consiste en prever cláusulas especiales: de intangibilidad y de estabilización⁴⁵. La primera tiene por objetivo de prohibir al Estado de usar de sus poderes exorbitantes que tiene de su derecho nacional; la segunda visa a congelar la legislación del Estado en la fecha del contrato. Sin embargo, esta última no tiene mucha eficacia en la medida que ella trata solamente de la *lex contractus*, pero como lo vimos, el Estado puede intervenir de manera indirecta a través de otras leyes como en materia fiscal. Es solamente la acumulación de las cláusulas de intangibilidad y de estabilización que podría en el caso dar una apariencia de seguridad, no obstante si el contrato es sometido al derecho del Estado contratante, pueden ser anuladas por una ley posterior como fue el caso en el asunto *Losinger* en 1934. La segunda solución consiste a hacer regir el contrato por la ley de otro Estado; sin embargo es fácilmente comprensible que un Estado soberano tiene muchas dificultades para aceptar una tal opción. Por eso, la práctica quiere que esos contratos sean sometidos a otras reglas que las del derecho interno del Estado contratante, elegidas por ambas partes y sometidos al arbitraje. Sin embargo, muchas veces, no hay ninguna indicación sobre las reglas aplicables. ¿Cuáles tienen entonces que regir al contrato? La doctrina propuso varias respuestas.

En primer lugar, algunos autores sostienen que tenemos que considerar estos contratos como sistemas jurídicos auto-suficientes – contratos sin derecho⁴⁶. Sin embargo, gran

⁴² graham@lobo-graham.com.

⁴³ The Law Governing State Contracts, *BYBIL*, 1944.11.

⁴⁴ Por la distinción entre contratos que el Estado celebra de *jure gestionis* y los contratos que el Estado celebra de *jure imperii* (que llamamos el “contrato estatal”): Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat, *JDI*, 1986.5.

⁴⁵ Weil, Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économiques, *Mélange Rousseau*, Paris, p. 301.

⁴⁶ Mayer, *op.cit.*

parte de la doctrina critica la teoría, porque no sería posible encontrar las reglas gobernando el contrato⁴⁷. Otros autores sugieren someter esos contratos a un tercer orden jurídico que sería algo como la *lex mercatoria* – el derecho transnacional⁴⁸. Sin embargo, en nuestra opinión la *lex mercatoria* no es un orden jurídico sino un método de identificación de reglas⁴⁹ y, segundo, parece que para estos autores hay un *lex mercatoria general* para los contratos internacional y una *lex mercatoria specialis* para los contratos estatales, sin precisar cual sería la diferencia y el contenido de esa *lex mercatoria specialis*. Obviamente, la idea sería de buscar principios comunes a todos los contratos estatales y a partir de esos principios deducir reglas.

La tercer corriente es defendiendo la idea que estos contratos tienen que ser regidos por el derecho internacional público porque se trataría de un derecho “neutral” y “exterior” a las partes; olvidando que el derecho internacional es el derecho de los Estados y así seguramente no neutral y exterior a una de las partes. Sin embargo, el Instituto de Derecho internacional adoptó en 1979 en su sesión de Atenas una resolución que prevé la facultad por las partes de adoptar el derecho internacional como derecho aplicable⁵⁰ y algunos árbitros retomaron este punto de vista, como podemos verlo en las sentencias *Petroleum Dev. v. Scheikh de Abu Dhabi*⁵¹, *Aramco*⁵², *Texaco-Calasiatic*⁵³, *Liamco*⁵⁴ o *Aminoil v. Kuwait*⁵⁵.

II.

Sin embargo, hay una confusión entre la *Grundlegung* y la *lex contractus*⁵⁶. En otras palabras, las partes pueden incorporar en su contrato así bien una ley estatal como un derecho transnacional o el derecho internacional. Sin embargo, la primera cuestión es, como se lo planteó R-J Dupuy en su sentencia *Texaco*⁵⁷, cual es el orden jurídico que va a dar el valor legal al contrato y autoriza el juego de la autonomía de la voluntad permitiendo a las partes elegir las reglas aplicables al contrato. Como lo notó el tribunal arbitral en el asunto *Aramco* “cualquier contrato no puede existir *in vacuo*, pero debe basarse sobre un derecho”. Las codificaciones modernas como la *Convención de Roma* o la *Convención de México* sobre las obligaciones contractuales prevén como *Grundlegung* la *lex contractus* su mismo. La misma regla ¿se aplica a los contratos estatales?

⁴⁷ Pellet & Daillier, *Droit international public*, 6 ed, Paris, 1999, #642.

⁴⁸ Lalive, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents.*, RCADI, 1983.9.

⁴⁹ Graham, *Les aspects des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*(*Droit international public, droit international privé, droit de l'arbitrage, et commerce électronique*), Tesis doctoral, Universidad de Paris I Panthéon Sorbonne, # 129 sq, www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf.

⁵⁰ Rc 1980.427.

⁵¹ 28/8/51, *ICLQ*, 1952.247 (Lord Asquith of Bishopstone)

⁵² 23/8/58, *Rc*, 1963.272 (Sauser-Hall, Hassan, Habachi)

⁵³ *Texaco-Calasiatic v. Libya*, 19/1/77, *ILM*, 1978.1 (Dupuy).

⁵⁴ *Liamco v. Libya*, 12/4/77, *Rc*, 1980.132 (Mahmássani).

⁵⁵ *Aminoil v. Kuwait*, 24/3/82, 21 *ILM* 976 (1982) (Reuter, Sultan, Fitzmaurice).

⁵⁶ Schnitzer, *Les contrats internationaux en droit international privé*, RCADI, v. 123, p. 586.

⁵⁷ Precitada.

En primer lugar se debe saber que un Estado nunca es presumido renunciando a su soberanía, como nos lo dice la *Convención de Washington* de 1965 y el orden jurídico de base del contrato es consecuentemente presumido ser el derecho interno del Estado contratante, como lo confirmaron la anulación de la sentencia *Klockner v. Camerún*⁵⁸. Es en esto derecho que se debe buscar una regla que permite por ejemplo al Estado y a sus contratantes elegir otro derecho como aplicable al contrato estatal. Esto último puede valer solamente como incorporación, o puede ser en el mismo tiempo la *Grundlegung*, en caso que la regla de conflicto sea la misma como en la Convención de Roma o de México. Si al contrario, hay indicaciones que las partes quisieron sustraer el contrato estatal al derecho nacional del Estado contratante – por ejemplo por una cláusula de estabilización⁵⁹ -, tenemos que buscar otro sistema de validez.

Varios autores defienden la idea que el orden jurídico de base es el derecho internacional⁶⁰. Autoridades como el profesor Mayer replican que el derecho internacional público no puede ser la *Grundlegung* porque el orden jurídico es concebido exclusivamente para los Estados; las personas no son sujetos⁶¹. Sin embargo, en nuestra opinión, las personas son sujetos, más precisamente sujetos derivados de la voluntad de los Estados. Consecuentemente, el Estado puede consentir en un contrato estatal de tratar al contratante particular como su igual – como un sujeto de derecho internacional porque tal es la voluntad del Estado.

Sin embargo, es un hecho que en el derecho internacional público no hay ninguna regla autorizando las partes a elegir un derecho como *lex contractus*. Suponemos que hay un contrato entre el Estado A y la empresa B sobre inversiones y que las partes eligen como *lex contractus* los *Principios Unidroit*: ¿como podemos verificar si una tal opción es válida, si el derecho internacional público general – que tendría que ser el orden jurídico de base – no contiene ninguna regla de conflicto consagrando por ejemplo la autonomía de la voluntad⁶²? La situación es diferente cuando el contrato se inscribe en el marco de un tratado. Así es por el TLCNA que prevé en su artículo 1131 expresamente que los contratos estatales son sumidos a sus principios y a las reglas del derecho internacional, contradiciendo así la tesis que las personas privadas nunca pueden ser sujeto del derecho internacional⁶³.

⁵⁸ Comité ad hoc, 3/5/85, *JDI*, 1987.163, Gaillard.

⁵⁹ Un derecho estabilizado no puede valer como *Grundlegung*, porque no es posible de fijar un derecho objetivo estatal. El derecho fijado juegue entonces como incorporación y no tiene más valor que las otras cláusulas contractuales.

⁶⁰ Mann, *op.cit.* #7 ; Leben, Retour sur la notion du contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci, *Mélanges Thierry*, Paris, 1998, p.246.

⁶¹ Rigaux, Des Dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale, *Rc*, 1978.435, 446.

⁶² El profesor Leben sostiene que el “derecho internacional de los contratos” tiene como primera regla la autonomía de la voluntad (*op.cit.*, #16). Sin embargo, el autor no nos da ninguna prueba de la positividad de una tal afirmación.

⁶³ Leben, Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat, *Mélanges Kahn*, Paris, 2000, p.119.

III.

Por nuestra parte, defendemos el punto de vista que el contrato constituye su propio sistema de validez, su propia *Grundlegung*⁶⁴. Verdross observó en su artículo fundamental⁶⁵ que si el principio *ubi societas ibi jus* se verifica, la reciprocidad es también verdad, esto quiere decir partiendo de la norma meta-positiva (« *überpositiven Rechtsgrundsatz* ») *pacta sunt servanda* una comunidad puede nacer y así formar su propio sistema jurídico auto-suficiente (« *selbständige Rechtsordnung* »)⁶⁶, como en el caso de los contratos estatales por ejemplo.

Sin embargo, Batiffol criticó este punto de vista, diciendo que al inicio se necesita reglas de derecho justamente para saber si hay un acuerdo y en que medida él obliga jurídicamente⁶⁷. En el mismo sentido, V. Heuzé sostiene en su tesis que « la fuerza obligatoria del contrato no proviene de la promesa, sino del valor atribuido a esta promesa. Este valor depende de una norma exterior que solo tiene los medios propios para garantizar la ejecución »⁶⁸. En otras palabras, no hay, según esta corriente doctrinal, contratos si no hay una ley para conferirles su validez, como lo decía la antigua Corte permanente de Justicia internacional:

“Todo contrato que no es un contrato entre Estados como sujetos del derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional”⁶⁹.

Sin embargo nos parece que no es imposible refutar estas objeciones. En efecto, recordemos que estos autores quienes defienden así el positivismo olvidan que esto propicia una jerarquía de normas en donde cada una tiene su validez de una norma superior. Y al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia – la famosa *Grundnorm* kelseniana, que no es nada más que un puro postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. Y Verdross no dice nada más. Es así que él recuerda que cada orden jurídico llamado positivo postula una norma meta-positiva al origen⁷⁰. Pues no es obligatorio considerar que “el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por si mismo” para poder negar que ninguna ley positiva se aplica al contrato⁷¹; el intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es la base del contrato dicho sin derecho. Esto refuta pues el “argumento apodíctico” del profesor Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer estadio al querer ligarse, nada podría impedirla en un segundo estadio a no ser más ligada⁷². Los positivistas tienen la mala tendencia a olvidar que cada orden jurídico, que sea

⁶⁴ *Contra*: Mayer, Le mythe de l' « ordre juridique de base » (ou Grundlegung), *Mélanges Goldmann*, Paris, 1987, p.199.

⁶⁵ « Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958.635.

⁶⁶ *Op.cit.*, p. 640.

⁶⁷ *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956., #32.

⁶⁸ Heuzé, *La réglementation française des contrats français*, Paris, 1990, #115 sq.

⁶⁹ *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, #20/21, pp.41-42.

⁷⁰ *Op.cit.*, p. 641.

⁷¹ *Op.cit.*, #32.

⁷² *Op.cit.*, n° 131.

internacional o nacional, no nació de un *vacuum*⁷³, sino a partir de un encuentro de voluntad para someterse a un *corpus juris*⁷⁴. Y esta auto-limitación resulta bien del principio del *pacta sunt servanda*.

El contrato sin derecho constituye así su propia *Grundlegung*. Como *lex contractus*, las partes pueden elegir otro derecho. Si tal no es el caso, el contrato sin derecho constituye también la *lex contractus*. Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, relevada por Batiffol,⁷⁵ nada impide un contrato de prever de manera detallada varias hipótesis, las hipótesis que faltan siendo resueltas por vía de interpretación. Por cierto, como subrayaron los profesores Daillier et Pellet, “todas las dificultades no pueden ser previstas”⁷⁶, pero ¿podremos decir que el Código civil por ejemplo ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Porqué no sería de mismo en el contrato sin derecho? O como lo subraya el profesor Mayer, por cierto “las reglas son útiles, pero cuando de toda manera se debe inventarlos, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”⁷⁷.

IV.

Sin embargo, en la práctica, las cosas se presentan de otra manera. Como lo notó Pierre Mayer, el árbitro no necesita preguntarse de donde las partes tienen el derecho de elegir las reglas aplicables – en otras palabras no tiene que buscar la *Grundlegung*. Es suficiente para él de constatar que ellos eligieron un derecho⁷⁸, porque él tiene, en ausencia de un forum, su poder de la voluntad de las partes y debe aplicar las reglas que ellos le piden a aplicar. La juridicidad del contrato será realizada en el momento de la ejecución del laudo. Y para el juez estatal, la *Grundlegung* del contrato es siempre su *lex fori* a través de la regla de conflicto que autoriza las partes a utilizar el principio de la autonomía de la voluntad. Así, la teoría de la *Grundlegung* es en práctica superflua.

Conclusión desilusionante para el profesor teórico; conclusión importante para el abogado litigando. Lección de humildad para el académico: él más bello edificio teórico no vale, si no tiene una utilidad práctica, al servicio de los destinatarios del derecho. Sin

⁷³ Al menos de considerar que los ordenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres...pero esto es un otro debate.

⁷⁴ Según Hobbes, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad de prójimo y cada tiene un derecho sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un calculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada traspasa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado (véase: Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, Paris, 1999, n° 2867 ; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2° éd., Paris, 1995) y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

⁷⁵ *Idem.*, # 33.

⁷⁶ P. 1048.

⁷⁷ « La neutralisation du pouvoir...», *op.cit.*, #25.

⁷⁸ Le mythe..., *op.cit.*, p.215

embargo esperamos que la visita a la torre de marfil del autor de estas líneas haya sido al menos interesante ...

La delocalización del arbitraje virtual

Prof. Dr. J.A. Graham

Profesor, FLDM, Monterrey, México

En 1996, dos años después del artículo fundamental del Decano H.J. Perrit⁷⁹, el primer centro de arbitraje virtual fue creado por la Universidad *Mássachusetts at Amherst*⁸⁰ con la filosofía principal que el arbitraje tendría que aprovechar de las nuevas tecnologías. Sin embargo, la idea subyacente era también que los litigios en el espacio virtual tendrían que tener su propio modo de reglamento⁸¹. Desde entonces, muchas otras instituciones han visto el día, no obstante que por el momento sus actividades son todavía limitadas⁸².

Sin duda eso cambiara en un futuro, esto además que el arbitraje virtual tiene por ventaja eliminar también los problemás ligados a la determinación de la jurisdicción competente que de aniquilar las distancias. El arbitraje virtual permite a todas las partes participar al procedimiento desde su residencia respectiva y esto gracias a los nuevos medios de comunicación. A la diferencia del arbitraje tradicional, en el arbitraje virtual no hay contactos “físicos”, quiere decir que las personas no están necesariamente en el mismo lugar y en el mismo tiempo.

Las demandas y los expedientes serán transmitidos vía el correo electrónico. Las audiencias podrán hacerse por *chat* o, de manera más perfeccionada, a través de la visioconferencia. Sin embargo, el Internet al servicio del arbitraje no deja de presentar problemas jurídicos espinosos, porque el arbitraje dicho virtual presenta especificidades tal que algunas veces es difícil entrarlas en el molde actual de las reglas del arbitraje, a empezar por la sede del arbitraje, objeto de la presente reflexión, y más particularmente con relación a la Convención de Nueva York⁸³.

⁷⁹ « Dispute Resolution in Electronic Network Communities », *Villanova Law Review*, 1993.349.

⁸⁰ *Online Ombuds Office* (University of Mássachusetts at Amherst), www.ombuds.org.

⁸¹ En pocas palabras, se trataría de la idea de crear un nuevo orden jurídico – la *lex electronica* – con sus propios tribunales que serían los tribunales arbitrales (véase nuestra tesis doctoral: *Les aspects internationaux de la conclusion et de l'exécution des contrats dans l'espace virtuel (Droit international public, Droit international privé, Droit de l'arbitrage)*, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, # 138 sq, www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf (citada “tesis”).

⁸² Ejemplos de instituciones de arbitraje virtual: *CyberCMAP* (Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris), www.cmap.asso.fr; *Cybertribunal* (C.R.D.P. de la Faculté de droit de l'Université de Montréal), www.cybertribunal.org; *E-resolution*, www.eresolution.ca; *Internet Arbitrator*, www.angelfire.com/free/arbitrate.html; *Global Arbitration and Mediation Association* (G.A.M.A.), www.gama.com; *Virtual Magistrate* (International Center for Automated Information Research), <http://vmag.vcilp.org>.

⁸³ Arsic, « International Commercial Arbitration on the Internet », *Journal of International Arbitration*, 1997.209; Caprioli, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du Cybertribunal) », *Rev. arb.*, 1999. 225; Cona, *Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution*, www.ipwarehouse.com/iplibrary/generalarticles/arbart.htm, 1997, *Internet Arbitration of International Commercial Disputes*, www.ipwarehouse.com/IPLibrary/generalarticles/arbart.htm, 1996; Goldsmith & Lessig, *Grounding the Virtual Magistrate: an NCAIR Conference*, www.law.vill.edu/ncair/disres/groundvm.htm, 1996; Hill, « The Internet, Electronic Commerce and

La cuestión de la localización de la sede no es sin importancia en la medida en que el *locus arbitrii* puede intervenir en algunos casos como para la aplicación de las reglas imperativas de procedimiento de un Estado, la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer los recursos en anulación, la satisfacción de la condición de reciprocidad (cuando sea requerida para la aplicación de las convenciones relativas al reconocimiento y la ejecución de los laudos), o también para el recurso al juez de apoyo. Así, el artículo 1422§ *a contrario* combinado con el artículo 1415 del Código de comercio mexicano subordina la competencia de juez de apoyo mexicano a la condición que el arbitraje tiene su sede en el territorio nacional.

La noción de sede en el arbitraje tradicional comporta dos aspectos diferentes. Por un lado, se trata de una noción material en el sentido en que ella designa un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales como la audiencia de las partes, la firma de la sentencia o su rendición. Sin embargo, se trata también de una noción jurídica designando de manera abstracta el lugar elegido por la voluntad de las partes como la sede del arbitraje. En la mayoría de los casos, los dos lugares se confunden. Esto no impide que sea posible encontrar de manera excepcional una disociación entre estas dos localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar que este designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje. En esta eventualidad, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes para retener como sede la designada por las partes. Así la Corte de apelación de París se debía de subrayar que “la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde la audiencia se tuvo o el lugar efectivo de la rubrica de la sentencia”⁸⁴.

Para el arbitraje virtual, dos hipótesis se presentan, excluyendo inmediatamente la idea de una localización del centro virtual por el emplazamiento del servidor sobre cual se encuentra porque esto es fácilmente deplazable y sobre todo no presenta ningún vínculo concreto con las jurisdicciones de un Estado⁸⁵. O la sede es fijada en un territorio estatal aunque el procedimiento arbitral se hace en el espacio virtual⁸⁶ (A) o la sede es presuntamente localizada también en el ambiente cibernético (B).

Dispute resolution: Comments », *Journal of International Arbitration*, 1998.103; Schneider & Kuner, « Dispute Resolution in International Electronic Commerce », *Journal of International Arbitration*, 1997.5.

⁸⁴ 28 oct. 1997, *Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye*, *Rev. arb.*, 1998.399, note Leurent.

Adde : Cf el art. 20.2 de la Ley modelo de la CNUDMI (1985) y el art. 22 del reglamento de conciliación y de arbitraje de la CCI (1988) que prevén que la sentencia es siempre reputada haber sido rendida en la sede de arbitraje.

⁸⁵ En este sentido: *Arsic, op.cit.*, p. 220.

⁸⁶ Consideramos que el Internet no solamente constituye sociológicamente un espacio, sino además se trata de un espacio internacional en el sentido del derecho internacional público (*Tesis*, # 23 sq; *adde*: Graham, *L'espace virtuel – un nouvel espace international*, Ponencia, Universidad de Milan, 2000, *SmallXchange Journal*, diciembre 2000; Graham, *Der virtuelle Raum - sein voelkerrechtlicher Status*, *JurPc*, Saarbruecken, Alemania, www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19990035.htm).

La sede territorial ficticia

Sea las partes elijan de manera ficticia un lugar de arbitraje situado sobre el territorio de un Estado y ninguna dificultad particular se presenta en la medida en que no hay ninguna objeción para permitir a un tribunal arbitral, por razones de comodidad, de tener las audiencias otra parte que el lugar de la sede – fuera en el espacio virtual⁸⁷.

Esto podría inducirnos a recomendar que las cláusulas compromisorias que prevén un arbitraje bajo un centro virtual deberían también incluir una disposición que fija de manera ficticia la sede del arbitraje en un Estado⁸⁸, además que “los lugares jurídicos como la sede siguen la mundialización, por su admisión como una ficción pura, suelta de la localización material del arbitraje”⁸⁹.

Así es lo mismo con respecto a los derechos estatales que exigen que la rendición del laudo sea localizado sobre el territorio, porque como lo nota el Profesor E. Gaillard al sujeto del derecho francés, no se trata de determinar el lugar en donde materialmente la sentencia fue pronunciada, sino de determinar el “ambiente jurídico” en cual se inserta el arbitraje, entre otras cosas para poder después prever los recursos ante los tribunales estatales⁹⁰.

La sede virtual deslocalizada

Sea las partes quieran fijar la sede en el espacio virtual y reales dificultades se hacen día. Para beneficiar de los tribunales estatales, es posible cierto también elegir una ley procesal de un Estado que esta utilizando este criterio para establecer la competencia de sus jurisdicciones. Sin embargo, esto tiende más y más a desaparecer⁹¹, aunque Francia continúa utilizándolo con respecto el juez de apoyo⁹². Si la elección se porta sobre una ley nacional no permitiendo el embargo de las jurisdicciones de este Estado o sobre una reglamento de arbitraje o sobre la *lex virtualis*⁹³, parece que estamos en un callejón sin salida en la medida que ningún Estado no puede *prima facie* anular el laudo. En total, estaríamos en presencia de una sentencia flotante. Sin embargo, ¿sería realmente un inconveniente? En efecto, el hecho de no poder anular una sentencia no pone a los Estados en una situación de resignación frente de un acto de justicia privada, en la medida que su ejecución o su reconocimiento podrán siempre ser rechazados en el Estado en donde el beneficiario quiere embargar los bienes – ahí hay un real punto de anclaje.

Sin embargo, los laudos que no pueden ser anulados en un orden jurídico estatal de origen ponen problema con relación a la Convención de Nueva York. En efecto, esta se

⁸⁷ En este sentido: Rivière, « Arbitrage », *R.G.P.*, 1999.125.

⁸⁸ En este sentido: Mankowski, *op.cit.*, p. 220.

⁸⁹ Kaufmann-Kohler, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *Rev. arb.*, 1998.517 p. 536 ; Rivier, *op.cit.*, p. 125.

⁹⁰ « Arbitrage commercial international », *Juriscl., Droit international*, Fasc. 586-10, n° 31.

⁹¹ Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité d'arbitrage*, Paris, 1996, n° 93 sq, 1197 sq.

⁹² Art. 1493§2 NCPC.

⁹³ *Tesis*, # 148.

basa sobre un mecanismo Estado de origen – Estado de recepción. En el arbitraje virtual, el Estado de recepción subsistirá en la medida que la mayoría de las sentencias deberán seguro ser ejecutadas en un Estado⁹⁴. Sin embargo, el Estado de origen hace falta porque la sede del arbitraje se encuentra en el espacio virtual. ¿Cómo entonces poder beneficiar de la Convención, cuando esta dispone que su campo de aplicación concierne únicamente sentencias “extranjeras” definidas como estas habiendo sido rendidas sobre el territorio de otro Estado que este en donde el reconocimiento o la ejecución es requisado? Sin embargo, el artículo primero prevé también que la Convención se aplica para un laudo rendido sobre el territorio del Estado de recepción si ella ahí no es considerada como una sentencia nacional. Si entonces una sentencia puede ser extranjera todo en siendo rendida sobre el territorio del Estado nacional, elle debería serlo *a fortiori* si ella fue rendida en un espacio internacional como es el Internet. Esto además que la disposición convencional esta interpretada por la doctrina como autorizando un despego completo del arbitraje con respecto a todo orden jurídico⁹⁵.

Por lo tanto, concedemos que para los Estados aplicando la Convención bajo la reserva de reciprocidad⁹⁶ las sentencias plenamente deslocalizadas en el espacio virtual no pueden ser ejecutadas según las disposiciones de la Convención a falta de haber sido rendidas en un Estado habiendo ratificado la Convención.

En resumen, la idea sería de considerar que la sede del arbitraje se encuentra en el espacio virtual⁹⁷ e interpretar la Convención de Nueva York en el sentido que todos los Estados parte reconocerían una sentencia virtual y pondrían a su disposición sus jurisdicciones⁹⁸. Sin embargo, ciertos autores defendieron vehemente la idea que la sentencias no susceptibles de recursos en anulación no podrían beneficiar de la Convención de Nueva York. El debate se iniciaba al sujeto del antiguo artículo 1717§4 del Código judicial belga excluyendo *ex officio* todo recurso en anulación para los asuntos no teniendo ningún vínculo con Bélgica⁹⁹ y al sujeto del artículo 192§2 de la ley de derecho internacional privado suizo si la facultad de exclusión de todo recurso fue ejercida por las partes – sistema que ha inspirado directamente el nuevo artículo 1717§4 salido de la ley

⁹⁴ Algunas sentencias pueden ser ejecutadas fuera de todo territorio estatal. Es así para estas relativas a la atribución de los nombres de dominio, porque son – al principio – inapelables ante las jurisdicciones estatales y son automáticamente – al principio – ejecutadas por los Registros del Internet (*Tesis*, # 143). Para el arbitraje en materia de los nombres de dominio, véase: Graham, *An Introduction into E-commerce, Cyberbanking and Law*, Bauler, Luxembourg, 2000, #1.2.5 y 7.2.

⁹⁵ Fouchard-Gaillard-Goldman, n° 91 et n° 96.

⁹⁶ Tal no es el caso de México.

⁹⁷ Así el Cybertribunal preve en su artículo 17§2 que « en todos los casos, el tribunal arbitral toma en cuenta las disposiciones del contrato y los usos *existiendo en el 'Cyberespacio'* (subrayado por nosotros) (Caprioli, *op.cit.*, p. 237). Para el CMAP, « la CyberMediación puede ser utilizada: [...] para la totalidad de la mediación, a la exclusión de todo encuentro entre las partes fuera el Cyberespacio » (Presentación de la *CyberMédiation*, en fecha del 1/12/2000, www.cmap.asso.fr). *Contra* : Kaufmann-Kohler, *op.cit.*, p. 532, para quien no se trata de un espacio sino de una red de las redes, sin que el autor se de la pena de demostrar su afirmación, al contrario de nuestra argumentación en nuestra tesis.

⁹⁸ En esto sentido: Arsic, *op.cit.*, p. 220.

⁹⁹ Van Houtte, « La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986.29, spec. p. 36; Keutgen, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 1998.761, n° 77 y la bibliografía citada.

belga del 19 de mayo 1998¹⁰⁰. La mayoría de la doctrina condenó un tal punto de vista contrario al texto y a la lógica de la Convención. En efecto, esta declara aplicarse a las “sentencias extranjeras obligatorias” y no a las “sentencias extranjeras obligatorias pero susceptibles de un recurso en anulación”¹⁰¹.

Parece así que no hay ningún real obstáculo en el sistema instituido por la Convención de Nueva York a la admisión de sentencias rendidas por instituciones de arbitraje deslocalizadas en el Internet – al menos en nuestra opinión. Tendríamos así un sistema mundial¹⁰², uniforme y abierto para resolver los conflictos que *per se* van a ser transnacionales.

¹⁰⁰ « Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque aucune d'elle n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale ».

¹⁰¹ Fouchard-Gaillard-Goldman, n° 1689.

¹⁰² Más de 100 países ratificaron la Convención de Nueva York.

Arbitraje on line en materia de nombres de dominio. Introducción a la UDRP.

Gabriel Martínez Medrano

Abogado¹⁰³.

Introducción.

En el presente artículo nos ocuparemos de esbozar el sistema global de solución de controversias en materia de nombres de dominio de Internet.

Este es un sistema mundial, administrado por ICANN, y en colaboración con la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Tiene la ventaja de ser un sistema rápido y de costos relativamente bajos y sobre todo la virtud de alcanzar a los registrantes de dominios de todo el mundo.

Como todo procedimiento centralizado cuenta con la ventaja de proveer un solo cuerpo normativo, sin necesidad de efectuar reenvíos a la legislación aplicable y permite litigar ante un arbitro internacional, sin necesidad de determinar previamente el juez competente.

La norma básica, que estudiaremos en el presente, es la Política de ICANN para la Resolución de Conflictos en Materia de Nombres de Dominio (UDRP).¹⁰⁴

En esta ponencia examinaremos brevemente las normas sustanciales de la UDRP ya que por cuestiones de extensión del trabajo no podremos incursionar en la normativa procesal que trae la UDRP. Asimismo citaremos alguna de la profusa jurisprudencia arbitral que se está conformando derivada de la resolución de controversias en materia de nombres de dominio.

En honor a la brevedad prescindiremos en este trabajo de algunas cuestiones básicas tales como la introducción al funcionamiento del sistema de nombres de dominio así como la historia del sistema de dominios, limitándonos al análisis de la UDRP y de la jurisprudencia.¹⁰⁵

¹⁰³ Máster en Derecho y Economía de las Nuevas Tecnologías, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina) y Máster en Propiedad Industrial e Intelectual por la Universidad de Alicante (España). martinezmedrano@eudormail.com

¹⁰⁴ Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP).

¹⁰⁵ Para el estudio del sistema de dominios en entre tantísimos otros artículos se puede consultar el artículo de Javier Maestre: PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA JURIDICA DE LOS NOMBRES DE DOMINIO que se puede hallar en www.dominiuris.com (actualización a octubre de 1.998). Asimismo otro artículo completo y que resume la jurisprudencia de EEUU y Europa anterior a la UDRP es el siguiente: TRADEMARK ISSUES IN CYBERSPACE: The Brave New Frontier, autora Sally M. Abel.

La política de resolución de controversias en materia de nombre de dominio en Internet.

La UDRP es el resultado del Primer Proceso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) relativo a los Nombres de Dominio en Internet.

La OMPI, recogiendo las inquietudes de los titulares de derechos intelectuales y de los diversos Estados, puso en marcha un proceso tendiente a establecer un marco para la resolución de controversias en materia de Domain Names.

En 1.998 el Departamento de Comercio de los EEUU había formalizado un documento denominado (MoU) “Memorandum of Understanding” por el cual acordó con una empresa privada ICANN que esta sería la responsable de desarrollar y establecer reglas y procedimientos para la coordinación técnica del sistema de dominios al que se deberían sujetar los registradores de dominios gTLD.

El proceso de la OMPI fue entonces una respuesta a los problemás existentes y culminó con el Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio en Internet. El informe realizó una serie de recomendaciones y propuso un sistema de arbitraje para la resolución de conflictos. Las recomendaciones y el sistema fueron adoptados por ICANN mediante el establecimiento de la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (UDRP), emitida el día 30 de abril de 1.999. (<http://wipo2.wipo.int>).

El día 24 de octubre de 1999 fue aprobado el reglamento de aplicación de la UDRP, especie de Código de Procedimiento para los conflictos de dominios.

El sistema comenzó a funcionar en Enero de 2.000

Aplicabilidad de la UDRP.

La política, como todo sistema de arbitraje, está condicionada a la existencia de una cláusula compromisoria.

En este caso, el artículo 1 UDRP indica que la política se incorpora mediante referencia en el acuerdo de registro, el cual no es sino el acuerdo que suscribe electrónicamente el

www.fenwick.com . También: Loundy, David “A primer on Trademark Law and Internet Addresses.”, www.loundy.com

Recientemente se han publicado en nuestro país tres artículos que abordan la materia: Mercuriali, Carlos “El desafío de las marcas en internet” (La Ley, diario del 6 de julio de 2000) y Bianchi, Roberto “Conflictos entre marcas y nombres de dominio de Internet. ¿Primera aplicación de un derecho global? (La Ley, diario del 6 de junio de 2000). Poli, Ivan “Nombres de dominio y marcas: Piratería en Internet”, Jurisprudencia Argentina, número 6214 del 4 de octubre de 2.000.

particular con el Registro al dar de alta el dominio. El dar de alta un dominio implica el automático sometimiento al arbitraje de la UDRP.

Asimismo, en el momento de inscribir un dominio, el registrante efectúa al registrador las siguientes declaraciones y garantías:

- a) que las declaraciones que ha efectuado en su acuerdo de registro son completas y exactas;
- b) que a su leal saber y entender, el registro del nombre de dominio no infringe ni viola de otra manera los derechos de un tercero;
- c) que no registra el nombre de dominio con fines ilícitos y
- d) que no utilizará a sabiendas el nombre de dominio para infringir cualquier legislación o reglamento aplicables.

Se han levantado críticas sobre la forma compulsiva en que la UDRP establece la forma de elegir los árbitros, ya que la elección de la Institución Arbitral queda en manos del demandante, y el demandado solo puede pedir que se conforme un panel colegiado de tres arbitros, pero no puede recusarlos, ni participar en la elección de la Institución que además cuenta con reglas procesales propias.¹⁰⁶

Disposiciones sustanciales de la UDRP.

La UDRP se limita a las cuestiones de ciberpiratería, tal como se definen su el art. 4º.

La historia legislativa de la UDRP indica claramente que esta no representa un intento de resolver cuestiones de mejor derecho, para ello están los tribunales nacionales.¹⁰⁷

La doctrina norteamericana efectúa una distinción entre los supuestos de conflictos que se pueden suscitar entre un nombre de dominio y una marca:¹⁰⁸

- a) una compañía obtiene en forma legítima un dominio que coincide o es similar a la marca de otra empresa.
- b) Dos empresas con marcas idénticas para distinguir distintos productos o servicios, intentan obtener un dominio.

¹⁰⁶ Helfer, Laurence R. "International Dispute Settlement at the Trademark-Domain Name Interface", Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory, Research Paper N° 2001-9, Abril, 2.001 (Se puede obtener en la biblioteca electrónica de la Social Science Research Network (SSRN) en la dirección http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265922)

El autor citado en la nota señala que la forma de elección de los árbitros es cuestionable.

¹⁰⁷ Cabell, Diane. "Overview of Domain Name Policy Development", Berkman Center for Internet and society, Harvard University.

¹⁰⁸ Tanenbaum, W.A. "Rights and remedies for three common Trademark-Domain name disputes", publicado en Practising Law Institute, Patens, Copyrights, Trademarks and Literary Property Course Handbook Series, PLI Order N G4-4031, Enero 1.998. Citado en el artículo Martínez Medrano y Soucasse "El registro de dominios de Internet en Argentina." Publicada en Revista Derecho y Nuevas Tecnologías, n° 3, Ed ad hoc, Buenos Aires, 2000, p. 247.

c) Una persona registra un dominio coincidente o similar a la marca de una persona para vendersele al titular de la marca.

Los dos primeros problemás surgen del propio sistema de dominios que no conoce de territorios ni de especialidades.¹⁰⁹

La política sólo se ocupa de las cuestiones en las cuales una persona registra con mala fe y fines de especular. En definitiva el espíritu del ciber ocupa es:

- a) vender el nombre de dominio al titular de la marca.
- b) Denigrar la marca o al titular mediante la exhibición de pornografía o imágenes similares en la página.
- c) Entorpecer el desarrollo comercial de un tercero bloqueando el acceso de este al e-commerce bajo su marca como nombre de dominio.

En este sentido se ha resuelto: “La UDRP tiene un alcance muy estrecho, cubre solo claros casos de piratería y ciberocupación, no cualquier disputa que pueda surgir relacionada con un nombre de dominio”¹¹⁰

No obstante en algunos casos resueltos bajo el sistema ICANN se han enfrentado dos partes con intereses legítimos.¹¹¹

El artículo 4.a) de la UDRP establece el contenido sustancial de la misma. Dispone las condiciones que han de cumplirse para que el demandante, titular de una marca, obtenga la transferencia del registrante del dominio a su favor.

Estas condiciones son:

- 1) Que el dominio registrado sea idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con una marca de productos o servicios sobre la que el demandante tiene derechos.
- 2) Que el registrante no tenga derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio.
- 3) Que el nombre de dominio haya sido registrado y es utilizado de mala fe.

La carga de la prueba de que se cumplen las tres condiciones está a cargo del demandante. Examinaremos cada una de las condiciones:

¹⁰⁹ Hemos desarrollado los conflictos que emergen de la diferente naturaleza de las marcas y los dominios en un trabajo titulado: “Conflictos de marcas con nombres de dominios” Publicado en el sitio “Portal de Abogados” www.portaldeabogados.com.ar/derechoinformatico/colaboraciones.htm

¹¹⁰ Shirmax Retail Ltd v. CES Marketing Group Inc. (www.thyme.com) AF 0104.

¹¹¹ *Shelley Harrison v. Coopers Consulting, Inc.* (launchpad.com), [FA-0121](#); *Fiber-Shield Industries, Inc. v. Fiber Shield LTD* (fibershield.net), [FA0092054](#).

1) La identidad o similitud de un dominio con la marca del tercero ha de ser juzgada de acuerdo con los criterios comunes de confundibilidad imperantes en las legislaciones comparadas.¹¹²

La demostración de confundibilidad entre la marca y el dominio estará directamente relacionada con el poder distintivo de la primera. Si la marca es débil, es probable que el dominio similar no se repute confundible.¹¹³

Asimismo se ha resuelto que el registro de términos genéricos o descriptivos por un broker de nombres de dominio es una actividad lícita.¹¹⁴

También se resolvió que tiene mejor derecho quien primero ha registrado un nombre de dominio cuando está constituido por un término, descriptivo o de uso común.¹¹⁵

Ello porque una designación genérica no puede ser apropiada. Está en el dominio público.¹¹⁶ No obstante si puede ser registrada como nombre de dominio, resultando en este caso aplicable únicamente la regla “first to come first to serve”.¹¹⁷

El análisis de la fortaleza o debilidad de un término registrado como dominio, si es descriptiva o genérico tiene una dificultad extra dada por la ausencia del principio de especialidad en materia de dominios.

La doctrina ha señalado que no hay signos genéricos o descriptivos en abstracto, sino en relación con los productos o servicios que distinguen¹¹⁸. Es decir que no se puede determinar si un término es genérico o descriptivo sin tener en consideración los productos sobre los cuales irá aplicado. En materia de dominios un término se podrá considerar genérico si la página WEB alojada en esa dirección, tiene relación con el

¹¹² En Argentina la igualdad o similitud entre signos se encuentra legislada en el art. 3º incisos a) y b) de la Ley 22.362 de Marcas. Al respecto véase Martínez Medrano G. - Soucasse G. “Derecho de Marcas”, ed La Rocca, 2.000, capítulo IV, pg 83 y ss, a donde remitimos para el estudio general sobre confundibilidad entre signos distintivos. Similares estándares de confundibilidad existen en el derecho de los EEUU (USCode Sec. 1052 inc d.) y en el Derecho Europeo (directiva de armonización de la UE y Reglamento de Marca Comunitaria). Asimismo Art. 16 Acuerdo ADPIC (TRIPs).

¹¹³ Caso FA92975, Grodberg v. Rugly enterprises LLC (dominio phonespell.com, phonespell.net, phonesspell.com y otros). Se juzgó que la debilidad de la marca impedía la confundibilidad y por ende la transferencia del dominio a favor del titular de la marca.

¹¹⁴ General Machine Products Company Inc. v. Prime Domains (a/k/a Telepathy Inc). Caso FA0001000092531.

¹¹⁵ CRS Technology Corporation v. Condenet, Inc., Caso FA 0002000093574-

¹¹⁶ Martínez Medrano G. – Soucasse G. “Derecho de Marcas”, op cit, p. 61 y ss.

¹¹⁷ En el caso del dominio crew.com (crew = tripulación), no obstante se anuló un dominio genérico por el panel de arbitros en mayoría. Situación con la que no coincidimos. (J.Crew Int'l c. Crew.com”, decisión D2000-0054

¹¹⁸ Robles Morchón, Gregorio. “Las marcas en el derecho español (Adaptación al derecho comunitario), Civitas, Madrid, 1995, pg. 86. En el mismo sentido Fernández Novoa Carlos, “Fundamentos de Derecho de Marcas”, Montecorvo 1984, pg. 153. Ambos citados en Martínez Medrano-Soucasse, op cit. Pg. 64

nombre, pero como el contenido de la página puede variar, es el registrante quien puede, mediante el contenido de la página determinar la genericidad o debilidad del signo.¹¹⁹

Piénsese que la marca famosa en Argentina FRAGATA (fósforos o cerillas), sería un término genérico para un dominio que aloje una página web de carácter náutico. Entendemos que aquí entrará a jugar la buena o mala fe del registrante, tal como se resolvió al ordenarse la transferencia del dominio esquire.com.¹²⁰

Otra cuestión interesante se planteó con los dominios peyorativos o que paradiaban marcas de empresas reputadas. Así en el caso Wall Mart, se ordenó la transferencia a favor de esta empresa de varios dominios (www.wallmartsucks.com, wallmartcanadasucks.com, entre otros)¹²¹. La resolución de Wal Mart entra en conflicto con un fallo norteamericano en el cual se resolvió que el registro del dominio LucentSucks.com constituía un ejercicio del derecho de libre expresión, es decir a criticar a la empresa Lucent.¹²²

En esta materia se contraponen dos derechos: por un lado el derecho a la libre expresión. En el derecho americano existe la excepción de “free expression”, que implica la posibilidad de criticar libremente, inclusive a través de Internet.

Por otra parte, el titular de la marca puede invocar el derecho que emerge del art. 10 bis del Convenio de la Unión de Paris, contra los actos de competencia desleal que consistan en “*aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor*”.

Entendemos que, en el caso que el titular del dominio no tenga una actividad comercial vinculada con el titular de la marca, no es de aplicación el mencionado art. 10 bis, puesto que no se está ejerciendo el comercio en competencia con el titular de la marca.

¹¹⁹ El famoso ciberpirata Denis Toepen registró el dominio panavision.com y colocó fotografías aéreas de la ciudad norteamericana de Pana. La foto aérea era la pana-visión. Este argumento fue desechado por el tribunal en el caso *Panavision International LP v. Dennis Toeppen*, Corte de California, Nov. 5 de 1996. (945 F Supp 1296 (C.D. Cal. 1996)).

¹²⁰ *Hearst Communications Inc. and hearst Magazines Property Inc. v. David Spencesr*, Caso FA 0093763. El término esquire es ampliamente utilizado para designar abogados o caballeros en general en inglés.

¹²¹ El árbitro señaló: “ Respondent has appended the term “-sucks” to domain names that are, in the absence of that term, confusingly similar to Complainant’s mark. The addition of the pejorative verb “sucks” is tantamount to creating the phrase “Wal-Mart Canada sucks” (and comparable phrases with Respondent’s other “-sucks” formative domain names). The elimination of the spacing between the terms of the phrase is dictated by technical factors, and by the common practice of domain name registrants. The addition of a common or generic term following a trademark does not create a new or different mark in which Respondent has rights. “ La resolución completa en : <http://arbitrator.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0477.html>

Un comentario al caso puede verse en el periódico on line BYTES IN BRIEF, Septiembre 2.000 (www.senseient.com).

¹²² *Lucent Technologies, Inc., v. LucentSucks.com*, 95 F. Supp. 2d 528 (E.D.Vir.2000).

Por el contrario, creemos que el derecho a la libre expresión permite el uso de marca ajena, siempre que se haga de forma no comercial e indicando que el término es marca registrada de un tercero.

Se ha señalado que no hay que equiparar automáticamente un nombre de dominio con una marca, ya que, al margen de una plataforma comercial, Internet es un foro de discusión, comentario e intercambio de información. Los nombres de dominio no necesariamente identifican nombres comerciales.¹²³

De cualquier forma, la cuestión parece que no es pacífica ya que existen similar cantidad de casos resueltos en uno u otro sentido en los Paneles de OMPI.¹²⁴

2) Ausencia de interés legítimo del registrante del dominio.

La carga de la prueba de los tres requisitos del art. 4 de la UDRP está en cabeza del demandante.

No obstante, en la práctica, el demandante probará ser titular de una marca y alegará la mala fe del registrante del dominio.

La ausencia de derechos sobre el dominio escogido es un requisito negativo, por lo que quien está en mejor posición para demostrar el derecho sobre el dominio es el propio registrante.

Esto no es más que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la que se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a la contraparte, debiendo realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos.¹²⁵

¹²³ Mueller, Milton. "Rough Justice. An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy", Syracuse University School of Information Studies. Visitado el 28 de junio de 2001 en internet <http://dcc.syr.edu/roughjustice.pdf>

¹²⁴ Kornfeld, Dori. "Evaluating the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", Berkman Center, Harvard Law School, visitado el 28 de junio de 2001. (<http://cyber.law.edu/icann/pressingissues2000/briefingbook/udrp-review.html>)

¹²⁵ Leguisamon, Eduardo, "La necesaria madurez de las Cargas Probatorias Dinámicas", Temás de Derecho Procesal, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, número 2, mayo 2000, pg. 50. En el mismo sentido Peyrano, Walter "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas" LL 1996 B 1027. En materia de cargas probatorias dinámicas en materia marcaria, Martínez Medrano y Soucassee, op cit pg. 237..

Cualquiera de las siguientes circunstancias, enumeradas en el art. 4.c de la UDRP que demuestre el registrante del dominio, alcanzan para acreditar que este tiene derechos legítimos sobre el nombre de dominio y conducirán a la desestimación de la demanda.

i) antes de haber recibido cualquier aviso de la controversia, el registrante ha utilizado el nombre de dominio, o ha efectuado preparativos demostrables para su utilización, o un nombre correspondiente al nombre de dominio en relación con una oferta de buena fe de productos o servicios; o

ii) el registrante (en calidad de particular, empresa u otra organización) ha sido conocido corrientemente por el nombre de dominio, aun cuando no haya adquirido derechos de marcas de productos o de servicios; o

iii) el registrante hace un uso legítimo y leal o no comercial del nombre de dominio, sin intención de desviar a los consumidores de manera equívoca o de empañar el buen nombre de la marca de productos o de servicios en cuestión con ánimo de lucro.

La oferta de bienes y servicios previa al conflicto puede ser de dos tipos: oferta de bienes y servicios u oferta de nombres de dominios a la venta. El primer supuesto fue resuelto en el caso Eauto L.L.C. v Triple S. Auto Parts (www.eautolamps.com), en el cual el demandado venía haciendo ventas de lamparas de autos, entendiendo el arbitro que el agregado de la letra “e” indicada el término “electronic” y que por lo tanto el término era genérico y el demandado tenía interés legítimo para registrarlo y usarlo como dominio.¹²⁶

El segundo supuesto, tener dominios a la venta, ha sido interpretado como tenencia de mala fe. No obstante si los nombres son genéricos, se ha resuelto en reiteradas ocasiones que la venta de los mismos constituye una actividad lícita.

En el caso Allocation Network GmbH v Gregory (www.allocation.com)¹²⁷ se resolvió en fravor del registrante del dominio indicando que el mismo tenía derecho a registrar términos genéricos como dominios para su venta. Es importante que el registrante del dominio demuestre que desconocía la existencia de la marca al momento de registrar el dominio

Otros casos resueltos en el mismo sentido: “si la parte demandada tenía un interes legítimo en registrar términos genéricos como dominios para luego venderlos, el hecho de que, requerido por el titular de la marca, le haya ofrecido el dominio en venta, no hace que su interés sea ilegítimo” Car Toys Inc. v. Informa Unlimited Inc (cartoys.net) FA0002000093682.

Asimismo se ha dicho que si el registrante se dedica a registrar dominios genéricos o descriptivos no tiene un interés ilegítimo en estos” General Machine Products Company Inc. v. Prime Domains (craftwork.com)FA0001000092531.

¹²⁶ Caso D2000-0047. Citado por Babbit, y otros. Analysis of key UDRP issues, Berkman Center for Internet and Society.

¹²⁷ Caso D 2000-0016.

3) Mala fe:

La buena fe es el punto central de la UDRP¹²⁸. Al igual que en materia de Derecho Interno, la buena fe se presume. Es el titular de la marca el que debe probar que el registrante del dominio ha obrado de mala fe. Para facilitar la prueba del estado de mala fe, la Política establece presunciones. Es decir que si existe alguno de los comportamientos externos mencionados, se puede inferir la existencia de mala fe por el registrante.

Estos comportamientos son:

- 1) Circunstancias que indiquen que el registrante ha registrado o adquirido el nombre de dominio fundamentalmente con el fin de vender, alquilar o ceder de otra manera el registro del nombre de dominio al demandante que es el titular de la marca de productos o de servicios o a un competidor de ese demandante, por un valor cierto que supera los costos diversos documentados que están relacionados directamente con el nombre de dominio, o
- 2) Que el titular ha registrado el dominio a fin de impedir que el titular de la marca de productos o de servicios refleje la marca en un nombre de dominio correspondiente, siempre y cuando el registrante haya desarrollado una conducta de esa índole, o
- 3) El registrante del dominio lo haya registrado con el fin de perturbar la actividad comercial de un competidor.
- 4) Al utilizar el nombre de dominio, el registrante ha intentado de manera intencionada atraer, con ánimo de lucro, usuarios de Internet a su sitio web o a cualquier otro sitio en línea, creando la posibilidad de que exista confusión con la marca del demandante en cuanto a la fuente, patrocinio, afiliación o promoción de su sitio web o de su sitio en línea o de un producto o servicio que figure en su sitio web o en su sitio en línea.

El primer supuesto es el típico secuestro de dominios para exigir un rescate.

El segundo implica un acto de competencia desleal de obstaculización, ya que afecta concurrencialmente la posición de un tercero.¹²⁹ Lo mismo se puede decir del tercer supuesto que refleja una conducta con un resultado más general, el que implica perturbar la actividad comercial del competidor.

El cuarto supuesto introduce la figura del riesgo de asociación empresarial, la que se puede dar básicamente por el engaño al consumidor respecto de la fuente u origen de los productos o servicios ofrecidos.¹³⁰

¹²⁸ Mueller, op cit, p 21.

¹²⁹ Señala que la apropiación de un dominio es un acto de competencia desleal por obstaculización Mássager, José, “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, Ed Civitas, 1999, p. 158

¹³⁰ Efectuamos un tratamiento más extenso del riesgo de asociación en nuestra obra “Derecho de Marcas”, Ed. La Rocca, p. 229 en la cual indicamos que “*el riesgo de asociación puede producirse en todos aquellos supuestos en que el consumidor piense que existe un relación entre las empresas titulares de las*

En la jurisprudencia arbitral existen dos tendencias para apreciar la buena o mala fe.

La primer tendencia parte del estudio literal de la letra de la UDRP y de la imposición de la carga de la prueba al reclamante. Por ejemplo en el caso *America Online Inc. c. Vadim Eremeev*, el arbitro fue muy estricto al exigir la prueba de la mala fe por parte del registrante, y consideró que no había pruebas de la mala fe. La mala fe debe probarse al momento de registrarse el dominio y en el uso del mismo.¹³¹

Esta decisión es muy criticada por los abogados de marcas de EEUU, tal como se puede apreciar en los foros de discusión de la INTA¹³²

La otra interpretación, tampoco exenta de críticas, parte de hacer un testeo del registrante. Si se “huele” que es un ciberquatter, luego se amplian las reglas de la UDRP para hacer caer su conducta en un acto de mala fe y así transferir el dominio al titular marcario. Esta conducta se ve más en los panelistas de OMPI y NAF, y es criticada por la doctrina.¹³³

Conclusiones

La UDRP es la solución a un fenómeno creciente llamado piratería de dominios o cybersquatting. Pero su aplicación debe quedar limitada a casos de piratería y no convertirse en un foro para discutir derechos legítimos. Para ello están los tribunales competentes.

A primera impresión sus normás parecen ser equilibradas entre los derechos de los titulares de dominio y los titulares de marcas. Asimismo resguarda el uso no comercial de nombres de dominios.

Dependerá de la jurisprudencia que vaya surgiendo de la implementación práctica de la política el delinear un contorno con perfiles acabados que permita establecer estándares de seguridad jurídica en el mundo on line, sin descuidar los derechos adquiridos anteriores.

marcas enfrentadas, lo que un modo u otro hace creer en unac omunidad de origen de los productos y servicios, aunque no conste formalmente esa relación.”

¹³¹ Caso D2001-0003. El árbitro señaló que el demandante no había probado el uso comercial del sitio web, tampoco que el registrante carecía de un interes legítimo no comercial oque hacíauso desleal del web site. El caso se trataba del dominio icqplus.com que había registrado un informático ruso para ofrecer en forma gratuita una versión modificada del programa icq propiedad del demandante. En ningún momento se probó que el registrante lucraba con la pagina web alojada en el sitio.

¹³² International trademark Association.

¹³³ Mueller, op cit, p. 22 indica que existe una tendencia demostrable a expandir el estricto lenguaje de la politica cuando se concluye que el registrante es un mal sujeto. El autor muestra una tabla de casos que llama RBDs (Really Bad Decisions). Decisiones realmente malas.

Existen decisiones que se ajustan a la letra de la política, en tanto que otras amplían su alcance. Ambas son criticadas, depende el sector de donde venga la crítica. No obstante entendemos que el sistema en si es bueno, pero perfectible. Sobre todo la forma de elección del proveedor de servicio de arbitraje y del árbitro para evitar la práctica llamada “forum shopping”.

Debe existir una posibilidad de recusar a los arbitros, si se demuestra o por lo menos se aportan indicios de parcialidad.

El proceso de controversias está en permanente ebullición.¹³⁴ Se han lanzado nuevos temás en una segunda rueda de consultas, vinculadas con la protección de nombres comerciales, nombres de personas, denominaciones geográficas y nombres genéricos de medicamentos. Así que es muy probable que en el corto plazo se presenten novedades que desactualicen esta ponencia y nos lleve a futuros comentarios o desarrollos en un derecho que como el horizonte en el mar, siempre se ve pero nunca se puede alcanzar en toda su extensión.

¹³⁴ Debido a que el tema que expusimos en esta ponencia es novedoso y se producen continuas modificaciones, y las opiniones dan para todos los gustos, invitamos a quien quiera seguir los debates visite la página web de la INTA en la cual se discuten estos temás. El sitio es www.biglist.com/lists/tmtopics/

El oscuro objeto del deseo o de qué estamos discutiendo cuando disputamos acerca de algo. Una perspectiva psicoanalítica.

Prof.Lic. Juan Tausk¹³⁵

Catedrático, Universidad de Buenos Aires, Argentina

El siguiente texto fue presentado en la *2a. conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación en La Habana* a fines de 1998, con el objeto de proponer algunos pensamientos psicoanalíticos a un público de diversa adscripción disciplinar.

Mi exposición concluye con una cita de Roger Caillois, que dice: “Todo juego es un sistema de reglas. Nada mantiene las reglas sino el deseo de jugar”. “Granma”, el conocido órgano oficial del PC cubano, cubre el evento, y comienza citando ese párrafo final, pero invertido: “Todo juego es un sistema de reglas y el mantenimiento de éstas es lo que mantiene el deseo de jugar...”

Pasan los días, y comprendo que también tiene razón. En la reversión se refiere la función de “límite” en relación al objeto del deseo y la función paterna, lo que se hace presente en una bella cita de Maimónides: “Los secretos de la Torá son imposibles de revelar completamente, pero además está prohibido”.

No obstante, ¿Porqué se pierden el anverso, la idea original?

* * *

Las personas disputan acerca de cosas fundamentales para sus vidas. Un observador externo podría asombrarse de la trivialidad o de la insignificancia de lo que está en juego, comparado con la pasión desplegada.

No obstante, en todo conflicto significativo para sus intervinientes, la fuerza de los argumentos, la desesperación, el odio y la obcecación indican que se juega allí algo de mucha importancia, seguramente mayor de la que los contendientes suponen. A veces, da la impresión y de hecho acontece, que se juegan la vida. Se matan por el objeto de la disputa. Su reclamo puede tener tal magnitud, que el objeto representa lo esencial en sus vidas, y por ello se puede incluso dar la vida, o quitarla. Pero nuestro observador externo insiste con su mirada asombrada y conjetura que no puede ser que se trate de eso, sino que más bien la disputa debe tener su raíz y su sentido en otro lado.

Desde temprano, la mirada de la mediación sobre el conflicto se basó en considerar una división en el sujeto de la disputa misma, y no solamente entre los contendientes. Esa premisa fue fundamental para abrir un campo de praxis novedosa, que contra todas las

¹³⁵ Director del Departamento de Negociación, Mediación y Administración de Conflictos en las Organizaciones de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Profesor Titular de Clínica Psicológica de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires.

apariencias, no se apoyaba en nada obvio y evidente, en ninguna naturalidad de los fenómenos humanos. O sea, no era una cuestión solamente de sentido común y de practicidad simplemente porque las mediaciones funcionaban.

Habría un concepto teórico. Como todo concepto, operaba en un par opositivo que fue denominado: posición/interés. La fuerza de este concepto permitió desplegar el campo de la mediación a condición de que los mediadores lo concibieran como rector de su acción. Correlativamente, los mismos debían también reconocer la medida de su intervención: debían ser neutrales. Al aceptar que las posiciones sostienen el argumento de la confrontación de dos sujetos, la no adhesión del mediador a las mismas permitiría pasar a una segunda confrontación: de los sujetos consigo mismos. La diferencia entre su posición respecto de sus intereses, los habría de llevar a una reformulación del conflicto. Notablemente, el conflicto habría de pasar a ser tratado y resuelto en el plano de las palabras y no en el de las acciones respecto de las cosas: imposiciones de poder o el irse a las manos.

Este presunto “ascenso” se haría posible en tanto el tercero no sumara su propia posición (convicción, principios, preferencias, todas ellas más o menos conscientes, más o menos desconocidas en sus reales motivaciones), ni desplegara su poder hacia la posición de alguno de los contendientes. Este poder se reduciría a posibilitar ese pasaje de posición a interés en la conciencia de los sujetos, con la premisa de que es a partir de allí que, y a diferencia de la “solidez de las cosas”, la dimensión de la palabra permitiría dialectizar los términos, interrogar las actitudes y necesidades, y sobre todo multiplicar las perspectivas respecto de lo que está en discusión al reformular los términos del conflicto.

Todo ello para descubrir que lo que aparecía como la puerta única para entrar se transforma en una multitud de puertas posibles para salir. Ninguna la fundamental, varias serían las posibles, alguna más conveniente Pero por ninguna se iría la vida. Por el contrario, se habría de reducir la dimensión tanática del choque y la controversia, y podría resurgir una fuerza vital que ya se daba por perdida. En otras palabras, la satisfacción¹³⁶ del mediador en la eficacia de su función, es que habría permitido a los sujetos de la disputa, una transición de un lugar a otro: un trabajo de cada uno y entre sí. Ello sólo sería posible debido a que su función de terceridad remite a y convoca una dimensión simbólica.

Era entonces evidente que entre posición/interés y neutralidad debía haber una relación interior, pero esta no podía pasar solamente por su funcionalidad: que sea efectiva y produzca resultados. Como toda apertura de un campo novedoso, los conceptos implícitos puestos a prueba, permitirían en un segundo momento retornar a descubrirlos...nuevamente, y entonces se podría pensar que una teoría puede fundar el sentido de una práctica. Solamente así se podría entender que ello sea transmisible a otros: o sea, que se pueda enseñar y transformar en una práctica social.

¹³⁶ Hay mediadores que tratando de esa satisfacción, refieren el término alegría en relación a sus intervenciones. Acorde a la sólida investigación de Goldberg y otros: La eficacia de la Mediación, indica un 80% de acuerdos(en el campo de la mediación comercial). En la comunitaria y escolar no debe estar alejado de esas cifra.

Retomando, se observa que la confrontación entre los sujetos parte de la premisa que algo que el otro tiene, algo de lo que priva o representa, es fundamental para la vida del primero. Más aún, que ello es la causa y razón de su infortunio, por lo que solamente su posesión o el tener la razón que se imponga al otro, podría satisfacerlo. Esto se puede ilustrar en el relato de un abogado respecto de un juicio de divorcio donde el hombre resentido (y seguramente tenía sus motivos, como siempre) trataba de despojar de todo lo posible a su ex cónyuge. Logrado lo cual, y ya finalizado el juicio, manifiesta que en realidad no quería todo lo obtenido, y más aún, que no era lo que quería. El malestar del abogado era compartido por varios abogados que lo escuchaban: a todos les había pasado algo similar. Se preguntaban: ¿qué quería entonces el hombre? Descubríamos que ahí radicaba la esencia de la mediación: percibir que no eran las cosas por sí mismas lo que se está disputando.

Enfoquemos nuestra mirada hacia esta perspectiva, en donde lo fundamental estaría en el lugar del otro. Tal vez el amor tenga su amarra en eso. Pero lo tiene el odio también. Si el otro tiene lo que es fundamental para el ser, se lo debería obtener, arrancar y apropiarse a cualquier precio. También puede evitar soportar la afrenta de esa diferencia insoportable, destruyendo al objeto. Ninguno habría de tenerlo, aún a costa de perderlo, aún a costa de destruir también al otro. Que es un modo de decir que pierde el primero también: la confrontación es en espejo¹³⁷. Notablemente, el odio en eso no tendría miramientos, y asegura una adhesión al otro con amarras que los encadenan en una “captura imaginaria” de la cual no se pueden desprender... y tampoco quieren. El otro deja de ser un sujeto, para ser un mero objeto carente de humanidad. Es interesante notar que las diversas modalidades de mediación no dejan de aseverar la importancia de reconocer al otro en su singularidad: en lo que quiere, piensa y siente. Sentarlos uno junto al otro, verse, tomar y dar consistencia humana. Escucharse. Cuando se puede.

Pero en la disputa, todos se gritan y escasamente se escuchan en serio. Eso se debe a que cada cual está comprometido en la consistencia de su ser: se juega, al parecer, la vida. Observamos la aparición del objeto como un “todo”, indiviso y sin equivalencias que permitan la sustitución de una cosa por otra (y por ello no sería simbólico). Esto se sostiene “absolutamente” en la trivialidad de argumentos parciales, consistentes en su argumentación pero incompletos respecto de la realidad que pretenden cernir; o inconsistentes en el despliegue de sus razones, pretendiendo alumbrar una verdad total. En la aspiración de abarcarlo todo, no se supera lo inconciliable de la contradicción, apreciada tempranamente en el universo de la lógica: “la verdad se dice a medias”, pues la otra mitad es su negación, o sea lo falso. Siempre posible, es a la luz del par positivo verdad/falso por el que se sostiene cualquier argumentación lógica. Se aprecia esto en la frase usual: “Todo el ‘objeto’ es para mí, y ‘nada’ para el otro, Tengo ‘toda’ la razón y el otro ‘nada’ que merezca ser siquiera escuchado.

Demanda absoluta, que excluye la presencia de otras posibilidades y por supuesto el mediador para el caso, no tendría chance de ser sino un instrumento que debiera sostener la razón de uno o del otro, de uno sobre el otro.

¹³⁷Valga como ejemplo la disputa de dos hermanitos. Ambos quieren lo mismo siempre que el otro también lo quiera. basta que uno desista para que el otro pierda interés. Mientras tanto los observadores desesperan y piensan: esto es absurdo. A menos que comprendamos la lógica que opera allí.

¿Cuál sería entonces la función del mediador? Reducir la dimensión de una ‘demanda absoluta’ que se sostiene en las ‘posiciones’ desplegadas y argumentadas, para que los sujetos de la disputa puedan interrogarse respecto de qué es lo que quieren. A eso en negociación se lo ha denominado ‘interés’, y en el campo del psicoanálisis, cuando se interroga lo que un sujeto quiere, más allá de las conformaciones en que ordena el despliegue de sus demandas, sostenidas en sus representaciones imaginadas respecto del otro, se lo denomina ‘deseo’. En otras palabras, la pregunta pasa a ser si quiere aquello que desea, y entonces: ¿Cómo?, ¿cuando?, ¿De quién?, ¿con quién?, etc.

Se ve que en una afirmación tal, se presenta la esencia de una paradoja, o de una división subjetiva. Hacia allí debe ir el mediador. Por ello la importancia de la pregunta en sus intervenciones. Antes de concluir en la naturalidad y evidencia de las aspiraciones y convicciones de los sujetos en juego, siempre e inevitablemente comparadas a las propias, que no son de un mayor grado de ‘realidad’, su función simbólica intenta llevar a que los sujetos se interroguen. En la dualidad de la confrontación, su lugar estaría signado por ser el tercero: pero no por ser representante de un saber superior y superador, ya que no es un banal predicador de almás, sino que simplemente incorpora a la especularidad de la disputa otra dimensión: la simbólica, en otras palabras, la cultura, que en su máxima condensación se enuncia al comienzo, con las palabras de Maimónides.

Representa la incapacidad de satisfacer totalmente el deseo humano, debido no solamente a la condición de insuficiencia con que el humano entra a este mundo, requiriendo tanta asistencia y cuidado de los genitores, sino que también porque no tiene asegurado el objeto que le procura la ‘felicidad’. Esa insuficiencia le impone estar sometido a los avatares del destino, sin tener garantías. Como dice Amelia Biaggioni:

“Es imposible construir un hombre, siempre falta lo fundamental”

Eso fundamental, que haría del hombre algo total y completo, carente de contradicción, le plantea las más difíciles alternativas. Tal vez, una de las más duras de soportar, es aquella que en la letra del grupo rockero La Renga, se enuncia así:

“La muerte siempre triunfa, y por ello es que te da toda una vida de ventaja”

Pero se puede enunciar la misma idea de otra manera, tal como lo hace una definición de economía que enunciaba el siguiente dilema sin solución: respecto de demandas infinitas, sólo se puede responder con recursos finitos. La demanda infinita es respecto de un objeto, innombrable, el que hace falta. Al fin de cuentas, ¿cuál es? y sin embargo aparece como el motor de todo. Posiblemente, como se piensa en psicoanálisis, ese oscuro objeto del deseo, no sea sino aquello que pone en marcha las cosas.

Sólo habría posibilidad de dirigir nuestros pasos hacia algún lugar en tanto procuremos algo imposible de lograr. Si ello fuera obtenible, si ello fuera representable razonablemente en los paraísos y utopías que la historia y las religiones han sugerido en sus diversas acepciones, donde la ausencia de toda necesidad garantizaría la paz entre las almás, veríamos que la falta de deseo, ya que todo se satisface, no solo haría la vida sumamente aburrida, sino que no tendría sentido alguno. En otras palabras, para bajar a una trivialidad, completar la colección de estampillas es decepcionante, nada mejor que la excitación de tratar de obtener la estampilla imposible, y perder el aliento al hallar la

inhallable. Si completamos el álbum, no nos queda otra chance que soportar la decepción y buscar de vuelta en otro lado. Algo habremos de encontrar.

En eso consiste la función del mediador, y que había percibido nuestro abogado con tanta nitidez: cuando obtienes todo lo que quieres, no era lo que querías, era otra cosa. Asegurar que siempre es otra cosa, es lo que debiera suceder en mediación. Que alguien pueda imaginar que hay más opciones en su vida que aquella que lo enceguece, es también dar lugar a que pueda seguir deseando.

Debe también entenderse, que la mediación no es ni debiera imaginarse como una panacea. No solamente se deben excluir una diversidad de problemáticas que deben tener otros canales de solución o de impasse, sino que además en determinadas ocasiones, hay quienes no pueden o no quieren tomar la mediación como alternativa. No solamente por la evolución o el momento del conflicto, o sus circunstancias personales, sino por algo de otra envergadura.

En la ópera “Jovanchina” de Modest Musorgski un severo pastor luterano afirma con la lucidez del texto del guionista, diciendo palabras que me apuré en registrar en la oscuridad de la sala, en una secreta complicidad con el bajo que las cantaba:

“El infierno fue creado para contener tanta ira”¹³⁸.

Esas palabras me han dado la medida de la intervención del mediador. ¿Qué podría hacer un sujeto sin ese infierno? En otras palabras, ¿porqué habría de sustraer de allí? ¿Sabrá qué hacer con su ira?

El mediador y su intervención no pueden dar respuesta ni asumir esa responsabilidad, y por ello, es necesario que los sujetos de la disputa estén convencidos que la mediación es lo que quieren para salir de ‘su ‘ infierno. Ellos deben saberlo, en eso consiste el ‘empowerment’ de Baruch Bush y la ‘autonomía’ que propone el Standard de Conducta de SPIDR (Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas) y otros.

Ellos deben saberlo, y también los mediadores, cuando tratan de saber qué dicen cuando enuncian la neutralidad.¹³⁹

EL resto, es como dice Roger Caillois en Los juegos y los Hombres:

“Todo juego es un sistema de reglas. Nada mantiene las reglas sino el deseo de jugar.”

¹³⁸ En términos freudianos, esto refiere al complejo conjunto de ideas que se representan en los términos de pulsión de muerte, odio, destructividad, búsqueda de castigo, y sentimiento inconsciente de culpa.

¹³⁹ La neutralidad es lo que anuda las intervenciones en psicoanálisis. Considerar esa producción conceptual es fundamental para comprender su valor.

Breves

E-commerce (J.A.G.)

- **Domain Names Arbitration: The National Arbitration Forum releases supplemental UDRP rules.**

The [National Arbitration Forum](#) has released supplemental [rules](#) to be used in conjunction with ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy.

- **New Australian Study for ADR in regard to consumers.**

The Australian Minister for Financial Services and Regulation has released a [discussion paper](#) in regards to Alternative Dispute Resolution in the field of e-commerce and more specially in regard to consumer transactions.

Venezuela (I.L)

- **Consagración Constitucional de la Mediación y el Arbitraje en Venezuela**

La Constitución de Venezuela aprobada mediante referendo popular el 15 de Diciembre de 1.999, establece, entre sus muchas novedades, y esta particularmente positiva, la existencia del Poder Judicial, entendido en su forma tradicional, es decir, Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales o juzgados del país, y lo que se denomina el Sistema de Justicia (Art. 253), que es mucho más amplio, e incluye al Poder Judicial y además a una serie de entes y personas que coadyuvan en la consecución de la justicia. En el Sistema Judicial están incluidos los llamados medios alternativos de justicia, entre los cuales se cuenta la Justicia de Paz, la Mediación y el Arbitraje. El artículo 258 la Constitución señala: “*La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.*” Con esta consagración constitucional y además, con este estímulo, han comenzado a aparecer en Venezuela los Centros de Arbitraje, los Arbitrajes Independientes y ahora, más recientemente, la Mediación como una institución completamente diferenciada de todas las existentes, con características y aplicaciones propias, e incluso, se encuentra ya en la Asamblea Nacional el anteproyecto de Ley de Mediación que debe ser considerado y discutido prontamente.

Materiales

Irma Lovera De-Sola
Abogada, Venezuela

Venezuela: Anteproyecto de Ley de Mediación

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: La mediación es un medio extrajudicial y alternativo de solución de conflictos, a través del cual un tercero imparcial denominado mediador, ayuda a dos o más partes a lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto.

Todo conflicto podrá ser resuelto a través del mecanismo establecido en esta ley, siempre que no existan leyes especiales que lo regulen.

Artículo 2: A los efectos de la presente Ley se entenderá la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Artículo 3: La mediación se rige por los principios de voluntariedad, flexibilidad, inmediatez, celeridad, imparcialidad y confidencialidad.

Artículo 4: La mediación puede ser institucional o independiente. Es mediación institucional la que se realiza a través de los centros a los que se refiere esta ley. Es mediación independiente aquella regulada por las partes, sin intervención de los centros de mediación.

Artículo 5: Podrán someterse a mediación las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas públicas y privadas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean manifiestamente contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versen sobre el estado y capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes y derechos de los incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Artículo 6: La República, los Estados y los Municipios, los Institutos Autónomos y las sociedades en las cuales las personas anteriores tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, podrán someterse a mediación, siempre que la misma haya sido autorizada por el órgano facultado para contratar en su nombre, según la ley o sus estatutos sociales, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales vigentes y en cualquier tratado multilateral o bilateral vigente.

Artículo 7: La mediación procederá:

- a) Cuando exista un acuerdo entre las partes para someter sus conflictos a mediación. El acuerdo de mediación debe hacerse por escrito y puede estar contenido en una cláusula contractual, en un acuerdo independiente o en un conjunto de documentos que demuestren la voluntad de las partes de someterse a mediación.
- b) A solicitud de las partes o de cualquiera de ellas formulada con posterioridad al surgimiento del conflicto.

CAPITULO II DE LA MEDIACION INSTITUCIONAL

Artículo 8: Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto está relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que promuevan la mediación como uno de los medios de solución de controversias, podrán organizar sus propios centros de mediación. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma.

Artículo 9: Todo centro de mediación tendrá su propio reglamento, el cual deberá contener.

- a) El procedimiento para la elaboración de la lista de los mediadores; los requisitos que deben reunir los mediadores; las causas de exclusión de la lista; la forma de hacer su designación en cada caso;
- b) La forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades;
- c) Las tarifas de los honorarios del mediador, de los gastos administrativos y de la forma de pago de éstos;
- d) Las reglas de la mediación, de conformidad con esta ley;
- e) Un Código de Ética de los mediadores;
- f) Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro.

Artículo 10: Los centros de mediación que se establezcan deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a las audiencias.

CAPITULO III

DE LA MEDIACION INDEPENDIENTE

Artículo 11: La mediación independiente se regirá por las reglas establecidas por las partes.

Artículo 12: El mediador independiente será designado de común acuerdo por las partes, quienes podrán delegar el nombramiento en un tercero.

Artículo 13: Las partes acordarán con el mediador independiente, previo su nombramiento, el monto y la forma de pago de los honorarios y gastos que se causaren en la mediación

CAPITULO IV

DE LAS REGLAS DE LA MEDIACION

Artículo 14: La mediación se iniciará con una solicitud de mediación presentada por escrito, la cual deberá contener la identificación de las partes, el domicilio, teléfono, fax o correo electrónico de las mismas o sus representantes y una breve descripción del conflicto.

Artículo 15: El mediador designado deberá manifestar por escrito su aceptación. En caso de falta de aceptación, será reemplazado en la misma forma establecida para su nombramiento.

Artículo 16: El mediador facilitará la comunicación entre las partes, identificará las coincidencias y diferencias que allanan u obstaculizan un acuerdo y ayudará a las partes a que construyan y encuentren una solución satisfactoria a sus diferencias. El mediador no tendrá potestad para imponer una solución.

Artículo 17: El mediador debe ser imparcial en el ejercicio de su actividad.

El mediador deberá poner en conocimiento de las partes cualquier conflicto de intereses que a su criterio afecte o pueda afectar la mediación.

Si las partes acuerdan continuar utilizando los servicios del mediador designado, éste seguirá en su función; en cualquier otro caso deberá inhibirse de participar en la mediación.

Las partes podrán rechazar al mediador en cualquier momento, aún iniciado el proceso de mediación, en este caso las partes designarán otro mediador.

Artículo 18: Quien actúe como mediador en un conflicto, queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con éste, ya sea como árbitro, asesor, abogado, apoderado o testigo de cualquiera de las partes.

Los mediadores no podrán declarar ni en juicio ni fuera de él, sobre el conflicto objeto de mediación.

Artículo 19: La mediación tiene carácter confidencial. Las partes y el mediador firmarán un documento de confidencialidad antes de iniciar la mediación.

El mediador no podrá revelar ninguno de los datos a los que haya tenido acceso por su labor como tal.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad. No así el mediador.

Artículo 20: Las partes podrán acudir a las sesiones de mediación personalmente o por medio de sus representantes, debidamente facultados mediante poder otorgado en forma auténtica.

Artículo 21: El mediador puede solicitar la ayuda de un experto en la materia objeto de mediación para una mejor comprensión del asunto. las partes aceptarán o no la elección de este experto.

Los costos de su asesoramiento correrán por cuenta de las partes por mitad y se fijará con anterioridad a su designación formal.

El experto estará sujeto a la confidencialidad de la misma forma que todos los asistentes a la mediación.

Artículo 22: No se registrarán, por ningún medio, las sesiones de mediación. No se levantará acta de las reuniones y no podrán ser utilizadas en juicios o arbitrajes las informaciones y ofertas presentadas por las partes en el transcurso de la mediación.

Artículo 23: Si alguna de las partes no comparece, se señalará la fecha para una nueva reunión, con la advertencia de que la falta de comparecencia implicará el levantamiento del acta de imposibilidad de celebración de la mediación.

Artículo 24: La mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. El acta deberá contener la indicación de las partes, del mediador, lugar y fecha.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara y precisa de las obligaciones asumidas por cada una de las partes, y las firmás de las partes y del mediador.

Artículo 25: El acta de mediación donde conste el acuerdo tiene entre las partes los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme, con autoridad de cosa juzgada y se ejecutará según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias. La ejecución del acta de mediación corresponderá al Tribunal de Primera Instancia competente que hubiere conocido del asunto de no haberse celebrado la mediación.

Artículo 26: Contra el acta de mediación, únicamente procede el recurso de nulidad. La nulidad del acta de mediación sólo se podrá declarar:

- a) Cuando la parte contra quien se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de suscribir el acta de mediación.
- b) Cuando la parte contra quien se invoca el acta de mediación demuestre que la misma aún no es vinculante para las partes o ha sido anulada o suspendida con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes.
- c) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del acta de mediación compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de mediación o que la materia sobre la cual versa el acta de mediación es manifiestamente contraria al orden público.

Artículo 27: El recurso de nulidad deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere suscrito el acta de mediación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del acta. La copia del acta de mediación deberá acompañar al recurso interpuesto.

La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el acta a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del acta de mediación y la indemnización de los daños y perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.

Artículo 28: El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley.

El recurso de nulidad contra el acta de mediación se tramitará por el Tribunal Superior, conforme a las disposiciones del procedimiento en Segunda Instancia previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior admite el recurso de nulidad se determinará la caución que el recurrente deberá prestar, como garantía del resultado del recurso, en caso de haber sido solicitada la suspensión de efectos del acta de mediación. En tal caso, el término para otorgar la caución será de diez (10) días hábiles a partir de la fijación de la caución. Durante este lapso, el Tribunal se abstendrá de ejecutar el acta de mediación. Si no se presta la caución, el tribunal ejecutará inmediatamente el acta y declarará desistido el recurso.

Artículo 29: Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará sin lugar el recurso, se condenará en costas al recurrente y el acta de mediación se considerará de obligatorio cumplimiento para las partes.

Prof. Lic. Juan Tausk

Catedrático, Universidad de Buenos Aires

Argentina: Proyecto de Ley de Mediación voluntaria Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El significativo aumento de los conflictos en la sociedad contemporánea, debido a múltiples causas –crecimiento demográfico, complejización de la vida cotidiana, concentración urbana, globalización de la economía, incremento de la violencia y de la criminalidad, etc.- requiere la creación e implementación de nuevos recursos para su resolución.

La mediación se presenta como un método que permite ser utilizado en una diversidad de problemáticas, cuya eficacia se caracteriza por el logro de acuerdos en cortos lapsos, con bajos costos, con significativos grados de satisfacción de las partes y con un alto cumplimiento de los acuerdos implementados y la continuidad de las relaciones.

El proceso de mediación voluntaria asegura la autonomía y la responsabilidad de los participantes para encontrar formas creativas y cooperativas para resolver sus disputas mediante el diálogo, aportando así a la paz social.

VISTO

Los antecedentes legislativos que incorporan la mediación en las normativas provinciales, su indicación en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su incorporación en el Código Contravencional de la Ciudad y la ley de mediación obligatoria 24.573 (prorrogada por ley 25.287);

Las experiencias en curso en nuestro país: programas de mediación comunitaria, escolar, prejudicial y extrajudicial en el ámbito de las Provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

La evaluación en Congresos Internacionales de las experiencias realizadas en diversos países: Colombia, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Inglaterra, Japón, Australia, entre otros, algunos de los cuales llevan varias décadas de desarrollo, y las experiencias más recientes en algunos países latinoamericanos;

El desarrollo de cursos de grado y de posgrado universitarios, de programas de especialización y maestrías, así como la significativa producción de escritos y libros; la frecuente presencia de académicos de todas partes del mundo en nuestro país; la realización de Congresos locales y la asidua participación en Congresos internacionales;

La creación de Comisiones, Centros y Escuelas de Mediación en muchos Colegios, Asociaciones y Consejos Profesionales de diversas profesiones;

La calificada formación en nuestro país de numerosos mediadores de diverso origen profesional, consagrando en la práctica el carácter multidisciplinario de la mediación, tal como es reconocido internacionalmente;

El impacto favorable y la aceptación que ha tenido la mediación en nuestra sociedad.

CONSIDERANDO

Que la mediación es un dispositivo de carácter educativo puesto que facilita la asunción de los propios sujetos de su responsabilidad con relación a los conflictos en los que participan, dando preponderancia a la autocomposición y a la búsqueda de las soluciones más convenientes para los mismos.

Que la mediación es una práctica no adversarial para solucionar conflictos, caracterizada por brindar la posibilidad de facilitar la obtención de soluciones creativas, en cortos períodos y con bajos costos.

Que en atención al carácter multidisciplinario de la mediación pueden ser llamados a ser mediadores profesionales provenientes de distintas disciplinas de origen, dado que intervienen fundamentalmente en el proceso de comunicación entre las partes, siendo su función neutra, confidencial y ecuánime.

Que se debe propender a que los mediadores posean una adecuada formación, información y entrenamiento, así como una debida actualización mediante cursos de capacitación continua.

Que es conveniente que se propicie la inclusión de cláusulas compromisorias para la realización de mediaciones en las contrataciones,

Que es conveniente prever que en las mediaciones en las que no se arribe a un acuerdo quede expedita la vía judicial sin necesidad de promover otro proceso de mediación.

Que es conveniente que se recomiende la difusión y promoción de los procesos de arbitraje para resolver litigios entre las partes.

Que los jueces pueden proponer la mediación en cualquier instancia del proceso judicial.

Y finalmente.

Que es deseable contar con métodos que aporten a la pacificación de la vida de la comunidad, que contribuyan a mejorar la convivencia y la prevención de los conflictos y de la violencia, para lo cual resulta necesario disponer de una ley de mediación voluntaria de carácter multidisciplinario que regule la práctica de la misma en la Ciudad de Buenos Aires, formulamos el siguiente:

PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN VOLUNTARIA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

Artículo 1. Establécese en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la instancia de Mediación como método de resolución de conflictos, con carácter voluntario, la que se regirá por las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 2. La Mediación como recurso de resolución no adversarial de conflictos garantiza la autonomía de la voluntad de las partes, asegurando neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, comunicación directa, cooperación y economía del proceso.

Artículo 3. Sujetos. Las personas físicas o jurídicas del Derecho Privado o Derecho Público podrán presentar sus conflictos susceptibles de mediación. En el caso que se trate de personas de existencia ideal de Derecho Público o Privado, la decisión de someterse a la Mediación deberá ser tomada por el órgano que corresponda de acuerdo a las disposiciones legales que lo rijan.

Artículo 4. Objeto. El objeto de esta ley son todos los conflictos civiles, empresariales, comerciales, organizacionales, penales, de medio ambiente, de convivencia social, de la comunidad, familiares, educativos, sindicales, laborales, de relaciones con el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los conflictos podrán ser de orden local, nacional, internacional o interjurisdiccional. Este listado no es taxativo sino meramente enunciativo, pudiéndose incluir otras áreas.

En cuanto a los conflictos penales, se estará a los desarrollos de programás víctima/ofensor, sin que signifique no cumplimiento de las penas que el Código respectivo determina.

Artículo 5. De los Mediadores. Podrán ser mediadores todos los profesionales universitarios con título de grado de carrera mayor, que hubieran aprobado los cursos específicos a cargo de las instituciones formadoras habilitadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, o las que sean habilitadas a partir de la vigencia de la presente Ley, por la autoridad de aplicación. Los mediadores deberán cumplimentar su formación continua y revalidación periódica.

Artículo 6. Del procedimiento general. El/Los mediador/es serán elegidos libremente por las partes y en el caso de los Centros de Mediación, éstos determinarán la forma en que los mediadores serán elegidos o sorteados en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en la elección. El mediador elegido o sorteado o el Centro de Mediación convocará a las partes en forma independiente para:
Informar sobre el procedimiento y las ventajas de la mediación, resaltando el carácter voluntario del proceso y sus alcances.

Suscribir la aceptación del procedimiento de mediación y del reglamento de la institución, en su caso.

Iniciar el proceso de mediación.

Artículo 7. Recusación. El mediador puede ser recusado por las causas previstas para los jueces en el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación y por las previstas, en su caso, en el reglamento del Centro de Mediación. También puede ser recusado sin expresión de causa. En ambos supuestos el mediador recusado debe aceptar inmediatamente la recusación, pudiendo dejar constancia de su opinión sobre la misma.

Artículo 8. Excusación. El mediador que se halle comprendido en alguna de las causas referidas en el artículo precedente, debe excusarse. También debe hacerlo cuando exista otra causa que le imponga abstenerse de intervenir en la mediación, fundada en motivos graves de decoro o delicadeza. Asimismo puede excusarse sin expresión de causa.

Artículo 9. Asesoramiento. Las partes pueden actuar con asesoramiento a su libre elección y a su cargo. El asesoramiento podrá ser requerido a las partes por el mediador en cualquier momento del proceso de mediación.

Artículo 10. Convenio de confidencialidad. El procedimiento de mediación tiene carácter estrictamente confidencial: las partes, sus asesores, el o los mediadores y todo aquel que haya intervenido en el procedimiento como asesor, observador o pasante están ligados por el deber de confidencialidad, el que se ratificará en la primera reunión de Mediación mediante la suscripción de un convenio. Cada uno de los firmantes podrá ser relevado del deber de confidencialidad si así acordaren las partes restantes, expresamente y por escrito, bajo pena de nulidad, excepto los pasantes, que si los hubiera, en ningún caso quedarán relevados de firmar este convenio.

Artículo 11. De las reuniones. La función del mediador será la de asistir a las partes en la negociación de un acuerdo voluntario respecto del asunto por el cual concurren a la mediación, basado en la cooperación mutua, la buena fe y en el intercambio sincero de la información pertinente. El mediador realizará comunicaciones y reuniones conjuntas y/o privadas, cuando las considere convenientes, manteniendo en todo momento la imparcialidad y respetando la confidencialidad de las reuniones privadas hacia la otra parte.

Artículo 12. De los acuerdos. Si las partes llegaran a un acuerdo total o parcial, se redactará un convenio donde constarán los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los asesores que hubieran intervenido. A pedido de todas las partes, el mediador, sobre la base de un borrador o los principios generales del acuerdo, le podrá dar forma y contenido de estilo. Los acuerdos serán ejecutables por el trámite de ejecución de sentencia ante los tribunales competentes ante el incumplimiento de alguna de las partes.

En caso de no llegar al acuerdo o si el acuerdo fuera parcial, las partes quedarán en libertad de continuar el planteo de la controversia en la forma que estimen más

conveniente. Cuando fuera posible el mediador sugerirá un arbitraje para los puntos en desacuerdo.

En todos los casos en que las cláusulas del acuerdo pudiesen afectar normás de orden público o derechos irrenunciables, será responsabilidad del mediador requerir en forma previa a la firma del acuerdo, un dictamen de abogado matriculado y en ejercicio de su profesión. Dicho dictamen contendrá opinión clara concreta sobre si alguna de las cláusulas afecta el orden público o a derechos irrenunciables, mencionando las normás en que se funde su opinión. La omisión de requerir el dictamen antes señalado, implicará una negligencia grave del mediador.

Artículo 13. Validez de los acuerdos. El acta resultante de una mediación voluntaria sin acuerdo o con acuerdos parciales, realizada con un mediador profesional registrado, deja expedita la vía judicial sin necesidad de otro proceso de mediación, con jurisdicción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 14. Conclusión del proceso de mediación. La mediación concluye:

Con un acuerdo total o parcial.

Cuando cualquiera de las partes manifiesta su decisión de discontinuar la mediación.

Con la redacción de un acta no motivada en donde el mediador hace constar el no arribo a un acuerdo, o su decisión dar por concluida la mediación.

Artículo 15. Los jueces podrán proponer a las partes llevar a cabo procesos de mediación en cualquier instancia del juicio.

Artículo 16. Créase el Consejo de Mediadores Profesionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tendrá las siguientes funciones:

La acreditación como mediadores de los profesionales universitarios con título de grado mayor que hayan cumplido con los requisitos de formación estipulados en el artículo 5, llevando el Registro de Mediadores Profesionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Elaborar Estándares de Conducta y el Código de Ética del Mediador Profesional.

Controlar que los mediadores acreditados cumplan con las obligaciones establecidas en el Código de Ética, teniendo a su cargo, a tales efectos, de la instalación de los Tribunales de Ética correspondientes.

Elaborar planes de formación de mediadores, programás de formación continua y criterios de evaluación para la habilitación de mediadores y centros de mediación, así como para la revalidación periódica de los mediadores habilitados tendientes a asegurar la calidad de la práctica de la mediación.

Llevar a cabo programás para asegurar una amplia difusión del instituto de la mediación en la sociedad y la promoción de la mediación en sus distintas formás, y para la educación de la población en la resolución pacífica de los conflictos y en la construcción de consensos.

Artículo 17. El Consejo de Mediadores Profesionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será integrado y conducido por un representante de cada una de las siguientes

instituciones: Consejo de Profesionales en Sociología; Asociación de Psicólogos de Buenos Aires; Colegio de Graduados en Ciencias Económicas; Consejo Profesional de Graduados en Servicio Social; Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Asociación Interdisciplinaria de Mediación en la Cultura y la Sociedad (Foro Mundial de Mediación); Sociedad Central de Arquitectos; Colegio Público de Abogados; Colegio de Escribanos; Asociación de Abogados de Buenos Aires. El Consejo establecerá las normas de su funcionamiento y las de incorporación de nuevas entidades al mismo.

Artículo 18. Honorarios de los mediadores profesionales. Los honorarios serán de libre contratación por las partes. El Consejo Asesor de Mediación Profesional determinará un monto mínimo.

Artículo 19. Cláusula compromisoria. Se propenderá, propiciará y difundirá la conveniencia de incluir cláusulas compromisorias, a través de las cuales, en caso de divergencias o desavenencias que pudieran suscitarse por la interpretación o aplicación de cláusulas contractuales, las partes resolverán someterse a mediación voluntaria a fin de prevenir o dirimir sus conflictos, configurando ello un acuerdo contractual que corresponde acatar, con alcance normativo para las partes, conforme lo instituido y emanado de la presente norma legal.

Eventos

4/11 - 7/11, 2001, Puerto Rico

CONGRESO INTERNACIONAL DE MÉTODOS ALTERNOS:

Del 4 al 7 de noviembre de 2001, en la ciudad capital de San Juan, Puerto Rico, se llevará a cabo el Congreso Internacional de Métodos Alternos. Este evento es organizado por una Comisión Multidisciplinaria designada por el Colegio de Abogados de Puerto Rico, con el auspicio de la Rama Judicial de Puerto Rico.

ADR INTERNATIONAL CONGRESS:

On November 4th to 7th 2001, in the city of San Juan, Puerto Rico will be the venue for the ADR International Congress: Mediation, Early Neutral Evaluation & Arbitration. This event it's been organized under by an interdisciplinary Commission designated by the Puerto Rico Bar Association, with the sponsorship of the Judicial Branch.

19/11 - 20/11, 2001, Paris

ADR et Internet

Dans le cadre du colloque « Droit international et internet » organisé par le Ministère de la Justice et l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) la séance de l'après-midi du mardi est consacrée à la résolution des litiges et l'emploi des ARD dans le cadre du commerce électronique

4/ 4 - 7/4, 2002, Seattle

ABA's Fourth Annual Section of Dispute Resolution Spring Conference

Subject matter tracks will include: Arbitration, Community and Peer Mediation, Communication, Construction ADR, Corporate/Business ADR, Court-Connected ADR, Employment and Labor ADR, Ethics, Family, Government ADR, Environment & Public Policy, Intellectual Property and Entertainment, International, Practice Development and Management, and Technology.

7/2 -8/2, 2002, Scottsdale, Arizona

[AHLA courses](#)

The American Health Lawyers Association (AHLA) ADR Service offers additional training opportunities for arbitrators and mediators. Training in health care mediation will qualify neutrals for case referral. Advanced Mediation Techniques, conducted by Jerry P. Roscoe, and designed for medical staff, health maintenance organizations, health insurers, managed care organizations, long term care facilities, and other health organizations. The training provides an in-depth look at mediation theory and practice, as well as an opportunity for participants to enhance and refine their mediation skills.

9/6 – 12/6 Park City, Utah

[IACM Conference](#)

15th annual International Association for Conflict Management conference designed to help foster an inter-disciplinary approach to studying negotiation, conflict, and dispute resolution.