

Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441, por Elena I. Highton, Jorge Mosset Iturraspe, Martín E. Paolantonio y Julio César Rivera (560 págs.)

Fideicomiso. Fideicomiso financiero. Contrato de leasing. Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de correaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al régimen registral, al Código Penal y a las leyes impositivas

Derecho de Tránsito. Ley 24.449, por Jorge Mosset Iturraspe y Horacio Daniel Rosatti (360 págs.)

El tránsito. Concepto y normatividad. En busca de la unificación normativa. Principios generales de la ley 24.449. El control del tránsito. Consideración jurisprudencial del peatón. La licencia de conductor. Señalamiento vial. La circulación. Reglas de velocidad. Las faltas de tránsito. Medidas cautelares. El proceso de faltas. Las sanciones. La responsabilidad: eximentes, atenuantes y agravantes. Accidentes de tránsito. Seguro obligatorio

Contratos (edición actualizada), por Jorge Mosset Iturraspe (560 págs.)

Ubicación y caracterización. Noción y clasificación. Formación. Contratos previos. Modalidades. Vicios. Quiénes pueden contratar. Contratación por y para otro. La operación jurídica. El motivo determinante. Solemnidades. Demostración en juicio. Sentido y alcance. Consecuencias. Partes y terceros. El volver a ver. Alternativas. La sanción reparadora. Efectos de los bilaterales. Vicios en el derecho y en la cosa. Otras fuentes lícitas. La cooperación sin encargo. El desplazamiento patrimonial incausado.

16.05.2010 10.00.00 10.00.00 10.00.00

**William L. Ury – Jeanne M. Brett
Stephen B. Goldberg**

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

*Diseño de sistemas para
reducir los costos del conflicto*

**Edition al cuidado de las Dras.
ELENA I. HIGHTON, GLADYS S. ALVAREZ
Y GRACIELA TAPIA**

05883



RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Tucumán 2644 – Tel. (042) 555520 – 3000 Santa Fe
Montevideo 1740 – Tel. (041) 493879 – 2000 Rosario
Lavalle 1635 - 1º "A" – Tel. (01) 375-0154 / 3427 – 1048 Buenos Aires

331108.0
083C
1995

Capítulo 1

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS
Intereses, derechos y poder

Todo comenzó con un par de botas robadas. Los mineros generalmente dejan su ropa de trabajo en canastas que apilan hasta el techo de los vestuarios entre los turnos de trabajo. Una noche un minero descubrió que habían desaparecido sus botas¹. No podía trabajar sin botas. Furioso, se dirigió al jefe de turno y protestó: "Maldito sea, alguien robó mis botas. No es justo. ¿Por qué debo perder la paga de un turno y el precio de un par de botas porque la empresa no puede proteger la propiedad?"

"Mala suerte", respondió el jefe de turno. "La compañía no se hace responsable por la propiedad privada que queda en el predio de la empresa. ¿Por qué no lee el reglamento de la mina?"

El minero masculló entre dientes: "Ya les voy a mostrar. Si yo no puedo trabajar en este turno, no va a trabajar nadie". Convenció a algunos compañeros que se fueran con él y, en solidaridad sindical, todo el resto los siguió.

¹ Para poder manejarnos delicadamente entre la Scylla del lenguaje con connotación alusiva a un único sexo y el Charybdis de la escritura torpe, elegimos alternar el uso de los pronombres masculinos y femeninos.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

El supervisor de la mina nos dijo más tarde que en otras oportunidades él había repuesto las botas robadas de los mineros y que el jefe de turno debería haber hecho lo mismo. "Si el jefe de turno le hubiera dicho al minero: 'Le compraré un par nuevo y mientras tanto le presto un par', no hubiéramos tenido una huelga". El supervisor consideraba que su forma de resolver la disputa era mejor que la del jefe de turno o la del minero. ¿Tenía razón?, y si la tenía, ¿por qué? ¿De qué manera puede decirse que algunos procedimientos de resolución de disputas son mejores que otros?

En este capítulo analizamos tres formas de resolver una disputa: conciliando los intereses de las partes, determinando quién tiene la razón y definiendo quién es más poderoso. Analizamos los costos de las disputas desde el punto de vista de los costos de transacción, la satisfacción con los resultados, los efectos que tienen sobre la relación y la recurrencia del conflicto. Nosotros sostenemos que, en general, la conciliación de los intereses cuesta menos y rinde resultados más satisfactorios que la determinación de quién tiene la razón, lo que a su vez cuesta menos y rinde resultados más satisfactorios que la definición de quién es más poderoso. Por lo tanto el objetivo del diseño de sistemas de disputas es lograr un sistema en el cual la mayoría de las disputas se resuelvan conciliando los intereses.

Tres formas de resolver disputas

Una disección de la disputa de las botas

Una disputa comienza cuando una persona (u organización) efectúa un reclamo o demanda a otra que los rechaza². El reclamo puede surgir de algo que se percibe como un daño o

² Esta definición está tomada de Fetsiner, W. L. F.; Abel, R. L. y Sarat, A., "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming" ("Emergencia y transformación de las disputas: nombrando, culpando y reclamando"), *Law and Society Review (Revista de Derecho y Sociedad)* 1980-81, 15, 631-654. El artículo contiene una interesante discusión relativa a las disputas y cómo surgen.

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

de una necesidad o aspiración³. Cuando el minero se quejó ante el jefe de turno por las botas robadas, estaba reclamando que la empresa se hiciera responsable y remediará el daño que él percibía. El rechazo del reclamo por parte del jefe de turno lo convirtió en una disputa. Resolver una disputa implica convertir posiciones encontradas —el reclamo y su rechazo— en un resultado único⁴. La solución de la disputa de las botas podría haber sido un acuerdo negociado, la decisión de un árbitro o una decisión por parte del minero de abandonar su reclamo o por parte de la empresa de otorgarlo.

En una disputa, las personas tienen ciertos intereses en juego. Más aún, existen ciertas pautas o derechos relevantes que son indicadores de un resultado justo. También existe un cierto equilibrio de poder entre las partes. Es así, pues, que los intereses, los derechos y el poder son tres elementos básicos de cualquier disputa. Al resolver una disputa, las partes pueden elegir concentrar su atención en uno o varios de estos factores básicos. Pueden buscar: 1) conciliar sus intereses subyacentes; 2) determinar quién tiene la razón, y/o 3) definir quién es más poderoso.

Cuando el minero reclamó a la empresa que tomase alguna medida en relación a sus botas robadas, él se concentró en los

³ Ver Fetsiner, W. L. F.; Abel, R. L. y Sarat, A., "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming" ("La emergencia y transformación de las disputas: nombrando, culpando y reclamando"), *Law and Society Review (Revista de Derecho y Sociedad)*, 1980-81, 15, 631-654.

⁴ Al hablar de la resolución de disputas, más que de procesamiento, administración o manejo de disputas, no sugerimos que la resolución pondrá necesariamente fin al conflicto subyacente a la disputa. Tampoco queremos insinuar que una vez que se resolvió una disputa quedará definitivamente resuelta. En realidad, uno de nuestros criterios para contrastar los enfoques a la resolución de disputas es la frecuencia con la que recurren las disputas después de parecer estar resueltas. Ver Merry, S. E., "Disputing Without Culture" ("Disputas sin cultura"). *Harvard Law Review*, 1987, 100, 2057-2073; Sarat, A., "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing" ("El 'nuevo formalismo' en las disputas y en el procesamiento de disputas"), *Law and Society Review*, 1988, 21, 695-715.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

derechos: "¿Por qué tengo que perder la paga de un turno y el precio de un par de botas porque la empresa no puede proteger la propiedad?" Cuando el jefe de turno respondió refiriéndose al reglamento de la mina, irritó al minero y continuó concentrándose en quién tenía la razón. El minero, frustrado en su intento por ganar en lo que él veía como justicia, provocó un paro, cambiando el enfoque de la disputa hacia el poder: "Ya les voy a mostrar". En otras palabras, él le demostraría a la empresa cuánto poder tenían él y sus compañeros—cuánto dependía de ellos la empresa para la producción del carbón—.

El capataz de la mina pensó que se tendrían que haber concentrado en los intereses. El minero tenía interés en las botas y en la paga de un turno, y la empresa tenía interés en que el minero trabajara en su turno asignado. A pesar de que se trataba de derechos (existía una cuestión de justicia) y que se trataba también de poder (el minero tenía el poder de ocasionar una huelga), el superintendente hacía hincapié en los intereses de cada una de las partes. El hubiera abordado la situación de las botas robadas como un problema conjunto que la empresa podría ayudar a solucionar.

Conciliación de intereses

Los intereses son necesidades, deseos, preocupaciones, temores—las cosas que a uno le importan o que desea—. Subyacen en las posiciones de las personas—lo tangible que dicen que quieren—. Un matrimonio discute sobre si gastar en comprar un automóvil nuevo. El interés implícito del marido quizás no sea el dinero o el auto en sí, sino el deseo de impresionar a sus amigos; el interés de la mujer podría ser tener un medio de transporte. El director de ventas en una empresa de electrónica tiene una discusión con el director de producción en relación a la cantidad de modelos de televisores a producir. El director de ventas quiere producir más modelos. Su interés

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

está en vender más televisores; si hay más modelos, hay mayor selección para los consumidores y, por ende, se incrementan las ventas. El director de producción quiere fabricar menos modelos. Su interés está en reducir los costos de fabricación; si hay más modelos hay mayores costos.

La conciliación de tales intereses no es fácil. Implica investigar preocupaciones profundas, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses son opuestos⁵. El procedimiento más común para hacer esto es la *negociación*, una comunicación de intercambio tendiente a lograr un acuerdo (un procedimiento es un modelo de comportamiento interactivo dirigido a la resolución de una disputa.) Otro procedimiento basado en los intereses es la *mediación*, en la que un tercero ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo.

De ninguna manera podemos decir que todas las negociaciones (o mediaciones) se concentran en la conciliación de intereses. Algunas negociaciones se centran en definir quién tiene razón, como cuando dos abogados discuten sobre cuál caso tiene mayor mérito. Otras negociaciones se concentran en definir quién tiene más poder, como cuando vecinos o naciones en disputa intercambian amenazas y contra-amenazas. Frecuentemente las negociaciones son una mezcla de las tres cosas: algunos intentos por satisfacer los intereses de las partes, alguna discusión de derechos y algunas referencias al poder relativo. Las negociaciones que se concentran básicamente en los intereses de las partes se denominan "basadas en los intereses"; a diferencia de las negociaciones "basadas en derechos" y "basadas en el poder". Otro término para la negociación basada en los intereses es la *negociación cooperativa* (*problem-solving negotiation*),

⁵ Para una discusión extensiva de la negociación basada en intereses, ver Fisher, R. y Ury, W. L., *Getting to Yes* (St... *ide acuerdo*). Boston: Houghton Mifflin, 1981. Ver también Lax, D. A. y Sebenius, J. K., *The Manager as a Negotiator* (El gerente como negociador). New York: Free Press, 1986.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

denominada así porque implica considerar una disputa como un problema mutuo a ser solucionado por las partes.

Antes de que las partes puedan comenzar efectivamente el proceso de conciliación de intereses, es probable que necesiten desahogar sus emociones. Rara vez están ausentes las emociones en las disputas. Las emociones frecuentemente generan disputas, y las disputas, a su vez, frecuentemente generan emociones. La frustración estaba implícita en el estallido inicial del minero ante el jefe de turno; su ira ante la respuesta del jefe de turno lo impulsó a provocar la huelga.

La expresión de las emociones subyacentes puede ser útil en la negociación de una resolución. Sobre todo en conflictos interpersonales, la hostilidad puede reducirse de manera marcada si el damnificado libera su enojo, resentimiento y frustración ante el acusado, y si la parte acusada reconoce la validez de emociones de este tipo o, yendo un paso más allá, ofrece una disculpa⁶.

Una vez reducida la hostilidad, se facilita la resolución de las disputas en base a los intereses. La expresión de las emociones tiene un lugar especial en ciertos tipos de negociación y mediación basadas en los intereses.

Cómo determinar quién tiene la razón

Otra forma de resolver las disputas es confiar en alguna pauta independiente que se percibe como legítima o justa para definir quién tiene razón. El término taquigráfico que utilizamos para las pautas independientes de este tipo es *derechos*. Algunos derechos se formalizan por ley o convenio. Otros derechos son normas de comportamiento aceptadas socialmente, como la reciprocidad, el precedente, la igualdad y la jerarquía⁷. En la

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

disputa de las botas, por ejemplo, a pesar de que el minero no tenía derecho por convenio a recibir botas nuevas, consideraba que los criterios de justicia requerían que la empresa resarciera la pérdida de objetos personales robados dentro de su ámbito.

Los derechos rara vez son claros. Frecuentemente se aplican reglas diferentes —y algunas veces contradictorias—. Llegar a un acuerdo sobre los derechos, donde el resultado definirá quién recibe qué, frecuentemente es excesivamente difícil y a menudo lleva a que las partes busquen a un tercero para determinar quién tiene razón. El procedimiento prototipo de los derechos es la adjudicación, en que los contendientes presentan la prueba y los argumentos a un tercero neutral que tiene el poder de emitir una decisión obligatoria (en cambio, en la mediación el tercero no tiene el poder de decidir la disputa). La adjudicación pública se provee en tribunales y agencias administrativas. La adjudicación privada la proveen los árbitros⁸.

el término más allá de su significado normalmente utilizado. Nuestra razón para hacerlo es que un procedimiento que utilice ya sea facultades legales o criterios de justicia generalmente aceptados como base para la solución de una disputa, se concentrará en las facultades legales de los contendientes bajo las normativas más que en los intereses subyacentes. Esto es así en el caso de la adjudicación, que se encarga de los derechos legales; también es el caso de la negociación basada en derechos, que puede encargarse de los derechos legales o de los criterios generalmente aceptados. Ya que, como demostraremos, los procedimientos que se concentran en las normativas son más costosos que los que se concentran en los intereses, y ya que nuestra preocupación principal es reducir costos además de lograr beneficios, nos resulta útil agrupar los derechos legales y otros criterios normativos, así como los procedimientos que se basan en cualquiera de los dos.

* Un procedimiento judicial puede definir no sólo quién tiene la razón sino también quién es más poderoso, ya que detrás de la decisión de un tribunal se encuentra el poder de coacción del estado. Los derechos legales tienen poder detrás. De cualquier manera, consideramos que la adjudicación es un procedimiento de derechos, ya que se concentra fundamentalmente en la determinación de quién tiene razón, y no de quién tiene más poder. A pesar de que los derechos, sobre todo los derechos legales, efectivamente proporcionan poder, un procedimiento que se concentra en los derechos

⁶ Goldberg, S. B. y Sander, F. E. A., "Saying You're Sorry" ("Cómo pedir disculpas"), *Negotiation Journal (Revista de Negociaciones)*, 1987, 3, 221-224.

⁷ Reconocemos que al definir los derechos para incluir a las facultades legales y a los criterios de justicia generalmente aceptados, estamos estirando

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

Cómo definir quién tiene más poder

Una tercera forma de resolver una disputa es en base al poder. Definimos al poder, de un modo algo restringido, como la aptitud de forzar a alguien a hacer algo que de otra manera no haría. El ejercicio del poder típicamente implica imponer costos a la otra parte o amenazar con hacerlo. Al hacer huelga, los mineros ejercieron poder imponiendo costos económicos a la empresa. El ejercicio del poder toma dos formas comunes: actos de agresión, como sabotaje o ataque físico, y la retención de beneficios que surgen de una relación, como cuando los empleados quitan su trabajo en una huelga.

En relaciones de dependencia mutua, como entre patronos y empleados o dentro de una organización o familia, la cuestión de quién es más poderoso depende de quién es menos dependiente del otro⁹. Si una empresa necesita el trabajo de los empleados más de lo que los empleados necesitan la remuneración de la empresa, la empresa es más dependiente y, por ende, menos poderosa. El nivel de dependencia se basa en cuán satisfactorias son las alternativas para satisfacer los intereses de cada uno. Cuanto mejor la alternativa, menos dependiente es cada uno. Si es más fácil para la empresa reemplazar a los empleados que adhieren a una huelga de lo que es para los empleados encontrar nuevos empleos, la empresa es menos

como medio de resolución de disputas es menos costoso que un procedimiento que se concentra en el poder. Una lucha basada en el poder, como es la adjudicación, que se concentra en cuál de los disputantes debería ganar bajo criterios normativos, será menos costosa que una huelga basada en poder, un boicot o una guerra, que se concentran en cuál contendiente puede dañar más al otro. Así también, una negociación que se concentra en criterios normativos para la resolución de disputas será menos costosa que una negociación que se concentre en la capacidad relativa de los disputantes de dañarse. Por ende, desde nuestra perspectiva de costos, es apropiado diferenciar los procedimientos que se concentran en los derechos de los que se concentran en el poder.

⁹ Emerson, R. M., "Power Dependence Relations" ("Relaciones con dependencia de poder"), *American Sociological Review*, 1962, 27, 31-41.

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

dependiente y por lo tanto más poderosa. Además de las huelgas, los procedimientos de poder incluyen comportamientos que van desde insultar y ridiculizar, hasta la agresión física y la guerra. Todos tienen en común el intento de ejercer coerción sobre la otra parte con el objeto de lograr términos más satisfactorios para el que ejerce el poder. Los procedimientos de poder son de dos tipos: la negociación basada en el poder, ejemplificada con un intercambio de amenazas, y luchas de poder, en las que las partes toman medidas para definir quién prevalecerá.

Es difícil definir cuál es la parte más poderosa sin una lucha de poder decisiva y potencialmente destructiva, porque en definitiva el poder es una cuestión de percepciones. A pesar de los indicadores objetivos de poder, como los recursos financieros, las percepciones de cada una de las partes respecto de su poder y del de su oponente frecuentemente no coinciden. Para más, la percepción que tiene cada parte del poder del otro puede no tomar en cuenta la posibilidad de que el otro invierta mayores recursos en la lucha de lo esperado por el temor a que un cambio en la distribución de poder que se percibe afecte los resultados de disputas futuras.

La interrelación entre intereses, derechos y poder

La relación entre intereses, derechos y poder se puede graficar como un círculo dentro de otro círculo dentro de otro círculo (como aparece en la Figura 1 en la página siguiente).

El círculo interno representa los intereses, el intermedio los derechos y el externo el poder. La conciliación de los intereses se realiza dentro del contexto de los derechos y el poder de las partes. La evaluación del resultado probable de llevar una disputa a los tribunales o a la huelga, por ejemplo, ayuda a definir el rango de negociación dentro del cual puede encontrarse una resolución. De modo similar, la definición de los derechos tiene lugar dentro del contexto del poder. Una parte,

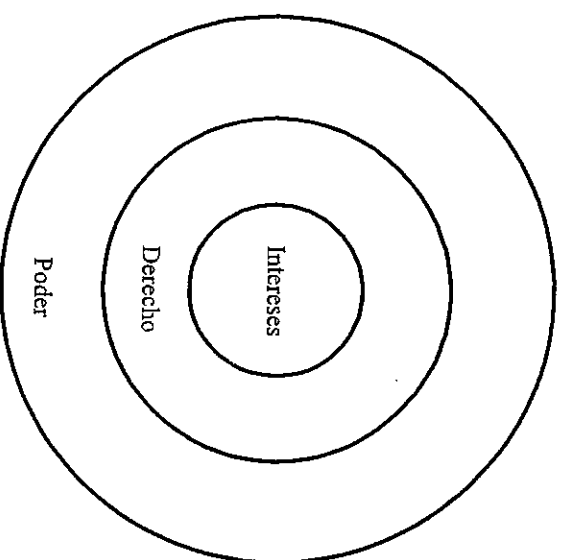


Figura 1. Interrelaciones entre intereses, derechos y poder

por ejemplo, puede obtener una sentencia favorable en los tribunales, pero a menos que el fallo pueda ponerse en práctica, la disputa continuará. Así, en el proceso de resolución de una disputa, el foco puede trasladarse de los intereses a los derechos, al poder y luego de vuelta.

Resignación y evasión

No todas las disputas terminan resueltas. Frecuentemente una o más partes sencillamente deciden retirarse de la controversia. La retirada toma dos formas. Una parte puede tomar la decisión de “resignarse”, dejando de lado su reclamo porque considera que seguir adelante con la disputa no le va a convenir, o porque llega a la conclusión de que no tiene el poder de resolverlo de un modo satisfactorio para sí. El minero se hubiera resignado si se hubiera dicho, “Estoy en total desacuerdo con la decisión de los patrones de no reembolsarme las botas, pero no

hay nada que pueda hacer al respecto”. Una segunda forma de retirarse es la evasión. Una parte (o las dos) pueden decidir retirarse de la relación, o por lo menos limitarla de modo significativo¹⁰. Ejemplos de la evasión incluyen la renuncia a pertenecer a una organización, el divorcio, la mudanza de un vecindario, o sencillamente, mantenerse fuera del camino de la otra persona.

La evasión y la resignación pueden ocurrir asociados a procedimientos determinados de resolución de disputas. Muchas luchas de poder incluyen la amenaza de la evasión –como amenazar con el divorcio– o la aplicación temporaria de la evasión para hacer incurrir costos a la otra parte –como en el caso de una huelga o de la interrupción de las relaciones diplomáticas–. Muchas luchas de poder finalizan con el perdedor que se resigna, dejando de lado su reclamo o su objeción al reclamo del otro. Otras terminan en que el perdedor se marcha o mantiene distancia con el ganador. Así también, muchas negociaciones terminan en que una parte se decide a resignarse en lugar de seguir con el reclamo. O bien, en lugar de que la disputa llegue al tribunal, o de que se apliquen medidas de coerción, una parte (o ambas) pueden decidir interrumpir por completo la relación. Esto es común en contextos sociales en que la parte encuentra alternativas satisfactorias a la relación.

La resignación y la evasión también pueden ocurrir antes de hacer un reclamo, evitándose así la disputa. Ante el problema de las botas robadas, el minero podría haber decidido resignarse y no hacer reclamo alguno por las botas. Más drásticamente, en un momento de exasperación, podría haber abandonado su puesto de trabajo para no volver más.

¹⁰ Hirschman, A. O., *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Declines in Firms, Organizations and States (Salida, voz y lealtad: respuestas a las declinaciones en empresas, organizaciones y Estados)*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970. La salida corresponde a la evasión, la lealtad corresponde a resignarse. La voz, como mencionaremos más adelante, es probable que se logre en procedimientos basados en los intereses tales como la negociación cooperativa y la mediación.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

¿Cuál enfoque es "mejor"?

Cuando el administrador de la mina nos describió la disputa de las botas, expresó una preferencia sobre cómo resolver disputas. En nuestro lenguaje, estaba diciendo que, en definitiva, era mejor tratar de conciliar los intereses que concentrarse en quién tenía razón o en quién era el más poderoso. Pero ¿qué significa "mejor"? ¿Y en qué sentido, si lo hubiere, estaba en lo cierto al creer que concentrar la atención en los intereses es mejor?

Lo que significa "mejor": cuatro criterios posibles

Los diferentes enfoques para la resolución de disputas —intereses, derechos y poder— generan diferentes costos y beneficios. Consideramos cuatro criterios al compararlos: los costos de transacción, la satisfacción con los resultados, el efecto sobre la relación y la recurrencia de las disputas¹¹.

¹¹ Un quinto criterio de evaluación es la justicia procedimental, que consiste en encontrar satisfacción con un procedimiento que se percibe como justo: la resolución de disputas. La investigación demostró que los contentidos prefieren los procedimientos donde intervienen terceros que proveen oportunidades para controlar los resultados y para ser oídos. Ver Lind, E. A. y Tyler, T. R., *The Social Psychology of Procedural Justice (La psicología social de la justicia procedimental)*. New York: Plenum, 1988; Brett, J. M., "Comentario sobre trabajos de justicia judicial". En R. J. Lewicki, B. H. Sheppard y M. H. Bazerman (editores), *Investigación sobre negociaciones dentro de las organizaciones*. Greenwich, Conn.: JAI Press, 1986, 81-90.

No incluimos la justicia procedimental como un criterio independiente de evaluación por dos razones. Primeramente, a diferencia de los costos de transacción, la satisfacción con el resultado, el efecto sobre la relación, y la recurrencia, la justicia procedimental es significativa sólo a nivel de un solo procedimiento para una única disputa. No generaliza en los múltiples procedimientos que puedan utilizarse en la resolución de una única disputa ni generaliza en todas las disputas para construir un costo de nivel de sistemas. Los demás costos harán ambas cosas. Por ejemplo, es posible medir la satisfacción con los resultados independientemente de cuántos procedimientos diferentes se utilizaron para resolver una determinada disputa. Asimismo, es posible medir la satisfacción con los resultados en un sistema que maneja muchas disputas preguntándoles a muchos contendientes cómo se sienten al

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

Costos de transacción. Para el capataz de la mina, "mejor" implicaba resolver las disputas sin huelgas. Más sencillamente, quería minimizar los costos de las disputas —lo que pueden llamarse los costos de transacción—. Los costos más obvios de las huelgas eran económicos. Había que cubrir el pago de los sueldos gerenciales y los costos fijos mientras la mina quedaba inactiva. En algunos casos las huelgas llevaban a la violencia y a la destrucción de propiedad de la empresa. Los mineros, también, sufrían costos —la pérdida de sus jornales—. Existen, además, las oportunidades perdidas de la empresa: una serie de huelgas podía llevar a la pérdida de un valioso contrato. En una discusión familiar, los costos incluirían las frustrantes horas dedicadas a la discusión, la tensión nerviosa y los dolores de cabeza, y las oportunidades perdidas de hacer tareas más placenteras o útiles. Todos los procedimientos de resolución de disputas conllevan costos de transacción: el tiempo, el dinero y la energía emocional dedicados a las disputas; los recursos consumidos y destruidos y las oportunidades perdidas¹².

Satisfacción con los resultados. Otra manera de evaluar las diferentes maneras de resolver las disputas es considerando la satisfacción mutua de las partes con el resultado. El desenlace de la huelga pudo no haber sido totalmente satisfactorio para el minero —no recibió botas nuevas— pero sí logró desahogar su frustración y vengarse. La satisfacción de una parte depende

respecto. En segundo lugar, si bien la justicia procedimental y la justicia distributiva (satisfacción con la justicia de los resultados) son conceptos diferentes, normalmente tienen un alto grado de correlación. Ver Lind, E. A. y Tyler, T. R., *The Social Psychology of Procedural Justice (La psicología social de la justicia procedimental)*. New York: Plenum, 1988.

¹² Williamson, O. E., "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" ("Economía de los costos de transacción: el control de las relaciones contractuales"), *Journal of Law and Economics (Revista de Derecho y Economía)*, 1979, 22, 233-261; Brett, J. M. y Rognes, J. K., "Intergroup Relations in Organizations" ("Relaciones intergrupales en las organizaciones"). En P. S. Goodman y Asociados, *Designing Effective Work Groups (Diseño de grupos de trabajo efectivos)*. San Francisco: Jossey-Bass, 1986, 202-236.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

en gran medida del punto hasta el cual la solución coincide con los intereses que lo llevaron a hacer o rechazar el reclamo en primer lugar. El nivel de satisfacción también puede depender de que la parte considere que la solución es justa o no. Aun cuando un acuerdo no cumpla totalmente con sus intereses, un contendiente puede obtener alguna satisfacción considerando la justicia de la solución.

La satisfacción depende no sólo de que se perciba como justa la solución, sino también de que se perciba como justo el procedimiento de resolución de disputas. Los criterios de justicia dependen de varios factores: en qué medida tuvo oportunidad de expresarse el participante; si tuvo el control en la aceptación o rechazo del acuerdo; y si cree que el tercero facilitador, si lo hubo, actuó de manera justa¹³.

Efecto sobre la relación. Un tercer criterio se refiere al efecto a largo plazo sobre la relación entre las partes. El camino que se sigue para llegar a resolver un conflicto puede dificultar la posibilidad de las partes de continuar trabajando juntas a diario. Las peleas constantes con amenazas de divorcio pueden debilitar severamente a un matrimonio. En cambio, la participación en actividades con la asistencia de consejeros matrimoniales, en que los cónyuges aprenden a concentrarse en los intereses para llegar a resolver las disputas, puede fortalecer el matrimonio. *Recurrencia.* El último criterio es establecer si un enfoque

¹³ Para un resumen de la prueba de la existencia de una relación entre la justicia procedimental y la justicia distributiva —o sea, satisfacción con el proceso y con el resultado— ver Lind, E. A. y Tyler, T. R., *The Social Psychology of Procedural Justice (La psicología social de la justicia procedimental)*. New York: Plenum, 1988. Lind y Tyler también resumen la evidencia mostrando una relación entre la participación y la satisfacción con el proceso. Para prueba del efecto de la participación en la formación de la resolución final más allá de sólo poder aceptar o rechazar el consejo de un tercero, ver Brett, J. M. y Shapiro, D. L., "Procedural Justice: A Test of Competing Theories and Implications for Managerial Decision Making" ("Justicia procedimental: una prueba de teorías en competencia e implicancias para la toma de decisiones gerenciales"), manuscrito no publicado.

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

en particular arriba a soluciones durables. La forma más sencilla de recurrencia es cuando una resolución no logra su objetivo. Por ejemplo, una disputa entre un padre y su hijo adolescente sobre la hora en que debe llegar a la noche puede parecer resuelta pero vuelve a aparecer una y otra vez. Una forma más sutil de recurrencia se produce cuando se llega efectivamente a la resolución en una disputa en particular, pero ésta no logra evitar que la misma disputa surja entre uno de los contendientes y otra persona, o quizás entre dos partes diferentes dentro de la misma comunidad. Por ejemplo, un hombre culpable de acoso sexual de una empleada llega a un acuerdo con su víctima que es satisfactorio para ella, pero sigue acosando a otras empleadas. O él deja de hacerlo, pero otros hombres siguen acosando a las empleadas dentro de la misma organización.

La relación entre los cuatro criterios. Estos cuatro criterios diferentes están interrelacionados. La falta de satisfacción con los resultados puede ocasionar tensión en la relación, lo que contribuye a la recurrencia de las disputas, lo que a su vez aumenta los costos de transacción. Ya que los diferentes costos generalmente aumentan y disminuyen simultáneamente, es conveniente referirse a los cuatro de manera conjunta como los "costos de contender". Cuando decimos que un enfoque en particular es de "alto costo" o de "bajo costo", no nos referimos solamente a los costos de transacción sino también a la falta de satisfacción con los resultados, a las tensiones en la relación y a la recurrencia de las disputas.

A veces sólo puede reducirse un costo aumentando otro, sobre todo en el corto plazo. Si padre e hijo se sientan a discutir sus intereses opuestos relativos a la hora de regreso a la noche, los costos de transacción a corto plazo desde el punto de vista de tiempo y energía pueden ser altos. No obstante, estos costos pueden ser contrarrestados con los beneficios de una negociación exitosa —una mejor relación y una cesación de las violaciones de la hora de retorno estipulada—.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

¿Qué enfoque es menos costoso?

Ahora que hemos definido "mejor" desde el punto de vista de los cuatro diversos tipos de costo, persiste la duda referida a si el capataz de la mina tenía razón al suponer que concentrarse en los intereses es mejor. También queda pendiente una segunda pregunta que también es importante: cuando falla un enfoque basado en los intereses, ¿es menos costoso concentrarse en los derechos o en el poder?

Los intereses versus derechos o poder. El énfasis en los intereses puede resolver el problema subyacente en la disputa más efectivamente de lo que lo puede hacer la concentración en los derechos o en el poder. Un ejemplo es un reclamo presentado contra un capataz de una mina por realizar tareas que por convenio sólo está autorizado a hacer un minero. Frecuentemente el problema radica en otra cosa: un minero que siente que se le adjudicó injustamente una tarea desagradable puede presentar un reclamo sólo para vengarse de su capataz. Indudablemente, poner la mira en lo que dice el convenio en relación al trabajo de los capataces, no solucionará este problema subyacente. Tampoco el hacer huelga para protestar porque el capataz trabaja en una tarea que no es la suya. Pero si el capataz y el minero logran negociar acerca de las tareas futuras, la disputa se puede resolver satisfactoriamente para los dos.

Así como un enfoque basado en los intereses puede ayudar a revelar problemas ocultos, también puede ayudar a las partes a identificar las cuestiones que más preocupan a uno u otro. Por medio de concesiones en cuestiones de menor jerarquía por los de mayor importancia, ambas partes pueden beneficiarse con la resolución de la disputa¹⁴. Consideremos, por ejemplo, un sindicato y la patronal negociando dos cuestiones: tiempo adicional de vacaciones y flexibilización en la asignación de trabajo. A pesar de que al sindicato no le guste la idea de la

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

flexibilidad en la asignación de tareas, su prioridad más clara está dada indudablemente por las vacaciones adicionales. A pesar de que al empleador no le guste la idea de vacaciones adicionales, le importa más ganar flexibilidad en la asignación de trabajo. Es probable que un acuerdo que le diera al sindicato los días adicionales de vacaciones que solicita y al empleador la flexibilidad en asignación de las tareas sería satisfactorio para ambos. Es más probable que se logre una ganancia conjunta de este tipo si las partes se concentran en los intereses de cada uno. El puntualizar quién tiene razón, como en el litigio, o quién tiene más poder, como en una huelga, generalmente hace que por lo menos una parte se sienta como perdedora.

La conciliación de los intereses, por lo tanto, tiende a generar un nivel más alto de satisfacción mutua ante los resultados que la definición por derechos o por poder¹⁵. Si las partes están más satisfechas, se beneficia su relación, y es menos probable que recurran a la disputa. La determinación de quién tiene razón o quién es más poderoso, que pone el énfasis en quién gana y quién pierde, normalmente hace que la relación sea más hostil y tensa. Además, es frecuente que el perdedor no se dé por vencido, sino que apele a un tribunal más alto o planea una venganza. Indudablemente, la conciliación de los intereses a veces lleva mucho tiempo, sobre todo cuando hay muchas partes en la disputa. Sin embargo, generalmente estos

¹⁴ La investigación empírica que apoya esta afirmación compara la mediación con el arbitraje o la adjudicación. Los demandantes prefieren la mediación al arbitraje en una variedad de entornos: empleados-empleadores (Brett, J. M. y Goldberg, S. B., "Grievance Mediation in the Coal Industry: a Field Experiment" ["Mediación de reclamos en la industria del carbón: una experiencia de campo"], *Industrial and Labour Relations Review* [Revista de Relaciones Industriales y Laborales] 1983, 37, 49-69), disputas por reclamos de menor cuantía (McEwen, C. A. y Mainau, R. J., "Small Claims Mediation in Maine: An Empirical Assessment" ["Mediación en casos de menor cuantía en Maine: Una evaluación empírica"], *Maine Law Review* [Revista de Derecho de Maine], 1981, 33, 237-368), y divorcio (Pearson, J., "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication" ["Evaluación de las alternativas a la adjudicación por los Tribunales"], *Justice System Journal* [Revista del Sistema Judicial], 1982, 7, 420-444).

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

gastos son bajos si se los compara con los costos de transacción propios de las luchas de derecho y de poder como, por ejemplo, los juicios, la toma de control de empresas, o las guerras.

En resumen, la concentración en los intereses, en lugar de los derechos o el poder, tiende a producir mayor satisfacción con los resultados, mejores relaciones laborales y menor recurrencia, y probablemente menores costos de transacción. Como observación general, se puede decir, entonces, que el punto de vista de los intereses es menos costoso que el punto de vista de derechos o poder.

Derechos versus poder. Aunque la definición de quién tiene razón o quién es más poderoso puede poner tirante la relación, deferir la solución a algún parámetro de justicia generalmente tiene menor impacto que ceder ante una amenaza. En una disputa entre un padre y su hijo adolescente con respecto de la hora de llegada a la noche, es probable que una discusión de pautas independientes, como la hora de llegada de otros adolescentes, tense menos la relación que un intercambio de amenazas.

La determinación de los derechos o del poder frecuentemente se convierte en una lucha –una competencia entre las partes para determinar quién ha de predominar–. Pueden competir con palabras para persuadir a un tercero que debe tomar la decisión según los méritos de su caso, como en la adjudicación, o pueden competir con medidas tendientes a demostrarle al otro quién es más poderoso, mandando pelear a otros. Las luchas sobre la base de derechos difieren de las luchas de poder principalmente en sus costos de transacción. Una lucha de poder normalmente cuesta más en recursos consumidos y oportunidades perdidas. Las huelgas cuestan más que el arbitraje. La violencia cuesta más que el litigio. Los altos costos de transacción surgen no sólo de los esfuerzos invertidos en la pugna sino también de la destrucción de los recursos de la otra parte. La destrucción de la oposición puede ser el objeto mismo de una lucha de poder. Además, las luchas de poder frecuentemente crean nuevos deterioros y nuevas disputas además de ira, desconfianza y un deseo de venganza. Las luchas de poder, entonces, normalmente dañan

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

más la relación y llevan a una mayor recurrencia de las disputas que las luchas de derechos. En general, un enfoque desde los derechos es menos costoso que un enfoque desde el poder.

Propuesta

En resumen, consideramos que, en general, la conciliación de los intereses es menos costosa que la determinación de quién tiene razón, que a su vez es menos costosa que la definición de quién es más poderoso. Esta propuesta no implica que concentrarse en los intereses es invariablemente mejor que poner la mira en los derechos y en el poder, sino sencillamente que tiende a provocar menores costos de transacción, mayor satisfacción con los resultados, menor tensión en la relación y menor recurrencia de las disputas.

La concentración en los intereses no es suficiente

A pesar de estas ventajas generales, no es posible ni deseable resolver *todas* las disputas conciliando los intereses. Es útil analizar por qué.

Cuándo es necesario decidir por derechos o por poder

En algunos casos, la negociación basada en los intereses no puede llevarse a cabo a menos que se utilicen primeramente procedimientos para decidir por derechos o por poder para convencer a una parte reacia a llegar a la mesa de negociaciones. Por ejemplo, un grupo ambientalista puede hacerle juicio a un urbanizador para lograr una negociación. Un grupo de vecinos puede organizar una manifestación en los escalones de la municipalidad para hacer que el intendente discuta con ellos su interés en mejorar el servicio de recolección de basura.

En otras disputas, las partes no pueden llegar a un acuerdo basándose en los intereses porque sus percepciones con respecto a quién tiene razón o quién tiene más poder son tan diferentes que no pueden establecer pautas dentro de las cuales negociar.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

Es posible que se requiera un procedimiento jurídico para clarificar el límite de los derechos dentro del cual puede buscarse una resolución negociada. Si un empleado despedido y su empleador (además de sus abogados) tienen opiniones muy diversas en relación a si un tribunal le otorgaría indemnización al empleado, será difícil para ellos negociar un acuerdo. Un arbitraje no vinculante podría clarificar los derechos de las partes y permitirles llegar a negociar una solución.

Así como la falta de certeza con respecto a los derechos de las partes a veces dificulta las negociaciones, también los entorpecerá la inseguridad con respecto al poder relativo de cada uno. Cuando una de las partes de una relación continuada quiere demostrar que el equilibrio del poder se ha volcado a su favor, puede descubrir que sólo una lucha de poder aclarará la situación de manera adecuada. Es un axioma entre los que ejercen en relaciones laborales que una relación conflictiva entre sindicatos y empleadores frecuentemente se aplaca luego de una huelga prolongada. La huelga provee mayor certeza respecto al poder relativo de las partes cuando la inseguridad les impedía hacer concesiones. Los beneficios a largo plazo a veces justifican los altos costos de transacción de una lucha de poder.

En algunas disputas los intereses son tan opuestos que no es posible llegar a un acuerdo. La concentración en los intereses no puede resolver una disputa entre un grupo que defiende el derecho a la vida y una clínica donde se realizan abortos acerca de que la clínica continúe existiendo. Es probable que sólo sea posible llegar a una definición a través de una lucha de derechos, como por ejemplo un juicio, o a través de una lucha de poder, como por ejemplo una manifestación o una batalla legislativa.

¿Cuándo son deseables los procedimientos basados en los derechos o en el poder?

A pesar de que generalmente es menos costoso conciliar los intereses que definir derechos, sólo una decisión judicial puede

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

resolver con autoridad ciertas cuestiones de importancia pública. Si el caso de la Corte Suprema de 1954, "Brown versus Consejo de Educación" (347 U. S. 483), que prohibió la segregación racial en los colegios públicos, se hubiera resuelto a través de la negociación en lugar de a través de la adjudicación, es posible que el resultado inmediato hubiera sido el mismo —el demandante negro hubiera asistido a un colegio público para blancos en Topeka, Kansas—. El impacto social, sin embargo, hubiera sido mucho menos significativo. Tal como se presentó, "Brown" estableció la base para la eliminación de la segregación racial en toda la vida pública americana. Es claro, entonces, que por lo menos en algunos casos, los procedimientos judiciales fundados en los derechos son preferibles, desde una perspectiva social, a una resolución a través de una negociación basada en los intereses¹⁶.

Algunas personas aseguran que es poco aconsejable que una parte poderosa se concentre en los intereses al tratar periódicamente con una parte menos fuerte. Pero aun si una persona es más poderosa, los costos de imponer su voluntad pueden ser altos. Las amenazas deben respaldarse de cuando en cuando con conductas. Es posible que la parte menos fuerte no cumpla totalmente con una resolución impuesta por el poderoso, requiriendo que éste incurra en un costoso proceso de vigilancia. La parte más débil también puede vengarse, con pequeñas cosas, quizás, pero igualmente molestas. Y la venganza puede ser bastante costosa para el más poderoso si el equilibrio de poder alguna vez cambia, como puede suceder inesperadamente, o si se requiere la colaboración de la

¹⁶ Algunos comentaristas sostienen que los procedimientos judiciales son siempre preferibles a un acuerdo negociado cuando hay cuestiones de importancia pública involucradas en una disputa (ver, por ejemplo, Fiss, O. M., "Against Settlement" ["Contra el acuerdo"], *Yale Law Journal [Revista de Derecho de Yale]*, 1984, 93, 1073-1090), y todos coinciden que los contendientes no deben ser presionados para llegar a un acuerdo en tales disputas. Sin embargo, no es claro hasta qué punto se debe alentar a las partes a resolver las disputas que afectan al interés público. Ver Edwards, H. T., "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?" ("Resolución alternativa de disputas: ¿panacea o anathema?"), *Harvard Law Review (Revista de Derecho de Harvard)*, 1986, 99, 668-684.

COMO RESOLVER LAS DISPUTAS

parte menos poderosa en otro ámbito. Es así como, para una parte más poderosa, un enfoque basado en los intereses, dentro de los límites establecidos por el poder, podría ser más deseable de lo que puede aparecer a primera vista.

Formas poco costosas de definir quién tiene derecho y quién tiene poder

Debido a que el enfoque basado en los derechos y el poder tiene un papel importante en la resolución efectiva de las disputas, es de utilidad diferenciar los procedimientos que acuden a cada criterio según sus costos. Distinguiamos tres tipos de procedimientos: la negociación, las luchas de bajo costo y las luchas de alto costo. La negociación basada en los derechos es normalmente menos costosa que una pugna de derechos como, por ejemplo, un tribunal o un árbitro. Así también, una negociación basada en el poder, marcada por amenazas, generalmente cuesta menos que una lucha de poder en la que aquellas amenazas se llevan a cabo.

Los diferentes tipos de lucha generan costos diferentes. Si el arbitraje prescinde de ciertos procedimientos típicos de una contienda judicial (amplia producción de pruebas, incidencias procesales y largos escritos), puede ser mucho menos costoso que presentarse ante un tribunal. En una pelea, los gritos son menos costosos que un ataque físico. Una huelga en la que los operarios se rehusan solamente a trabajar horas extras es menos costoso que una huelga completa.

El objetivo: un sistema de resolución de disputas orientado a los intereses

No todas las disputas se pueden –ni se deben– resolver conciliando los intereses. Los procedimientos basados en los derechos y en el poder, en algunas ocasiones pueden lograr más que los procedimientos basados en los intereses. El problema es que los procedimientos basados en los derechos y en el poder frecuentemente se utilizan cuando no son necesarios.

TRES ENFOQUES PARA RESOLVER DISPUTAS

Un procedimiento que debiera ser el último recurso frecuentemente se torna en el primer recurso. El objetivo, por lo tanto, es un sistema de resolución de disputas que se parezca a la pirámide de la derecha en la Figura 2: la mayoría de las disputas se resuelven conciliando los intereses, algunas determinando quién tiene razón y las menos definiendo quién es más poderoso. En contraste, un sistema de resolución de disputas frustrante se parecería a la pirámide invertida de la izquierda en la Figura 2. Comparativamente se resuelven pocas disputas conciliando intereses, mientras que las más se deciden por definición de derechos y poder. El desafío para el diseñador del sistema es girar la pirámide para que esté en la posición correcta. Es diseñar un sistema que promueva la conciliación de intereses pero que también proporcione maneras poco costosas de definir por los derechos o por el poder aquellas disputas que no pueden o no deben resolverse solamente por vía de los intereses. Los capítulos siguientes hablan de cómo podría hacer un diseñador para crear un sistema de este tipo.

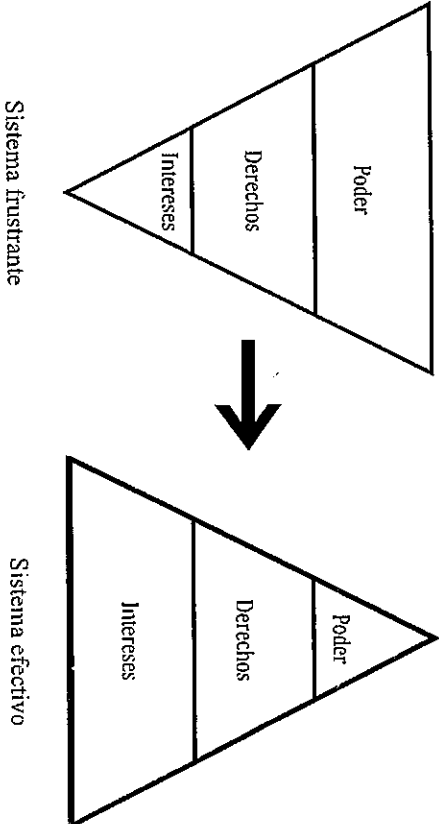


Figura 2. El desplazamiento desde un sistema frustrante de resolución de disputas a uno efectivo