

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS

RESUMEN: En el siguiente informe se analiza la resolución alterna de conflictos en nuestro Ordenamiento Jurídico, a la vez que se hace un análisis detallado, a nivel doctrinal, de los distintos tipos de resolución de conflictos (Conciliación, Mediación y Arbitraje). Se citan algunos artículos de la Constitución Política, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y el Código Procesal Civil. Finalmente se reseñan algunos votos jurisprudenciales en los que se aborda el tema de las medidas cautelares en los procesos arbitrales.

Índice de contenido

DESARROLLO:.....	3
1. Doctrina.....	3
a. Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos.....	3
b. Características elementales de las instituciones.....	4
i. Conciliación.....	4
ii. Mediación.....	4
iii. Arbitraje.....	5
iv. Ombudsman o defensor del pueblo.....	5
b. Teoría Y Técnica de la Negociación.....	6
c. La Conciliación.....	8
d. La Mediación.....	10
e. El Arbitraje.....	11
f. El Ombudsman.....	14

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

g. Los Procesos Alternativos.....	16
i. El mini trial.....	17
ii. El oyente neutral.....	17
iv. El dictamen por expertos.....	18
v. El "Adjudicator".....	18
vi. Juicio por jurado sumario.....	18
vii. El jurado.....	19
viii. El escabinado.....	19
h. La Resolución Alternativa de Conflictos en la Constitución Política.....	21
2. Normativa.....	23
a. Constitución Política.....	23
b. Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.....	23
c. Código Procesal Civil.....	24
3. Jurisprudencia.....	26
a. Competencia del Tribunal Arbitral para dictar Medida Cautelar.....	26
b. Aplicabilidad de las Medidas Cautelares exclusivamente a Arbitrajes Nacionales.....	27

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos¹

La resolución de los conflictos ha sido siempre una necesidad entre los seres humanos, esta manifestación se presenta a lo largo de la historia de diversas formas, primero en la toma de decisiones, luego con la ejecución de la Ley del Talión, hasta la organización de la familia, ámbito en el que se debería procurar una convivencia armónica.

Cuando lo anterior no se podía concretar se tornaba necesaria la participación de un tercero, portador de valores tales como la honestidad y la rectitud, ante el cual se sometían las partes, dada su sabiduría y prudencia, convirtiéndolo, por tanto, en una autoridad moral. Dicha representación se desplaza con el tiempo hasta la figura del juez y con ello evolucionan los métodos en los cuales se basa la solución de conflictos, se crean códigos y se perfeccionan las instituciones, hasta lograr una ciencia del procedimiento. Es así como el sistema procesal se funda sobre tres etapas básicas bien diferenciadas: postulación, debate probatorio y resolución.

Actualmente, el proceso judicial está inmerso en una crisis producto de la lentitud del sistema y la desconfianza de la sociedad hacia el mismo. Lo anterior motiva que mecanismos como el arbitraje, la mediación, la conciliación, entre otros, se hagan presentes, nuevamente, como alternativas en la solución del conflicto.

Existen quienes consideran a estas instituciones como equivalentes al proceso civil, o procedimientos que sustituyen al juicio público; así también, quienes las toman como auxiliares de la justicia, de ahí la dificultad para determinar su papel dentro del modelo jurisdiccional.

A decir verdad, estas modalidades: arbitraje, mediación, y otras, contemplan fórmulas para un entendimiento racional y persiguen una solución concertada y pacífica entre las partes, mientras el tercero interviniente se apoya en una dinámica procesal flexible.

b. Características elementales de las instituciones

Antes de iniciar la descripción de cada una de las instituciones orientadas a la resolución de conflictos, es preciso partir del supuesto de que las bases de la concertación se sientan sobre el diálogo y las actitudes voluntarias. Lo indicado se obtiene mediante la aplicación de ciertas pautas de acercamiento entre los intereses en conflicto, a saber:

- § Autodefensa: se impone al otro el sometimiento de las propias aspiraciones.
- § Autocomponerse directamente: una de las partes resuelve sacrificar su propio interés, ya sea por allanamiento, desistimiento o transacción.
- § Autocomponerse indirectamente: interviene un heterocomponedor, por aceptación mutua de los interesados, con el fin de resolver el conflicto por autocomposición (allanamiento, desistimiento o transacción).
- § Heterocomponer directamente el conflicto: una de las partes se presenta espontáneamente ante el órgano de justicia pública solicitando una decisión que resuelva la disputa.

i. Conciliación

Puede darse en dos formas:

- § Proveniente del acuerdo de voluntades al encontrar puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrenta, sin la intervención de terceros.
- § Una actividad dispuesta por otro tendente a aligerar las tensiones y desencuentro de las partes, en donde el tercero puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente.

Es importante recordar que la conciliación, a veces, se establece como presupuesto previo a la formalización del reclamo ante la jurisdicción. En cuanto a la preparación del conciliador, debe informarse acerca de la situación por tratar, ayudar a los interesados en la búsqueda de posibles soluciones y encaminarlos en la negociación.

ii. Mediación

Es el proceso donde un tercero neutral y ajeno al conflicto se reúne con las partes interesadas para que se expresen y den a conocer su posición.

El mediador facilita el que las partes lleguen a puntos de coincidencia, en caso contrario él no puede obligar a un acuerdo o a la toma de una decisión. Esta técnica no tiene efectos vinculantes derivados del arreglo alcanzado.

Iii. Arbitraje

Es un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias entre dos o más partes, acordando la intervención de un tercero, o tribunal, para que resuelva. Se presenta de acuerdo con las siguientes modalidades:

- § Un arbitraje voluntario cuando se da por libre determinación de las partes.
- § Un arbitraje forzoso cuando existe la imposición de una cláusula legal o por sometimiento pactado entre las partes antes del conflicto.
- § El arbitraje puede ser jurídico o de equidad, en el primero son jueces capacitados en la materia por resolver, en el otro basta con una amigable composición.

La decisión tomada (laudo) obliga pero no somete, es decir, determina efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inejecución no tiene sanciones de árbitros; en su caso son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

iv. Ombudsman o defensor del pueblo

Su función es diferente a la de las otras instituciones. El defensor del pueblo vigila el servicio pleno y eficaz de la Administración Pública, entre sus obligaciones están:

- § Investigar tanto los comportamientos administrativos que constituyen un ejercicio defectuoso de la administración pública, como las denuncias que lleguen a su conocimiento.
- § Recomendar las acciones necesarias que debe adoptar la administración, o los comportamientos que debe modificar.

§ Rendir un informe anual, público, sobre sus propias funciones.

b. Teoría Y Técnica de la Negociación

El conflicto surge producto de las diferencias entre las personas y sus intereses encontrados, con este choque de voluntades el ego se posiciona ante la idea de triunfar, definiendo la posibilidad de un vencedor y un vencido.

La teoría del conflicto propone que éste tiene diversas causas, las cuales se califican según el problema por resolver, por ejemplo familiar o empresarial. Cabe mencionar que, además de las partes involucradas, pueden presentarse interesados indirectos quienes, en ocasiones, son los realmente interesados en el resultado que se consiga entre los negociadores.

El método de la negociación brinda a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos, en un esfuerzo por solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo. Alcanzar los resultados deseados solamente será posible a través de la investigación, a conciencia, de los motivos que producen la controversia y las formas posibles de solucionarla.

Para negociar se necesitan partes, ya sea individuales o colectivas, e intereses que representan el problema por resolver:

§ Las partes individuales tienden a defender sus ideas o logros obtenidos, lo que refleja la posición que mantendrán durante el acuerdo.

§ Las partes determinadas por grupos defienden, cada una, posiciones particulares y beneficios propios, favoreciendo la confusión en los objetivos debido a la heterogeneidad de los intereses.

Un aspecto por destacar es el ánimo o voluntad para acordar mantenido por las partes durante el proceso, por lo cual es probable que muestren actitudes como:

§ Presentar el problema como una cuestión de alternativas. Las dos alternativas iniciales son las únicas posibles para el acuerdo, no hay más opciones.

§ Personificar la crisis como un problema de intolerancia. Es el mundo contra él, donde asume el rol de gladiador contra las injusticias que le llegan.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

§ Quiere o dice querer acordar, pero no lo hace por los efectos perniciosos que le provocarían a su condición o imagen.

§ La parte inflexible presenta el caso con dureza y sin dar otra salida que la judicial.

En la negociación se debe procurar que las personas consideren el problema aislándose de sus posiciones, discutiendo amistosamente para descubrir opciones de mutuo beneficio y que entiendan que no han sacrificado sus derechos ante ventajas unilaterales. Así, el fin primordial del procedimiento negociador es "conseguir que las partes resuelvan sus diferencias".

Durante la primera fase de este proceso se analiza el caso y se traza un diagnóstico de la situación posterior al estudio de las posiciones tomadas por cada una de las partes, según sea:

Posición suave	Posición dura
Los participantes son amigos	Los participantes son adversarios
El objetivo es lograr un acuerdo	El objetivo es lograr la victoria
Se confía en los otros	Se desconfía de los otros
Hay ofertas	Hay amenazas
Se aceptan pérdidas unilaterales para forjar el negocio	Se exigen ventajas unilaterales como precio del acuerdo
Se trata de evitar el enfrentamiento de voluntades	Se trata de ganar en un enfrentamiento de voluntades
Se cede ante la presión	Se aplica presión

Después, en la etapa de planeación, se generan ideas y proyectos a partir de cómo se piensa manejar el problema de las personas, cuáles son los intereses más importantes, cuáles son algunos de los objetivos realistas. Se continúa con la discusión y abordaje para, finalmente, ir abriendo el camino hacia la solución.

El negociador debe saber en todo momento que:

§ No hay tiempos precisos que limiten el éxito o fracaso de la gestión.

- § El problema básico es el conflicto entre las necesidades y preocupaciones de las personas.
- § Su principal función es encontrar intereses compatibles que eliminen la creencia de que "el problema no tiene solución", para poder descubrir beneficios mutuos y ampliar las opciones en discusión.

c. La Conciliación

El término conciliación precisa "la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas, arreglo que se puede lograr dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de habérselo promovido".

Como modalidades de esta institución tenemos:

- § La conciliación preprocesal o extrajudicial tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa. La participación de un tercero no otorga carácter jurisdiccional al procedimiento, puesto que el conciliador interviene por voluntad directa de las partes y no por la voluntad del Estado, quien lo predetermina como juez natural.

Sin embargo, las partes en diferencia pueden acordar que el tercero tenga incidencia y facultad resolutoria, la cual podrán acatar sin derecho a recurso alguno, o admitiendo que su proposición sea de simple acercamiento a los intereses enfrentados, generando una alternativa más de solución pacífica.

- § La conciliación procesal se instala en el curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello como una forma de conciliar sin sacrificio de intereses. Es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, mediante el cual se evita la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas con la sentencia definitiva.

Respecto de los resultados de la conciliación, si la audiencia tiene lugar durante una etapa del proceso judicial, la avenencia se da en las tres formas típicas: el desistimiento, la transacción o el allanamiento; si se da en el plano de un proceso ejecutivo existen modalidades parecidas como la quita, espera, remisión o novación de la deuda. Es importante recordar que cualesquiera de estas formas convenidas responde a decisiones propias de quien las asume.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En cuanto a la oportunidad para la audiencia, ésta se puede dar como:

- § Actividad preventiva, donde las partes tienen un órgano del Estado dispuesto a componer el conflicto sobre la base de los intereses que colisionan.
- § Actividad prejudicial, establecida como requisito de admisibilidad de la demanda, donde se obliga a las partes a deducir sus pretensiones ante un juez de la conciliación o ante el mismo que deba conocer la razón material del proceso, quien intentará arreglar la controversia sin llegar a la sentencia definitiva.
- § Actividad celebrada en cualquier etapa del proceso, generalmente normada como actitud discrecional del juez, o disponible a petición de las partes.
- § Actividad obligatoria de cierto tipo de procesos, por ejemplo los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio.
- § Actividad desplegada antes de abrir a prueba el litigio, utilizándolo como una tentativa de conciliación.

Al celebrar la audiencia de conciliación es preciso considerar la necesidad o conveniencia de que las partes sean asistidas por abogados. Cuando el avenimiento se propicia antes del proceso parece lógico indicar que el requisito es innecesario, a no ser que una de las partes tuviera patrocinio, la otra parte también debería verse asistida con el fin de evitar ventaja alguna.

En cambio, si la audiencia se impone como parte del proceso, cabe la posibilidad de agregar expresiones escritas que formulen proposiciones de acuerdo, o dejen la iniciativa de ellas, para que en la deliberación que surja de la audiencia el juez actúe en calidad de conciliador, cuya presencia y homologación del acto convenido, son resortes que validan lo obrado y justifican la conciliación en sí misma.

Los efectos del acto conciliatorio dependen de si se frustra el objetivo tentado o si hubo avenimiento. Respecto de la primera posibilidad, en caso de ser preprocesal, permitirá a las partes concretar sus pretensiones futuras y conocer, de alguna manera, las probables alternativas de composición con que cuentan. Si fuese jurisdiccional, la ventaja está en el conocimiento que toma el juez del problema que deberá afrontar y de quiénes son las partes encontradas.

En caso de avenencia entre las partes el juez deberá ajustar el

acuerdo según lo estipulado por el Código Civil (renuncia, transacción, quita, espera, remisión, novación, entre otros), y lo establecido en el Derecho Procesal (allanamiento, desistimiento, transacción).

Acerca de la naturaleza del acuerdo, ésta se traduce en la mayor o menor relevancia que la ley otorga a las declaraciones de voluntad de las partes para producir determinados efectos jurídicos en el proceso. Lo anterior debido a que si se atiende únicamente lo hecho por las partes se está en presencia de un negocio jurídico de carácter privado que el juez homologa, dando satisfacción a una pretensión compartida por litigantes; al contrario, si se toma como prioritario el suceso mismo de la audiencia, la avenencia es el producto de un acto procesal.

La celebración del acto de conciliación, con o sin avenencia, extingue la posibilidad de un nuevo proceso para que se revise lo que en la conciliación se haya hecho o se hubiera debido hacer, de ahí la firmeza del resultado del acto de conciliación. En caso de avenimiento, una vez homologado, el mismo adquiere la condición de "cosa juzgada" y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes.

d. La Mediación

El instituto de la mediación consiste en un proceso de interpretación sobre la verdadera necesidad e interés de los sujetos en conflicto. El mediador se reúne con las partes, por separado o con ambas a la vez, tratando de facilitar la comunicación entre sí y, de ser posible, lograr que resuelvan su situación mediante un arreglo.

El procedimiento a seguir durante la mediación contempla los siguientes aspectos:

- § Las partes someten su crisis a la intervención de un mediador.
- § El rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que ayuda a que las partes lo hagan.
- § La confidencialidad estricta sólo evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.
- § Cuando la comunicación resulta difícil, por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, obteniendo con ello el entendimiento necesario.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Al proceso de mediación se le pueden aplicar ciertos principios procesales, como son la economía procesal (costos reducidos, pocas audiencias); la informalidad, como un acercamiento más directo a las necesidades sociales; rapidez, que otorga gran eficacia al servicio; ética de mediación, a partir de la confidencialidad del sistema. Se considerará además que el mediador no podrá participar en la mediación si por algún motivo está o ha estado relacionado con las partes; así mismo, no podrá asistir profesionalmente a ninguna de ellas luego de la mediación.

Este tipo de proceso toma dos formas:

- § Mediación patrimonial: opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales; sin embargo existen situaciones de imposible tramitación, por ejemplo los casos de concursos, dolo o fraude en la relación denunciada, entre otros.
- § Mediación familiar: es una alternativa procesal para los cónyuges. Se proyecta también como herramienta de prevención en casos de violencia doméstica o abandono de hijos, claro está que cada caso se valorará adecuadamente, pues no todos van a ser aptos para la mediación.

En cuanto al perfil del mediador, las habilidades requeridas se desarrollan mediante capacitación en aspectos psicosociales, jurídicos, manejo de computadoras y experiencia administrativa. Las características deseables en este tercero neutral son: ser confiable, buen oyente, perceptivo, imaginativo, flexible, neutral, imparcial, paciente, de buen humor, persuasivo, sigiloso, creativo, conciliador, eficaz, capaz de captar los intereses distinguiéndolos de las posiciones, conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto, hábil para la comunicación y poseedor de una seria intención de ayudar.

En consecuencia, este proceso pretende el acuerdo entre las partes, teniendo presente que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo, o bien, puede hacer uso de las demás formas resolutivas de conflictos. Debe quedar bien claro que el mediador sólo emite recomendaciones que sustenten las bases de un posible acuerdo, mas no resuelve directamente el conflicto.

e. El Arbitraje

Ante todo, es una institución práctica para descongestionar la intensa labor de los tribunales, es decir, un mecanismo alternativo a la jurisdicción, cuya base está en el acuerdo de partes voluntariamente comprometidas.

Como el proceso arbitral no tiene posibilidades cautelares ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Asimismo, al debatir conflictos su proceder será contencioso.

Cabe mencionar que los árbitros no integran, por vía de principio, ninguna organización estatal, por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia ni funcionarios públicos. Este mecanismo tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores o del acuerdo concertado para tal efecto, dicho sustento tiene sus límites, pues no podrán "comprometerse en árbitros", bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resoluciones, ello dependiendo de lo pactado por las partes o el efecto jurídico proveniente de normas preestablecidas. El arbitraje presenta distintas clasificaciones, observables en los siguientes cuadros:

Por el origen	
Arbitraje voluntario	Arbitraje forzoso o necesario
Existen dos posibilidades, la primera de ellas consiste en una actitud preventiva de auspiciar la vía sin que exista conflicto alguno, es decir, las partes se comprometen a someter toda cuestión de intereses contrapuestos a la resolución de árbitros, y esa concertación se formaliza documentalmente.	Presenta dos modalidades, una es obligatorio-legal si existe una ley que establece este camino para resolver la controversia. Por ejemplo, en disputas entre vecinos, o ante la diferencia de estimaciones económicas cuando existen obligaciones de pago.

Centro de Información Jurídica en Línea
 Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

<p>La segunda de ellas corresponde a la posibilidad de solucionar el conflicto ya existente, por medio de un tercero neutral ante quien se presenta el problema emergente.</p>	<p>La segunda de ellas refiere a un arbitraje forzoso-voluntario mediante el cual las partes deben someterse al compromiso arbitral, ya sea producto de la cláusula compromisoria o del compromiso celebrado ante el conflicto padecido.</p>
<p>Por las formas como se desarrolla</p>	
<p>Las partes establecen el criterio de valoración</p>	<p>En un arbitraje jurídico o de derecho, el tercero debe estar regido por disposiciones legales, las cuales ha de interpretar y aplicar en los alcances precisos que su técnica o especialización le faculta.</p> <p>El arbitraje de equidad o de amigable composición es aquel donde el juez actúa en conciencia, asume el carácter de un amigable componedor, resuelve el asunto por la equidad y honradez que le manda su íntimo convencimiento y su leal saber y entender.</p>
<p>Formas de concertar</p>	<p>Es formal cuando se aplican disposiciones conocidas como las del juicio de conocimiento ordinario, y se guía por normas de derecho práctico.</p> <p>Cuando el procedimiento se ajusta a las modalidades que las partes acuerdan es un arbitraje no formal.</p>
<p>Modalidades en la relación jurídica</p>	<p>Si el desarrollo del arbitraje se fija sobre normas internas o locales, se le conoce como interno o doméstico.</p> <p>Se estará en presencia de un arbitraje extranjero o internacional si las normas en uso provienen de tratados o convenios internacionales.</p>

En cuanto a las formas de llegar a concretar el acuerdo, se cuenta con dos posibilidades, una es la cláusula compromisoria y la otra el compromiso arbitral. La primera de ellas corresponde a una actuación preventiva de las partes, quienes deciden someterse a

este régimen si entre ellas surgieran controversias respecto de una determinada relación jurídica, comprometiendo las soluciones al laudo arbitral.

Con respecto al compromiso arbitral, este se formaliza en un acto por el cual las partes, en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de la ley, someten a decisión arbitral las cuestiones concretas que en el documento determinan, se designa a los árbitros o se les convoca, si ya estuvieran nombrados, y se fijan las modalidades de la actividad.

El compromiso, contrato de índole contractual, debe formalizarse por escritura pública o instrumento privado, por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel al que le correspondió su conocimiento.

f. El Ombudsman

El ombudsman o defensor del pueblo es, en sí mismo, una autoridad moral, fuente de consulta de los ciudadanos y órgano de control de los demás poderes estatales. Su función gira en torno a cuatro grados básicos de responsabilidad correspondientes a la investigación, la mediación, promoción del cambio y garantía de la defensa de la Constitución.

El modelo típico de este sistema se desarrolla sobre tres características esenciales:

- Ser un funcionario, autónomo, preferentemente sin vinculaciones con partidos políticos e independiente de todo órgano de gestión o gobierno.
- Poseedor de la facultad de investigar, criticar y publicar sus resoluciones, aun sin tener la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas.
- Actuación provocada por la instancia de particulares y entidades, o de oficio, tendente a resolver las conductas insidiosas del mal funcionario, o la defectuosa actividad de la administración.

La creación del Ombudsman tiene lugar en dos vías, ya sea por la constitucional o decisión legislativa, o bien, por medio del Poder Ejecutivo. En este último caso, suele variarse su objetivo funcional al designárseles para cumplir cierto tipo de tareas especiales, denominándolos "Executive Ombudsman".

Cabe aclarar que el mecanismo por el cual se "crea" la institución es diferente al medio por el cual se "designa" o "selecciona" al portavoz o representante institucional. En este último supuesto,

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la designación por un órgano determinado no significa dependencia de él, no es un delegado ni un mandatario, no existe derivación ni instrucciones, la autoridad le pertenece al defensor como atributo natural de su cargo.

En cuanto a la creación del funcionario por decisión del Poder Ejecutivo, existe cierta desconfianza acerca de la auténtica independencia del órgano. No obstante, son múltiples las legislaciones que provocan la institución desde el cuerpo administrador y, en verdad, no existen fisuras en su dinámica y gestión, por tanto, pareciera que no existen obstáculos para crear un defensor del pueblo desde la decisión del gobierno.

En relación con la inserción constitucional del Ombudsman, su problema oscila entre la alternativa de incluir el instituto como parte de los órganos de la Constitución, o en crearlo mediante una ley ordenatoria que regule sus atributos y características.

Además, la Constitución no fija todos los procedimientos o técnicas destinados a concretar el ejercicio del control parlamentario, por ende, si el Congreso resuelve aprobar una iniciativa creando la magistratura del Ombudsman o "Defensor del Pueblo", no está delegando, en sentido constitucional, ninguna de sus competencias, sino, simplemente, asignando una porción de ellas a un órgano que le estará jerárquicamente subordinado o imputándole funciones. Sin embargo, la contitucionalización del Ombudsman no garantiza que su ámbito existencial sea efectivamente operativo, cosa que en algunos países se logra sin figurar tal funcionario en la Constitución.

Por otra parte, el procedimiento ante el Ombudsman contempla varios aspectos:

- Acceso: al Ombudsman se llega en forma directa, o a través del Parlamento o Congreso, por medio de sus representantes. En el primer caso, se supone que el Ombudsman recibe directamente la denuncia de cualquier ciudadano, por escrito y con detalle, se investiga, y conforme a las facultades que cada ley de instrucciones le confiera, podrá citar testigos, solicitar informaciones, incautar documentación o escritos públicos, sugerir interpretaciones, o bien procurar encauzar el desvío denunciado mediante la redacción de un informe o proposición. El acceso indirecto consiste en que el interesado debe poner la queja ante los diputados o senadores quienes, de acuerdo con la situación, verificarán su admisibilidad y procedencia para después comunicarlo al defensor.
- Formas de intervención: el Ombudsman puede intervenir a pedido de parte o actuar de oficio. Las inspecciones son el fuerte de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la eficacia del instituto, pues al actuar con independencia tanto en un caso concreto, sin saber lo que va a encontrar, como en aquellas otras donde interviene sobre hechos determinados o personas ya conocidas, las mismas pueden constituirse en medios probatorios. Además, debe quedar claro que la queja presentada ante el Ombudsman no supone una respuesta automática, por más que la denuncia refleje un interés por proteger.

- Formalismos mínimos: en ocasiones basta con completar un simple formulario, no se exige intervención de letrados o profesionales patrocinantes; no es obstáculo la nacionalidad o el estar recluido en un centro carcelario. El plazo para interponer la denuncia suele ser de un año, contado a partir de la toma de conocimiento efectivo de los actos que motivan la crisis, no así para el Ombudsman, quien comienza y termina cuando lo considera oportuno.
- El trámite: las quejas se reciben en la oficina del defensor, quien inicia un expediente en el cual reunirá todos los elementos necesarios para la investigación. Una vez lograda determinada conclusión ha de resolver si la denuncia puede ser planteada posterior o simultáneamente ante la justicia ordinaria; del mismo modo, debe informar sobre la necesidad de agotar las instancias administrativas de reclamo.

Con respecto a la investigación, resulta fundamental otorgar a la dependencia administrativa o al funcionario interesado la posibilidad de alegar y replicar en su defensa, así como notificarle el contenido del reclamo ofreciendo un plazo razonable para la respuesta e incorporación de la prueba.

En ciertas ocasiones la crisis se debate en una audiencia común, donde comparecen partes involucradas, testigos y demás interesados. Luego de haber escuchado a todos, el Ombudsman estará en condiciones de emitir su dictamen. En otras oportunidades será el defensor quien actúe de oficio, como cuando realiza giras de fiscalización en establecimientos carcelarios.

Las resoluciones producto de la intervención del defensor del pueblo son, generalmente, recomendaciones, sugerencias o recordatorios, que se unen a la publicidad de las conclusiones para repercutir sobre el órgano vinculado, comprometiéndolo al cumplimiento. Éstas pueden ser seguidas, o no, por el funcionario al cual se dirigen, aunque no existen grandes dificultades para lograr su admisión.

g. Los Procesos Alternativos

Los procesos alternativos figuran como mecanismos extrajudiciales de carácter flexible y fáciles de acceder, claro está, sin perjuicio de formas perfectamente jurisdiccionales que orientan la solución a partir de la metodología utilizada para incidir en las voluntades de partes en controversia. Algunos de ellos son:

i. El mini trial

Es un procedimiento informal a través del cual las partes interesadas toman conocimiento íntimo y detallado de la disputa mediante su asistencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados de las partes. Estos últimos son los operadores directos del sistema, lo que destaca su rol de negociador.

La negociación inicia con la presentación del caso ante los interesados directos, luego el abogado del actor indica el foco litigioso que su parte reconoce, sosteniendo las verdades normativas que, a su parecer, le ayudarían a alcanzar un buen resultado. También señala las pruebas correspondientes, principalmente documentales y, por último, le otorga tiempo a su interlocutor para oír sus razones, quien no discute posiciones, sino que exhibe contrapruebas de su derecho.

Lograda la comparecencia y producidas las alegaciones, todos los reunidos procuran encontrar los acuerdos necesarios para solucionar el conflicto, tomando en cuenta que la reunión no tiene plazos y el curso por seguir tampoco tiene un tiempo de celebración.

ii. El oyente neutral

Es un tercero neutral, libremente elegido por las partes en discordia, que goza de la confianza de ellas debido a sus impecables antecedentes o por el conocimiento directo que tengan acerca de él.

El oyente neutral recibe de cada interesado una propuesta para sugerir al oponente, su tarea es evaluar las posibilidades reales de cada oferta de conciliación o transacción sobre las cuales se intente convenir un acuerdo final.

La actuación suscitada no obliga a las partes, sólo las persuade de la conveniencia, ya que el tercero únicamente sugiere y recomienda, por tal circunstancia está obligado a callar cuanto sabe del conflicto, y si fuese convocado a declarar en un proceso ordinario que debatiese el conflicto que él no pudo conciliar, lo amparará el secreto profesional.

iv. El dictamen por expertos

Se basa en un acuerdo anterior que no se completó por pequeñas diferencias que las partes deciden resolver sobre el dictamen que emita un experto determinado. Este pronunciamiento puede ser indicativo u obligatorio, conforme se hubiere dispuesto, pero en ambos casos se puede utilizar la opinión ante la Corte.

v. El "Adjudicator"

Algunas veces, la proyección del conflicto puede llegar a afectar la imagen pública de alguna de las partes, por tanto, la decisión de la crisis se confía al "Adjudicator". Él recibe, bajo compromiso de consideración confidencial y reservada, la petición y la prueba instrumental de cada una de las partes.

En consecuencia, cada una ignora lo elegido por la otra y la información técnica suministrada. Con base en dichas presentaciones el "Adjudicator" resuelve la disputa, esta resolución no obliga a las partes, su valor se concentra en suministrar una nueva base para la negociación de un arreglo o transacción.

vi. Juicio por jurado sumario

Es un procedimiento utilizado simultáneo a la mediación. Consiste en la formación de una suerte de jurado integrado por personas incluidas en las listas generales de jurados potenciales. Este jurado ficticio está facultado para dictar un veredicto que no es obligatorio, mas se le utiliza para dar a las partes litigantes una idea razonablemente precisa del probable criterio que aplicaría un jurado de verdad si el caso hubiera sido sometido a su consideración; al mismo tiempo, permite ganar un conocimiento certero de la posición de las partes.

Este tipo de proceso facilita la participación popular en la justicia, y surge a raíz de la desacreditada imagen del Poder Judicial, debido al problema de considerar al juez situado en una posición de vigilante y perdiendo de vista la realidad, justamente por estar alejado de ella; así como el desprestigio social que sufren los abogados. La justicia, en manos de la sociedad por medio de representantes libremente escogidos, tiene la ventaja de la rapidez, la agilidad y simplificación de sus actuaciones. Algunas otras formas relacionadas con la anterior son:

vii. El jurado

Consiste en la reunión, en juicio oral y público, presidido por un juez profesional, de una multiplicidad determinada de ciudadanos no juristas, con derecho a voto y escolarizados, aportando sus diferentes puntos de vista. Escuchan por primera vez, y con gran atención, tanto los hechos y pruebas ante ellos practicados o reproducidos en relación con la conducta del inculpado, como los argumentos de acusación y defensa.

Se retiran a deliberar solos para llegar a un criterio unánime después de haber oído el resumen no vinculante del juez profesional. Finalmente, emiten un veredicto de culpabilidad o inocencia, seguidamente el juez dicta la sentencia contemplando los preceptos penales y condenando a la pena individualizada.

Este procedimiento tiene, así mismo, sus ventajas y desventajas. Con respecto a las primeras se puede decir que ofrece una rápida solución de controversias penales o no penales, y se tiene la seguridad de que el jurado emite su opinión según su conciencia o en sinceridad con sus valores de justicia.

Las desventajas encontradas son el alto costo, sea por los esfuerzos que supone la integración o por la inversión económica que asume el Estado. Otra deficiencia se relaciona con la predisposición natural a enjuiciar desde los sentimientos más que desde la razón, lo cual puede afectar la validez intrínseca del veredicto.

Viii. El escabinado

Constituye una nueva forma de participación popular en la justicia, no la definitiva, cuya principal característica radica en la reunión de jueces-legos para la resolución y total conocimiento de asuntos.

Conviene aclarar que este tribunal no divide funciones ni sectoriza su actividad según las capacidades de sus integrantes. En conjunto analizan los hechos, valoran pruebas, se orientan por el derecho aplicable y vierten su opinión en el veredicto.

1. ENFOQUES INEFECTIVOS PARA RESOLVER CONFLICTOS

Enfoque	Críticas
La Conquista: consiste en marcar una victoria, vencer al oponente, probar que usted está en lo cierto y cuán equivocado está el otro bando. Un conflicto llega a ser	El poder es entendido y empleado en forma destructiva. El bando con más poder coercitivo y dominante en la relación tiene una clara ventaja para determinar

Centro de Información Jurídica en Línea
 Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

<p>una batalla para ganar, una lucha para obtener ventaja en una relación, o para lograr predominio.</p>	<p>los resultados. Polariza las posiciones y restringe las opciones para resolver conflictos. Es necesario un "perdedor", lo cual no mejora en nada la relación, y el "ganador" solo disfrutará una ventaja a corto plazo.</p>
<p>La Evitación: se trata de fingir que los conflictos no existen para que desaparezcan, ya sea porque no se confía en la propia capacidad para resolverlos, se teme tanto al conflicto que se hace todo lo posible por no relacionarse con gente que es diferente en cuanto valores, ideas, y otros; o bien, a pesar de reconocer la existencia del conflicto, la persona se niega a enfrentarse con la otra parte.</p>	<p>Las personas se privan de oportunidades para un importante crecimiento personal. El abordaje del conflicto solamente se pospone y generalmente permite que este empeore. Las frustraciones se exacerbaban y las percepciones erróneas continúan sin ser aclaradas. Se vuelve difícil que la relación mejore.</p>
<p>El Regateo: el regateador ve la solución al conflicto como un juego en el que las demandas y los intereses son comerciados y el éxito se define por la cantidad que cada parte concede.</p>	<p>Se concentra en las demandas de cada bando, pero ignora las necesidades, las percepciones, los valores, las metas y los sentimientos de la gente involucrada. Define el poder en términos de que un bando puede presionar, o lograr que el otro renuncie. Impide llegar al corazón del conflicto y dar pasos positivos para resolverlo.</p>
<p>Bandaíd o el rápido mediador ("las curitas"): mucha gente se siente tan incómoda con el conflicto que llegan a cualquier solución de rápido arreglo, como si se tratara de cubrir una herida con una "curita" Tal vez el rápido mediador tiene poca confianza en las habilidades para resolver conflictos o se preocupa de que si la verdadera naturaleza del conflicto emerge, aumente la amenaza de emociones cada vez más fuertes.</p>	<p>Crea la ilusión de que los problemas fundamentales han sido tratados, haciendo que asuntos importantes queden sin resolver. Produce o aumenta la falta de confianza en la solución del conflicto al ver que ni este ni la relación mejoran. Quita poder a los bandos porque no desarrollan un proceso que puedan usar eficientemente en dificultades futuras.</p>
<p>El jugador de un papel: demasiadas personas se esconden innecesariamente detrás de sus</p>	<p>Perpetúa una relación injusta o un sistema y bloquea cambios importantes.</p>

papeles al abordar conflictos. Antes que relacionarse con los demás como gente, se relacionan solamente desde un personaje: jefe a empleado, maestro a estudiante, padre a hijo, entre otros. En un conflicto, cuando la gente actúa desde su rol, aquellos que están en algunos de menor status y poder contarán con mayor desventaja.	Impide que el proceso para solucionar un conflicto reciba las valiosas contribuciones de una persona con un papel menos poderoso socialmente. Restringe mucho las opciones para resolver conflictos. Crea una relación desfavorable que puede dañar las posibilidades positivas para ambos grupos.
---	--

h. La Resolución Alternativa de Conflictos en la Constitución Política

“El derecho que brinda nuestra Carta Magna en el artículo en comentario logra su mayor expresión al momento de la entrada en vigencia de la LRAC, donde se dedica todo el capítulo III a desarrollar el arbitraje (arts. 18 a 70), lo que comprende la mayor parte del alcance de la ley indicada. Lo anterior no quiere decir que las posibilidades de resolución alternativa de conflictos no se verificaban, sino que se encontraban escasamente reguladas por una legislación que ofrecía menores y más limitadas posibilidades de solución; esta situación, en la actualidad, se encuentra satisfactoriamente superada.

El art. 2º LRAC recoge el principio constitucional y señala que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. Como vemos, el artículo constitucional hace expresa referencia al arbitraje, el cual es una forma de solución alternativa de conflictos, pero en realidad existen muchas otras formas de solución que la misma ley señala explícitamente. Por ello, resulta necesario entender que la Constitución al señalar al arbitraje como medio para resolver las diferencias patrimoniales, aún existiendo proceso judicial pendiente, en realidad está haciendo extensiva cobertura de cualquier otra forma de solución alternativa de esos conflictos de carácter patrimonial.

Por su parte, el art. 3º LRAC consagra la posibilidad de llegar a un acuerdo que solucione el conflicto entre particulares en cualquier momento, aún cuando haya proceso judicial pendiente. Además, agrega la misma disposición de que en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y ésta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Es por ello que la LRAC contempla la posibilidad de la conciliación y la mediación (arts. 4 a 17), así como del arbitraje y los laudos (arts. 18 a 70).

La conciliación es una de las formas más antiguas de resolver disputas entre personas y de ella se puede hablar en dos sentidos: por una parte, la proveniente del acuerdo de voluntades que se dirige a encontrar puntos de acercamiento entre los intereses que se enfrentan sin que para esto sea necesaria la intervención de terceros; por la otra, la actividad dispuesta por otro para aligerar las tensiones y desencuentros de las partes. En el primer caso, la conciliación es el resultado de lo que se puede identificar como actitudes libres y privadas, pero en el segundo, el tercero que interviene como conciliador puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente.

La mediación es una realidad muy cercana a la conciliación, pero en realidad tiene características muy particulares. La mediación parte de una premisa diferente que la conciliación, pues no se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho), sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no se ajuste al marco exacto de la perspectiva analizada, por lo que puede llegarse a resultados absolutamente diferentes del cuadro típico que califica la pretensión y sus resistencias.

El arbitraje se encuentra más cercano a lo que podemos identificar como un proceso judicial común. Se le define como "un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resolviera."

El arbitraje puede presentarse en diversas modalidades: tenemos el arbitraje voluntario, el cual surge de la libre determinación de las partes, sin que deba existir previamente un compromiso que los vincule; el arbitraje forzoso, el cual, a diferencia del anterior, viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto; y el arbitraje jurídico o de equidad, donde en el primer caso se requiere de jueces capacitados en la materia a resolver y en el segundo basta con los buenos oficios, la llamada amigable composición."²

2. Normativa

a. Constitución Política³

Artículo 43.-

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

b. Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social⁴

Artículo 30.- Convenios para solucionar conflictos

El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun cuando haya **proceso** judicial pendiente.

Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el **proceso** y esta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente.

Artículo 39.- Libre elección del procedimiento

Con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el proceso arbitral siempre que ese procedimiento respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción. Mediante resolución fundada y en cualquier etapa del proceso, el tribunal podrá modificar o ajustar las normas sobre el procedimiento que hayan seleccionado las partes y que no se ajusten a los principios indicados, con el objeto de propiciar un equilibrio procesal entre las partes y la búsqueda de la verdad real.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral, con sujeción a la presente ley, deberá dirigir el arbitraje guiado por los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad. También podrá adoptar reglas o

procedimientos existentes sobre arbitraje, utilizadas por entidades dedicadas a la administración de **procesos** arbitrales, tanto nacionales como internacionales, así como leyes o reglas modelo, publicadas por entidades u organismos nacionales e internacionales.

De oficio o a petición de partes y durante cualquier etapa del procedimiento, el tribunal celebrará las audiencias necesarias para recibir y evaluar cualquier tipo de prueba o presentar alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se substanciarán únicamente sobre la base de documentos y demás pruebas existentes.

Todos los escritos documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral deberá comunicarlos, simultáneamente a la otra parte.

Las normas **procesales** de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral.

Artículo 52.- Medidas cautelares

En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias.

La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral.

c. Código Procesal Civil⁵

Artículo 521.- Irrenunciabilidad del procedimiento (*)

El procedimiento establecido en los artículos siguientes no podrá ser modificado por convenio entre las partes.

(*) El presente artículo ha sido derogado mediante Ley No. 7727 de 9 de diciembre de 1997. LG# 9 de 14 de enero de 1998.

Artículo 522.- Arbitraje de derecho (*)

En el arbitraje de derecho se procederá de la siguiente manera:

1) Si se tratare de un tribunal colegiado, se elegirá un presidente.

El tribunal funcionará en el local que se acuerde, y podrá nombrar un secretario, cuyos honorarios se fijarán en forma razonable, y serán depositados en el juzgado o alcaldía, para su pago oportuno.

2) Los árbitros concederán a las partes un plazo que no excederá de la cuarta parte del fijado por aquellas o por éste

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Código para laudar, con el fin de que formulen por escrito su pretensión y ofrezcan la prueba. Si alguna de ellas no lo hiciera, se continuará el proceso en su rebeldía. Las partes deberán acompañar copia de los escritos y documentos. Las copias presentadas por una parte serán entregadas a la parte contraria.

3) Para contestar por escrito a las alegaciones contrarias, se concederá a ambas partes otro plazo equivalente a la cuarta parte del fijado por las partes, o del fijado en este Código, y podrá ofrecerse la prueba que sea necesaria.

4) Vencido ese segundo plazo, los árbitros ordenarán la práctica de las pruebas que sean necesarias para demostrar hechos de influencia en la resolución del conflicto. El plazo para la recepción no podrá exceder de la cuarta parte del plazo total.

5) Respecto a las pruebas y notificaciones que no puedan practicar por sí mismos, los árbitros solicitarán auxilio del juzgado o alcaldía, según sea el caso, del lugar donde se desarrolla el arbitraje.

6) Los árbitros podrán conceder un plazo para que las partes presenten su escrito de conclusiones.

7) Los árbitros gozarán de la facultad concedida en el artículo 331.

8) El laudo será dictado sobre cada uno de los puntos sometidos a su decisión, dentro del plazo que reste por correr del señalado en el compromiso o en este Código.

9) Si el tribunal nombrare un secretario, éste hará las notificaciones correspondientes.

(*) El presente artículo ha sido derogado mediante Ley No. 7727 de 9 de diciembre de 1997. LG# 9 de 14 de enero de 1998.

Artículo 523.- Facultades procedimentales del presidente (*)

En cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría decidirá el voto del presidente; si el tribunal hubiere autorizado al árbitro presidente, éste decidirá lo que corresponda.

(*) El presente artículo ha sido derogado mediante Ley No. 7727 de 9 de diciembre de 1997. LG# 9 de 14 de enero de 1998.

Artículo 524.- Arbitraje de equidad (*)

En caso de equidad, el procedimiento podrá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 522. Pero en todo caso los árbitros oirán a las partes y les darán la oportunidad de ofrecer las pruebas que fueren necesarias. No obstante, se someterán a las reglas de actuación que las partes hubieren establecido en el compromiso.

(*) El presente artículo ha sido derogado mediante Ley No. 7727 de 9 de diciembre de 1997. LG# 9 de 14 de enero de 1998.

3. Jusrisprudencia

a. Competencia del Tribunal Arbitral para dictar Medida Cautelar

"I.- Con base en el numeral 38 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, compete a esta Sala decidir, por vía de apelación, sin trámite adicional alguno y sin ulterior recurso sobre la competencia del tribunal arbitral, sin perjuicio de que el tema puede también ser examinado como causal de nulidad del laudo, cuando por la naturaleza de la discusión o por otra circunstancia no fuere posible resolver el conflicto interlocutoriamente. II.- Esta Sala, por resolución de las 16 horas del 21 de junio del año 2000, correspondiente al Voto N° 177-A-00.BIS, dirimió un conflicto similar al presente estableció: "VIII. La norma tiene justificación en la incorporación del principio de kompetenz-kompetenz, que se atribuye al derecho francés según el cual el tribunal arbitral tiene competencia para conocer acerca de su propia competencia, lo que se traduce en el aforismo, el juez de la acción es el juez de la excepción. En virtud de esa regla el Tribunal debe examinar, al igual que los jueces ordinarios su competencia para conocer el asunto concreto sometido a su conocimiento, bien sea de oficio o por gestión de parte y de considerar que es incompetente declararlo así. Tal incompetencia puede estar referida a la materia objeto de controversia o la misma conformación, inscripción y habilitación del tribunal arbitral, incluso a la forma en que debe resolver el Tribunal, si es de derecho o de equidad.". III.- Con ese marco jurisprudencial, corresponde ahora estarse, en este caso, frente a una impugnación originada en la inconformidad que muestra el recurrente, con ocasión de la decisión del Tribunal Arbitral de rechazar la excepción de incompetencia por él opuesta, y estimarse

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

competente para imponerle a su representada la medida cautelar solicitada, concretamente, de rendir una garantía consistente en el depósito de un monto por determinar que garanticen las resultas de este proceso. Objeta lo resuelto, argumentando -en lo medular y conducente-, la incompetencia para resolver y otorgar tales medidas, sustentado en la doctrina que informan los ordinales 52 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 11 del Código Procesal Civil. IV.- Con la Ley 7727 conocida como Ley RAC se propuso desjudicializar al máximo el arbitraje, para convertirlo en una alternativa real al procedimiento común. Por eso, entre otros, sustrajo del Código Procesal Civil el proceso arbitral y prohibió que los órganos judiciales pudieran ser investidos como árbitros de equidad o de derecho. Limitó así, en todo lo posible, la ingerencia jurisdiccional en ese proceso. En lo que a esta Sala concierne, su participación y consecuentemente su ámbito competencial, quedó restringido a: a) nombramiento del tercer árbitro en caso de Tribunal Colegiado o arbitro Presidente, cuando por cualquier circunstancia no hubiere elección de éste dentro del plazo señalado por la ley; b) lo resuelto definitivamente por el Tribunal Arbitral relativo a su competencia; c) la nulidad del laudo cuando fuera imprecada vía recurso por alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 67 de aquella ley; y d) excepcionalmente, por un vacío legal manifiesto, para conocer de la recusación contra todos los miembros de un tribunal. V.- La cuestión que aquí se discute, no se refiere a la competencia del Tribunal para resolver el diferendo objeto del examen en el laudo que en definitiva deberá de dictar, pues en ello las partes están anuentes y así han manifestado su deseo de someterse a esa forma de solución y no tienen objeción alguna al respecto. Por el contrario, la inconformidad del recurrente estriba en la falta de competencia para dictar la medida cautelar dispuesta que no incide en el fondo del asunto, por ende no se enmarca dentro de los presupuestos que a esta Sala le corresponde dilucidar. VI.- De lo antes expuesto viene que el aspecto impugnado al no referirse a la competencia del órgano, en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley 7727, sino a un problema interlocutorio que, como tal, carece del recurso de apelación, lo cual induce a declarar mal admitido el recurso, pues no se está en el caso que contempla el citado ordinal y así se dispone."⁶

b. Aplicabilidad de las Medidas Cautelares exclusivamente a Arbitrajes Nacionales

"III.- Salvo la condena oficiosa de costas a cargo de la recurrente, comparte el Tribunal la resolución recurrida. Siguiendo el mismo orden de los motivos de inconformidad, el primero de ellos es inadmisibles porque las excepciones no se identifican por su denominación sino por su contenido. Aceptar el agravio de la recurrente sería caer en un excesivo formalismo, lo cual violaría el principio de libertad de formas consagrado en el artículo 132 del Código Procesal Civil. De manera expresa la accionada interpuso: " excepción de falta de competencia por razón del territorio nacional, y subsidiariamente, solo en el caso de que la anterior sea rechazada, la excepción de incompetencia por razón del territorio" (folio 25.) Conforme al texto del memorial, la defensa principal tiene como sustento la existencia de una cláusula arbitral en caso de existir controversias entre las partes, concretamente el compromiso de acudir a un arbitraje en Chicago Illinois Estados Unidos. En esas condiciones, ni siquiera había necesidad de advertir que la excepción se entendía como cláusula arbitral. Al quedar demostrado ese acuerdo de renuncia a la jurisdicción estatal y los litigantes comprometerse a resolver las diferencias fuera del territorio nacional, bastaba con acoger la defensa principal opuesta. El agravio, en consecuencia, es el producto de una pequeña confusión del Juzgado al pretender darle mayor rango legal a la cláusula que, en este caso concreto, sirvió de argumento para alegar una incompetencia en el ámbito del territorio nacional. De todos modos, esa inadvertencia no afecta la decisión tomada. El segundo argumento de la recurrente tampoco es de recibo. La prueba anticipada no se califica de "simple solicitud", por el contrario, es posible hablar de un proceso anticipado. Si bien tiene una finalidad accesoria porque siempre formará parte del principal de acuerdo con el numeral 241 del cuerpo legal citado, lo cierto es que guarda su autonomía hasta su respectiva acumulación. Esa independencia procesal se refleja en el numeral 29 párrafo 2º ibidem, al establecer un parámetro de competencia territorial para la confesión fuera de juicio. Ello significa, indudablemente, que en estos asuntos es posible oponer la incompetencia como excepción. Por otro lado, el artículo 302 párrafo 1º ibidem menciona la excepción de falta de competencia por razón del territorio nacional. Se ubica dentro del proceso ordinario, pero en realidad se trata de una norma general aplicable a cualquier tipo de proceso en virtud de que esa opción no se limita a los declarativos. No tiene lógica admitir la incompetencia a lo interno del país y prohibir la de carácter internacional. La ausencia de norma expresa se justifica porque resulta innecesario que un Código la incluya. Corresponde a la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

teoría general del proceso dar la respuesta; esto es, la competencia junto con la capacidad o defectuosa representación, son presupuestos formales o procesales revisables aun de oficio o a petición de parte. El agravio tercero quedó superado en segunda instancia. Mediante resolución de las 10 horas del 27 de abril del año en curso, visible a folio 62, el Tribunal le previno a la parte demandada aporta traducción del contrato de folios 10 a 23 y se cumple a folios 68 a 81. Se puso en conocimiento de la apelante según providencia de las 13 horas del 3 de junio de los corrientes, sin que exista oposición. Al describir en términos generales el negocio objeto de la confesión anticipada, la actora no menciona expresamente el contrato aportado por la demandada. Sin embargo, reconoce que el interrogatorio versará sobre la venta y exportación de producto de oficina a la compañía demandada, todo lo cual coincide con el contenido del convenio suscrito por las partes y agregado a los autos. La apelante, ante el a-quo ni en esta instancia, ha tratado de demostrar que la confesión es totalmente ajena a ese contrato. En otras palabras, debió acreditar la existencia de alguna otra relación comercial distinta a la del convenio de distribución, al menos para considerar que la confesión no se refiere necesariamente a ese pacto contractual. No se objetó su veracidad y la traducción apoya la excepción opuesta porque la incorporación de un compromiso arbitral es incuestionable. La última protesta también es improcedente. La queja de la recurrente, sin que lo haya dicho expresamente, la fundamenta en el párrafo final del artículo 52 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. Sin embargo, esa norma es aplicable cuando se trata de arbitrajes dentro del territorio nacional, en cuyo caso el Tribunal arbitral solicita la cooperación judicial o, en su defecto, la medida cautelar o prueba anticipada luego se agrega al proceso arbitral principal. La situación es distinta cuando el arbitraje es internacional y éste radica fuera de Costa Rica. En esa hipótesis, la prueba anticipada en nuestro país no sería accesoria porque no se podría agregar al principal. Tampoco es posible apoyarse en la economía procesal ni el debido proceso. Según el acuerdo arbitral, cualquier disputa y como tal se entiende la posibilidad de una confesión, debe efectuarse en Estados Unidos -concretamente Chicago Illinois. Será en ese lugar donde una vez instalado el Tribunal arbitral se puede llamar a declarar a la demandada. No se trata de una denegatoria de prueba, sino que los tribunales nacionales carecen de competencia para practicarla, salvo que sea solicitada por medio de los conductos consulares en su oportunidad."⁷

FUENTES CITADAS:

- 1 GOZAÍNI, O. Formas alternativas para la resolución de conflictos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995. Resumen elaborado por Licda. Kattia Escalante Barboza/Módulo Conciliación Laboral UCR.
- 2 CHEVES Aguilar, Nazira y ARAYA Pochet, Carlos. Constitución Política Comentada de Costa Rica. Mc Graw Hill Interamericana Editores. México D.F., 2001. pp. 157-158.
- 3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, 7 de noviembre de 1949.
- 4 Ley Número 7727. Costa Rica, 9 de diciembre de 1997.
- 5 Ley Número 7130. Costa Rica, 21 de julio de 1989.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 150-2003, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de marzo de dos mil tres.
- 7 TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Resolución No. 649-2005, de las nueve horas del veintidós de junio de dos mil cinco.