



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Justicia civil pública y privada: términos para un adecuado entendimiento. Una mirada desde Chile y sus procesos de reforma

(Public justice and private ordering: terms for an adequate understanding.

A look from Chile and its reforms)*

Diego Palomo Vélez

Professor of Civil Procedure at the University of Talca, Chile. Ph.D. from the Universidad Complutense of Madrid, Spain

and

Jordi Delgado Castro

Professor of Civil Procedure at the University of Talca, Chile. Ph.D. from the University of Barcelona, Spain

Resumen: Este trabajo se enmarca en el contexto del enfrentamiento que alguna parte de la doctrina ha pretendido instalar entre las llamadas Justicia pública y Justicia privada. Se explica el contexto de las reformas a la Justicia en Chile, especialmente en sede civil, y se relaciona este proceso en desarrollo con el fomento en paralelo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se revisan los fundamentos o propósitos que debiese perseguir el estímulo de

* Trabajo escrito en el marco del *Proyecto anillo (CONICYT) Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como herramientas de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinar (SOC 1406)*.



estos mecanismos, en especial a partir de dos experiencias del Derecho comparado (Argentina y España), cerrando con la situación existente a propósito de la reforma a la Justicia civil chilena. Se concluye y defiende la tesis que debe evitarse el peligro del reduccionismo de los mecanismos alternativos a una pura visión economicista ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado, sin perjuicio de entender que estos mecanismos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se vienen instalando en nuestro país y el mundo. La clave, se sostiene, está en lograr una relación complementaria armónica que no subestime los valores que están detrás del proceso judicial y la Justicia pública, pero que a su turno no desprecie el aporte, que lo tiene, que pueden significar las fórmulas de cooperación que están presentes en los Masc.

Abstract: This paper is inserted in the confrontation that part of the doctrine does between Public courts and Private Justice. In the context of justice reform in Chile, specifically, civil procedure, the article contributes to the promotion of alternative dispute resolution mechanisms. The author reviews the grounds or purposes expected to be pursued when promoting these mechanisms, from two experiences of Comparative Law (specially, Argentina and Spain) to the current situation on the civil procedure reform in Chile.

The document concludes and argues that inferring that alternative mechanisms as a economic advantage is dangerous. While decongestion of the courts and resource saving by government are key in experiences in Chile and the world, savings should not be the paramount advantage. ADR should achieve a harmonious complementary relationship between Public courts and private justice that not only will not underestimate the values behind procedure and Public courts but also will not despise the proven contribution of cooperation formula found in ADR.

Palabras claves: Justicia civil - Mecanismos alternativos de resolución de conflictos - mediación – Reformas



Keywords: Civil procedure - Alternative mechanisms for conflict resolution - mediation – Reforms

I. Reforma de la Justicia pública en Chile. Tránsito en doble vía hacia la renovación y la solución del problema de la eficiencia.-

Hace ya algunos años nos encontramos en Chile en un proceso permanente de reformas a la Justicia pública, que a la luz de los resultados cuantitativos y cualitativos se encontraba en una situación de crisis. De hecho, hablar de Justicia en nuestro país, ha sido las más de las veces sinónimo de reformas, y en ocasiones “reformas a las reformas”, todas ellas motivadas, pensadas, gestadas e implementadas teniendo a la vista en primer lugar una generalizada insatisfacción respecto de su desempeño por parte de la ciudadanía.

En efecto, a través de una serie de reformas se ha buscado, con mayor o menor éxito (valoración que siempre dependerá del factor central que sirva para el análisis), cambiar, pero sobretodo mejorar el desempeño de una Justicia que venía quedando fuera de juego tanto respecto de los progresos que en otros países se han venido consagrando desde hace tiempo, como en cuanto a las necesidades de las personas en la época actual.

Como se sabe, las reformas generales a las que hacemos referencia acá (que de paso cambiaron el tradicional modelo de “parcheo” legislativo al que se acostumbró durante el siglo XX), se inauguraron con el sistema de Justicia penal, donde Chile registraba un sistema tan desfasado como resistido por su naturaleza eminentemente inquisitiva, además de su muy deficitaria compatibilidad con las exigencias del derecho a un debido proceso y una manifiesta falta de eficiencia.

A esta reforma siguieron cambios igualmente amplios también en otros órdenes jurisdiccionales, como lo son la Justicia de familia y la Justicia laboral, que desde el punto de vista de los objetivos declararon desde sus bases un compromiso con una mejora en la



eficiencia del desempeño de la Justicia también tratándose de esta clase de controversias. Se encuentra pendiente finalizar la tramitación de la reforma a la Justicia civil.

Se impuso entre nosotros un amplio consenso en torno a la conveniencia y hasta la necesidad de “rescatar” nuestra Justicia, reforzándola con mayores recursos (refuerzo que ha variado en su intensidad en cada reforma), tanto materiales como humanos¹, pero especialmente redefiniendo los pilares sobre los cuales se quiere su funcionamiento, en un proceso de transformación sustancial en busca de un sistema más eficiente que no es propio ni exclusivo de nuestro país, sino que ha sido y sigue siendo preocupación de muchos países de Latinoamérica y el mundo desde hace tiempo.

En todos estos procesos de reformas procesales destaca la aspiración (que en ocasiones se ha pretendido como refundacional) en torno a las finalidades de la jurisdicción, del proceso y la actividad probatoria, una redistribución de los roles de las partes y los jueces dentro del proceso, además de una redefinición de lo “privado” y lo “público”, con su correlato en la lucha entre la imposición entre la lectura “liberal” y la lectura “autoritaria” de los nuevos diseños procesales.

Destaca también la decisión legislativa en torno a la configuración de sistemas de procesos divididos en dos fases, una destinada a la preparación (y eventual solución anticipada), y otra en donde toma lugar la práctica probatoria y la sentencia. Todo ello sobre la base de la opción de sistemas “por audiencias”, que parte por reconocer una serie de ventajas ligadas al predominio de la oralidad y sus reglas conexas por sobre lo que “ofrecía” el modelo

¹ Hemos reiterado que la reforma de las reglas procedimentales es de suyo importante, pero con ella no alcanza para lograr consolidar cambios sustanciales en la Justicia. En otras palabras, un verdadero giro en el desempeño de la Justicia no se encuentra disponible a precio de rebajas. Es fundamental que el Estado asuma con seriedad la tarea reformadora, dotando los nuevos sistemas, desde la entrada, de los recursos necesarios para que ellos puedan desplegar todas las posibilidades de desempeño que se le reconocen. No entender bien este punto termina exponiendo a los ciudadanos a experiencias fallidas, que deben ser corregidas (reformadas) a poco andar, o bien que en la realidad práctica parecen configurar más un simulacro de lo que se declaró y prometió por el legislador. Las reformas procesales pueden significar una mejora técnica, no siempre sustantiva, si no se acompaña de los medios adecuados para que los preceptos legales se puedan materializar. Véase, entre otros: Ramos, Francisco, “La eficacia del proceso”, Revista Justicia, 1982, pp. 101 y ss.



escriturado, en especial desde la perspectiva de las mejores posibilidades para una Justicia más moderna, transparente, de calidad y con mayores grados de eficiencia².

Quede dicho lo anterior en lo que respecta a los cambios generales implementados o pendientes de implementar (como ocurre justamente en el orden jurisdiccional civil) en materia de nuevos modelos procedimentales predominantemente orales. Junto a ello, y recogiendo lo que también ha ido ganando fuerza en el proceso de modernización de la Justicia, cabe consignar también el rol que se ha buscado reconocer y fortalecer a la incorporación de mecanismos alternativos de solución de los conflictos, recogiendo una tendencia que forma parte también de la realidad de otros países que muestra a la *desjudicialización* como otra de las vías a través de las cuales se pretende superar las consecuencias de una Justicia pública que no estuvo y al parecer sigue no estando, a pesar de las reformas introducidas, en condiciones de hacerse cargo de toda la demanda de tutela judicial efectiva³.

Expresiones de esta tendencia favorecedora de la configuración de un “sistema de Justicia”⁴ que excede al Poder judicial, que excede el paradigma de la adjudicación, y apuesta por la introducción de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos se

² Acá debemos señalar que la cuestión de la búsqueda de la eficiencia en la Justicia ha sido ligada unidireccionalmente con la mejora en los tiempos de duración de los procesos que, con el sistema escriturado no cumplen con un estándar razonable, reflejándose claramente en la lentitud con la que los tribunales brindan respuesta a los justiciables, debiendo pasar varios años para una respuesta jurisdiccional eficaz. Por ello, no es de extrañar que el *eslogan* principal de las reformas a la Justicia ha estado centrado fundamentalmente en enfrentar la búsqueda de una mayor eficiencia para la sobrecarga de causas, en general, y el factor tiempo en particular, para una Justicia secuestrada por un modelo escriturado que ponía serias dificultades a la posibilidad de acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz. Ha sido la marca en Chile, donde unas estadísticas de buena gestión pareciera ser lo único que al final importara en los procesos reformados hacia la oralidad, asociando estrechamente esta mayor celeridad en la respuesta que se brinda al justiciable con la meta de la modernización de la Justicia. No se valora suficientemente la importancia que tiene el tiempo, y mantenemos agobiados a los tribunales por una dinámica que sólo valora la velocidad, y en dónde el sistema “por audiencias”, no pocas veces termina operando como si se estuviese operando una *fábrica de salchichas*.

³ Véase: Bordalí, Andrés, “Justicia privada”. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVI, 2004, pp. 165-186

⁴ La doctrina así lo ha recogido, destacando que una de las principales lecciones que tenemos que rescatar de los procesos de reforma es que la Justicia va más allá y es mucho más compleja que los procedimientos que aplica para resolver los conflictos que llegan a su conocimiento. Por ello es que se requiere del establecimiento de un sistema de Justicia, expresión que denota la existencia de un “conjunto de arreglos institucionales que exceden al Poder Judicial y a los procedimientos que estos utilizan”. Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, CEJA-JSCA, p. 3, en: http://www.cejamerica.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2930-la-reforma-a-la-justicia-civil-desde-la-perspectiva-de-las-politicas-publicas. Consultado el 25/02/2016.



pueden apreciar en todos nuestros procesos de reforma en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así por ejemplo, en sede penal, deben anotarse el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento; en los asuntos de familia debe registrarse junto a la conciliación, el mecanismo de la mediación; lo propio en materia laboral, donde además de la conciliación y la mediación, debe sumarse la negociación⁵. Pero sobre esto volveremos más adelante.

La reforma a la Justicia civil, una reforma cuya importancia no se puede ocultar si se considera el carácter general y supletorio de esta regulación, no ha quedado al margen de esta tendencia. Así se desprende del Mensaje del Proyecto de nuevo Código Procesal Civil: “Sin perjuicio de la importancia de la heterotutela como instrumento del Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Justicia civil debe ser entendida como un sistema que engloba todos los mecanismos de resolución de conflictos de intereses de relevancia jurídica que el Estado pone a disposición de los particulares, los cuales deben actuar de forma armónica. Sin duda alguna, es relevante que el legislador regule y se haga cargo no sólo de la vía jurisdiccional o adjudicativa sino también de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de manera tal que los ciudadanos tengan a su disposición otras vías para precaver o poner término a sus problemas de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles y que, incluso, puedan convenir en acudir a un árbitro designado especialmente al efecto”⁶.

II. Algunos fundamentos o justificaciones para los mecanismos alternativos de solución de conflictos.-

Desjudicializar, así tal cual, es una de las justificaciones que se han planteado cuando de mecanismos alternativos de solución de conflictos se trata. Para entender hacia donde apunta esta justificación, se explica, hay que quitar el velo a una serie de tópicos o “cantos de sirena” y

⁵ A esto deben sumarse las expresiones de mecanismos alternativos que ofrecen la legislación de protección al consumidor (mediación); la Ley Num. 19.966 en materia de salud (mediación); o lo que dice relación con la Justicia vecinal a cargo de la Corporación de Asistencia Judicial o las Unidades de Justicia Vecinal (mediación).

⁶ Mensaje Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Num. 432-359, de 12 de marzo de 2012, pp. 18 y ss.



descubrir una realidad que, generalmente, es resistida y poco asumida, y que dice relación con la capacidad de respuesta del sistema judicial. “Siempre existirá un inmenso contraste entre las ilimitadas aspiraciones de justicia de cualquier ciudadano y la realidad de los casos. La Justicia, al igual que la salud, la salud o cualquiera del resto de los valores reconocidos por la Constitución, también tiene sus limitaciones”⁷. Se ha caído en una excesiva jurisdiccionalización en las sociedades modernas, y se presenta la necesidad de desjurisdiccionalizarlas⁸.

Con todo, como apunta Ramos, la desjudicialización no tendría como objetivo descargar el sistema judicial del exceso de asuntos. El objetivo sería mayor, y diría relación con la expresión de un “excelente síntoma de una sociedad civil madura, que tiene alternativas” que no terminan necesariamente en el sistema judicial. Desde luego, agrega el autor citado, que entre los efectos del estímulo de las alternativas estará la descarga del sistema judicial, “liberando recursos humanos y materiales para actuaciones de mayor importancia”⁹. Para ello, agrega, “el legislador debe dejar de incentivar el consumo de Justicia estatal”¹⁰ (pública, en nuestra denominación), opción que ni debe considerarse una afrenta al sistema o una infracción constitucional que justifique rasgar vestiduras: el Poder Judicial siempre estará ahí, “siempre será la última opción”, pero no impide que se busquen alternativas, como ocurre, por ejemplo, en materia de servicios de seguridad, específicamente con el auge de los servicios de seguridad privados. ¿Por qué en materia de soluciones alternativas privadas no puede existir un campo tan libre como el que se ha creado respecto de otros servicios públicos dónde hasta no hace mucho el estado tenía el monopolio?¹¹.

Para Vargas las alternativas, la desjudicialización o la solución de los conflictos fuera del paradigma judicial también deben estimularse, bajo la lógica de la persecución de objetivos de política pública en la Justicia. El paradigma de la adjudicación sobre el cual opera la Justicia

⁷ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Revista La Notaria, 2010, Vol. 2, 2010, p. 28.

⁸ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”. En: Catalina, María; Castillejo, Raquel (Dir.), 2011, p. 459.

⁹ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Op. Cit., p. 28.

¹⁰ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Op. Cit., p. 29.

¹¹ Ramos, Francisco, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, Revista Justicia, 1994, p. 808.



pública, no puede estar disponible para todos los casos. De hecho, “sólo una ínfima parte de los conflictos en estas materias (civiles) se resuelven por esta vía, la mayoría de ellos son resueltos directamente por las partes o con asistencia de algún profesional a través de la negociación. Incluso cuando el conflicto escapa al control de las partes y ellas reconocen su incapacidad para resolverlo y acuden a una instancia formal para ello – que es donde empiezan a intervenir las políticas públicas -, no necesariamente se desemboca en un mecanismo de adjudicación, pues el Estado puede poner a disposición de ellas – y de hecho hoy lo hace cada vez más a menudo – mecanismos colaborativos de resolución tales como la mediación y la conciliación”. “No existiría país del mundo con la capacidad para institucionalizar todos los conflictos, ni ciudadanos capaces de soportar una sociedad transformada en una pesadilla kafkiana”¹².

Una consecuencia lógica de esta posición, como lo advierte el propio autor, es la necesidad que el sistema contemple desincentivos. Ya no se trata sólo de hacer un llamado a que el Estado no incentive el consumo de Justicia pública, sino que derechamente se postula generar desincentivos, entendiendo la conveniencia del uso eficiente de los recursos públicos. Léase el establecimiento de tasas de justicia (para que las personas internalicen los costos de la misma o bien ampliar los casos de exclusión), casos de arbitraje forzoso o de mediación prejudicial obligatoria)¹³.

En un sentido similar puede leerse a Peña, que en todo caso al motivo de eficiencia económica que acompañaría el fomento de los mecanismos alternativos de solución conflictos, suma un motivo social ligado a razones de justicia redistributiva: “... al contrario de lo que suelen pensar los abogados, la Justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público, sino un bien privado. Se trata de un bien que, al ser consumido o utilizado importa, necesariamente, exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden ya consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de Justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema. Este carácter de los sistemas de administración

¹² Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, Op. Cit., pp. 4-5.

¹³ Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, Op. Cit., p. 5.



de Justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien: enfrente de esta característica de los sistemas de administración de Justicia se hace necesario instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar¹⁴.

En las explicaciones precedentes predomina la visión que los mecanismos alternativos encontrarían justificación en su aporte a la descongestión del sistema de Justicia pública, y serían, apreciado desde un punto de vista económico, la mejor vía para dar respuesta a los pequeños conflictos cuya envergadura socialmente no justifique la utilización del mecanismo adjudicatorio.

Al enfoque de las explicaciones apuntadas debe agregarse otro, no sin antes consignar una cuestión que parece fundamental, pero que puede quedar invisibilizada si no es explicitada. Esta cuestión dice relación con una exigencia o condición que se debe imponer antes del estímulo de los mecanismos alternativos: debe mantenerse una Justicia pública de primera clase. "... no siempre existe la posibilidad de buscar alternativas al pleito. Hay sectores y situaciones que se podrían considerar inmunes a tales vías. Por todo ello, no hay más remedio que apostar por un sistema judicial fuerte"¹⁵.

El otro enfoque reconoce la importancia de la descarga de la presión que pesa en los tribunales y el ahorro de recursos públicos, pero no agota la justificación en este punto. Se subraya que los mecanismos alternativos poseen un valor propio como método de solución de litigios al que los ciudadanos y las empresas pueden acceder fácilmente. Merecen, por tanto, "promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial"¹⁶.

¹⁴ Peña, Carlos, "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos", Justicia y Sociedad, 1999, pp. 117-118.

¹⁵ Ramos, Francisco, "Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial", Op. Cit., p. 818.

¹⁶ Iglesias, José; Calderón, Ma Pía, "Acceso a la Justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión europea y España). En: Aragüena, Coral (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Madrid, Ed. Comares, 2011, pp. 15-16.



Se destaca que las alternativas ofrecen a las personas un diseño que fomenta la participación directa de los litigantes bajo una lógica constructiva, menos jerárquica y de consenso, que humaniza la visión del adversario y la resolución del conflicto, que refuerza el valor del acuerdo, la pacificación de la sociedad, y que facilita instancias más rápidas y económicas que el proceso judicial tradicional¹⁷, cuadro que, con todo, no termina de convencer en su formato de cuadro idílico de justicia coexistencial y no conflictual, al menos a un sector de la doctrina¹⁸.

De la mano de lo anterior se levanta como justificación o propósito de los mecanismos alternativos el mejoramiento del derecho fundamental de acceso a la Justicia, con el propósito de hacerse cargo de una serie de obstáculos que quieren vencerse, como lo son el costo del litigio, el problema que representan las reclamaciones pequeñas de los no privilegiados, o el tiempo (retraso) en la respuesta, que a su vez entroncan con la cuestión de reconocer que la igualdad perfecta entre partes es utópica lo que impone la necesidad de hacerse cargo de dichas barreras para dar significado efectivo al acceso a la Justicia¹⁹. Justamente en esta línea, autores como Cappelletti han venido señalando la conveniencia y necesidad que los reformadores de la Justicia utilicen cada vez más el recurso a arbitrajes, conciliaciones e incentivos económicos para lograr acuerdos fuera del tribunal. Advierte que estas técnicas se pueden volver obligatorias para algunas o todas las reclamaciones, o pueden hacerse accesibles por opción voluntaria de las partes²⁰.

Desde otra perspectiva, se ha dicho que el derecho de acceso a la Justicia no puede ser entendido como lo que le puede o debe conceder el Estado a los ciudadanos a la hora de administrar Justicia, este derecho “ha de analizarse como una especie de derecho bisagra cuya

¹⁷ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina, CEJA-JSCA, p. 14, en: http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe_IDRC/index.html. Consultado el 25/02/2016.

¹⁸ Chase, Oscar, “El incremento del ADR en el contexto cultural”. En Chase, Oscar, Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, Madrid, Madrid, Ed. Marcial Pons, Colección Proceso y Derecho, 2011, p. 155.

¹⁹ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, México, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, 1996, pp. 14 y ss.

²⁰ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Op. Cit., p. 53.



finalidad es poder alcanzar la efectividad de una multitud de derechos de otras índoles”: “Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de Justicia para obtener la tutela de dicho derecho”²¹.

Pues bien, se ha argumentado, al inicio la visión del acceso a la Justicia estaba restringida al acceso propiamente dicho al sistema judicial como se desprende de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero un sector señala que tanto la jurisprudencia de la CIDH como la doctrina y los principales organismos internacionales coinciden en la necesidad de hablar del acceso a la Justicia como un derecho amplio que abarque las soluciones extrajudiciales a los conflictos, la información y orientación jurídica a los ciudadanos y la obligación positiva de los Estados de eliminar las barreras de acceso al sistema judicial²². Así, la redefinición del concepto de acceso a la Justicia toma protagonismo y se pone al centro del debate de la perspectiva de las políticas públicas a través de la incorporación al sistema judicial de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en donde la intervención estatal de fomento genera anomalías como lo es a nuestro juicio la obligatoriedad prejudicial que se aprecia en varios ordenamientos de la Región, violentando la voluntariedad privilegiando, otra vez, el afán de descongestión de los tribunales.

III. La experiencia argentina y española: en especial a propósito de la mediación prejudicial obligatoria como ícono del fomento de las alternativas.

El “caso argentino” (paradigma latinoamericano)²³ resulta especialmente interesante cuando se trata de abordar la cuestión de los mecanismos alternativos, su fomento por parte

²¹ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., p. 17.

²² No ocultan algunos que este fomento de alternativas tiene a la vista un perfil de usuarios cuyas barreras de acceso a la Justicia son económicas, culturales y geográficas: Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., pp. 33-34.

²³ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., pp. 491-492. Una mirada a los Masc en América Latina en: Mera, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: *VVAA, Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma civil en América Latina*, Santiago, CEJA-JSCA, 2013, pp. 375 y ss.



del Estado y las definiciones adoptadas tanto para concretar este fomento como para justificarlo.

No hay dudas que en el país trasandino ha dado pasos relevantes para consolidar las alternativas al proceso judicial estatal. Y los esfuerzos desplegados en torno a la consolidación de la mediación (verdadera “punta de lanza” de estas técnicas²⁴²⁵) son un buen ejemplo de ello, y merece la pena detenerse particularmente en este punto²⁶. Se declaró de interés público la institucionalización y el desarrollo de la mediación, con finalidad fundamentalmente descongestionadora²⁷, que se introduce con carácter obligatorio previamente a todo juicio,

²⁴ Véase: López-Barajas, Inmaculada, “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional (los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos)”. *Revista de Derecho Político*, Num. 85, 2012, p. 147. También traemos a colación lo expuesto por Barona: “... se ha relanzado la necesidad de buscar fuera del proceso, pero sin darle la espalda, un revulsivo, que sirve, que funciona, que es eficaz y satisface a los sujetos implicados, incluido el Estado. Ello ha provocado la necesidad de desarrollarla, de configurar las características del mediador, de establecer las consecuencias jurídicas de su realización, así como las económicas de estos procedimientos, provocando esa necesidad de convertirle en engranaje jurídico”: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, *Op. Cit.*, p. 464.

²⁵ Algunos prefieren hablar de arte de la mediación, para subrayar la importancia del mediador. “El técnico en cuanto tal, es decir, el sujeto que aplica la técnica y que sigue el protocolo, resulta irrelevante y/o intercambiable por la propia naturaleza del conocimiento implicado. Esto es así porque todo aquel que siga los pasos establecidos en el protocolo acaba alcanzando el resultado buscado. En el caso de la mediación esto no ocurre jamás: el carácter, la disposición y/o la virtud del ‘técnico’ (en nuestro caso, del mediador) son esenciales para la obtención de los resultados. En definitiva, como he tratado de mostrar a lo largo de este libro, la mediación no es una técnica en el mismo sentido en que lo es la técnica de desinfección del material quirúrgico: en la mediación, la creatividad y la virtud del mediador tienen un protagonismo muy superior a la del protocolo de actuación. En la desinfección del material quirúrgico ocurre estrictamente a la inversa: el protagonismo está mucho más del lado del protocolo de actuación que del de la creatividad y la virtud del técnico”. Aguiló, Josep, *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid, Ed. Trotta, 2015, p. 128.

²⁶ “El proceso de gestación de la mediación en Argentina data de principios de los años noventa cuando las Dras. Gladys Stella Álvarez y Elena Highton, quienes viajan a Estados Unidos y entran en contacto con las experiencias de resolución alternativa de conflictos”. Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, *Op. Cit.*, p. 54.

²⁷ “La conflictividad social de los últimos tiempos ha dado lugar a que los tribunales se vean rebasados en sus posibilidades de atender los conflictos y se intente dar cauce para solucionarlos a través de la resolución alternativa de conflictos o de disputas...”. Arazí, Ronald; y otros. *Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2ª edición ampliada y actualizada, Tomo I, p. 694.



carácter obligatorio que, dicho sea de paso, por más explicaciones que se intenten²⁸, choca con uno de los pilares de la mediación cual es la voluntariedad²⁹.

Cabe preguntarse si estos esfuerzos han sido coherentes y firmemente justificados, especialmente en lo que dice relación con la imposición prejudicial obligatoria a las partes de pasar por la instancia de mediación. Como lo explica bien Giannini, “dicha modalidad imperativa tuvo su primer expresión en ese país en el régimen nacional, donde fue contemplada inicialmente como un instrumento provisional para impulsar y difundir el sistema (Ley 24.573, 1995), transformándose quince años después en una opción de política pública declarada como permanente (Ley 26.589, 2010)”³⁰, obligatoriedad que luego fue trasladándose a otras provincias.

Frente a esta contundente y temprana definición del país vecino se ha insistido por la mejor doctrina en una cuestión que ya hemos anotado antes: “... tanto la mediación como otros instrumentos de descongestión, no tienen razón de ser si tales remedios sólo son pensados como alternativas frente a un servicio de Justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente”³¹. En otras palabras: “... la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de escape o fuga a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que sabiendo que tiene en el

²⁸ Que lo “obligatorio” sería el trámite y no el llegar a la solución: Arazi, Ronald; y otros. Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado, Op. Cit., p. 694.

²⁹ Se he señalado críticamente al respecto: “La mediación comparta un medio de resolución de conflictos basado en el diálogo entre las partes con el objetivo de obtener el acuerdo que ponga fin a la disputa. De este modo se puede afirmar que la voluntariedad constituye una condición sine qua non de la mediación en la medida que la ausencia de este principio haría inviable ab initio cualquier discusión en torno al conflicto existente... En este mismo sentido se pronuncia el Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil. Propugna su apartado 64 que podría ser inútil obligar a alguien a participar de un ADR contra su voluntad en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad.... La Directiva 2008/52/CE consagra el principio de voluntariedad en el art. 3, párrafo a), refiriendo que en la mediación las partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas el acuerdo para su disputa. De igual modo, la voluntariedad está consagrada como principio de la mediación en diversos ordenamientos jurídicos como el de Portugal... Bélgica... o el de Francia.... Sin embargo, viene verificándose una tendencia para que los ordenamientos jurídicos restrinjan la exigencia de voluntariedad solamente a la obtención del acuerdo consagrando sistemas obligatorios de mediación en que las partes son forzadas a someterse a este medio con carácter previo a su acceso a los tribunales....Una de las provisiones pioneras en esta materia se constató en Argentina...”. Marques, Cátia, La mediación. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, pp. 169-170.

³⁰ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 38.

³¹ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 69.



servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface)³². Si no se entiende e implementa de este modo, las alternativas en general y la mediación en particular terminan siendo aplicadas como una variante de justicia de segunda o tercera clase, que se desentiende del valor justicia³³, perdiéndose de vista que los mecanismos alternativos “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la Justicia y contar con el debido proceso legal”³⁴.

Pero volviendo a los fundamentos esgrimidos a propósito del fomento de la mediación prejudicial obligatoria en Argentina, Giannini no oculta que éstos variaron notablemente a medida que mutaron los eje centrales del discurso político dominante, de allí que el autor se pregunte si la mediación es una herramienta tan flexible que puede servir, a la vez, para perseguir finalidades tan distintas como la descongestión del Poder Judicial y el acceso a la Justicia³⁵. ¿Instrumento de descongestión o de acceso a la Justicia?, se pregunta.

El autor revela que cuando la mediación previa obligatoria fue implantada originalmente la respuesta a la pregunta anterior era clarísima: la mediación era un instrumento de descongestión de una Justicia estatal en crisis, en emergencia y colapsada, mientras se diseñaba y abordaba una reforma que mejorase su desempeño. Una razón de eficiencia, en auxilio de un sistema de Justicia colapsado. Pero, como bien explica, la opción que en un comienzo era de emergencia, se consolidó como definitiva, y surgió la necesidad de encontrarle una justificación más “presentable” y con mayor vocación de permanencia.

De este modo es que la reforma introducida el año 2010 (Ley 26.589) da un giro justificativo y centra el fundamento en alzar a la mediación como un mecanismo de *acceso a*

³² Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 69.

³³ Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”. Civil Procedure Review, Vol. 4, Num. 3, 2013, p. 2.

³⁴ Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Num. 8, 2005, pp. 197 y ss.

³⁵ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 154.



*justicia*³⁶, lo que permite a los promotores de este mecanismo contar con un apoyo que se aleja de la emergencia y provisionalidad³⁷. Cabe consignar que no es una explicación exclusiva planteada desde Argentina, sino que es una justificación que ha ido hundiendo raíces en parte de la doctrina también europea que ha subrayado que con el tiempo fue naciendo la idea de que junto a los tribunales deberían existir otros organismos y posibilidades de resolución de litigios: “El derecho de acceso a la Justicia, como la posibilidad de que todos acudan al tribunal, se está transformando en la realización de la Justicia en el caso concreto, garantizando la igualdad efectiva de la partes y la imparcialidad del medio de administración de la Justicia, cualquiera que sea”³⁸.

Nótese que se emplea la expresión “acceso a justicia” y no acceso a la Justicia, como si se quisiera evitar o esquivar las críticas por el uso (o abuso) de los conceptos, frente a lo cual la

³⁶ La Comisión nacional de acceso a justicia y el Mapa de acceso a justicia así lo ponen en evidencia. “El concepto de “Acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia” ya que incluye una gran variedad de soluciones alternativas de disputas. Las políticas judiciales tendientes a garantizar el acceso a justicia de las poblaciones más vulnerables se centran en ofrecer a la ciudadanía una variedad de métodos de resolución alternativa de conflictos con el objeto de que los propios afectados puedan encontrar vías de solución de disputas sin necesidad de que ello implique la apertura de un proceso judicial, que por lo general es largo y costoso.

Para dar cumplimiento a esos objetivos, la CNAJ elaboró —en la primera etapa de su trabajo— un Mapa Judicial que contiene un exhaustivo relevamiento (actualizado periódicamente y disponible a través de la web) de los diversos métodos de acceso a justicia existentes en todas las jurisdicciones del país y los resultados obtenidos en su aplicación.

En la segunda etapa para cumplir los objetivos fijados por la CNAJ, se realizó la difusión de todas las prácticas, con sus características y resultados. De esta manera, los jueces, el Ministerio Público y la ciudadanía en general tuvieron conocimiento de los distintos sistemas que en materia de acceso a justicia se estaban desarrollando, especialmente de aquellos que han arrojado resultados favorables. Se llegó así a la tercera y última etapa, que consiste en el diseño e implementación de las experiencias más exitosas. A tal fin se conformó un grupo de trabajo integrado por secretarios de los superiores tribunales provinciales, que actúan de nexo entre la CNAJ y esos tribunales en la coordinación de acciones conjuntas tendientes a la puesta en práctica de sistemas concretos en cada una de las jurisdicciones”. Véase: <http://www.cnaj.gov.ar/cnaj/quees.do> Consultado el 02/03/2016

³⁷ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 157.

³⁸ Se cita como ejemplo paradigmático el caso de la Ley francesa de acceso a la Justicia y a la Resolución amigable de conflictos, de 18 de diciembre de 1998, “que privilegia las medidas que evitan el acceso a los tribunales, promoviendo la información jurídica e incentivando la creación de otras vías complementarias y alternativas de resolución de litigios”: Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 46.



mejor doctrina (pensamos en De la Oliva ahora) ha planteado severas críticas ya desde hace tiempo³⁹.

Desde la otra vereda, como también se ha apuntado, estaríamos en presencia de la integración de la mediación en el moderno concepto de *access to justice*⁴⁰, donde una serie de instrumentos (incluida la mediación) han alcanzado un protagonismo “sin parangón en la historia”. La omnipresencia y protagonismo del Poder Judicial en la vida jurídica de las personas ha venido experimentando una “vertiginosa metamorfosis” dada la necesidad de buscar nuevos medios de gestión de las relaciones y sus conflictos, “que permitieran solventarlos de la forma más pacífica y menos traumática posible”. “Poco a poco fue calando en la sociedad la idea de que la justicia iba más allá de lo procesal y de los tribunales”, concretándose una “evolución y cambio de perspectiva” hacia una moderna consideración del acceso a la Justicia⁴¹.

Como sea, por buena intención y voluntad que se ponga, parece que la cuestión no es tan sencilla como se quisiera. De entrada anótese una obviedad: que el acceso a la Justicia no

³⁹ Así lo ha explicado De la Oliva: “Un segundo lugar común, erróneo y muy nocivo, es el que cabría enunciar así: ‘En Derecho todo es discutible’. En realidad nunca ha sido cierto - y lo vengo diciendo desde hace tiempo - ese tópico según el cual ‘en Derecho todo es discutible’, un tópico que también ampara la ignorancia y la más feroz resistencia a informarse y estudiar. Todo puede ser discutido si se quiere partir de cero, es decir, si se quiere volver a estadios primitivos como los que, según la ingenuidad de Cicerón (La Invención, I, 2), fueron remediados por la elocuencia. Muchas cosas son discutibles, pero es innegable que el debate jurídico y el progreso jurídico – doctrinal, legislativo, jurisprudencial, etcétera – se apoyan sobre un consenso, no pocas veces unánime, en ciertos instrumentos entre los cuales sobresalen muchos conceptos que, como dije hace más de treinta años, son ‘instrumentos de comunicación’. Si las bases de la comunicación estuviesen todas, y siempre, en discusión, poco se podría avanzar y muy poco se habría avanzado”. De la Oliva, Andrés, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia, Num. 4, 2004, pp. 73-79.

⁴⁰ “Todo y que nunca como antes se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social. Exigencia que se extiende como una gran preocupación universal. En la búsqueda de este paradigma de justicia eficaz, los tribunales han venido siendo la pieza esencial, enero elementos endógenos y exógenos impredecibles e inevitables han llevado a su consideración como insuficientes para alcanzar los resultados pretendidos. Las experiencias de algunos modelos mucho más proclives a este cambio de perspectiva nos fueron ofreciendo innumerables respuestas, en algunos casos extrapolables a los demás ordenamientos jurídicos; en otros casos, de menor aplicación, pero que han venido enriqueciendo, no cabe duda, el movimiento ya universal y globalizado de incorporación de las ADR en el marco de una moderna justicia, más acorde con la realidad que vivimos, y en las que se ofrecen plurales vías al ciudadano para solventar sus posibles diferencias”. Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to justice: luces y sombras en Europa”. In Dret, Revista para el análisis del Derecho, 2014, p. 4. En: <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>. Consultado en: 03/03/2016

⁴¹ Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to justice: luces y sombras en Europa”, Op. Cit., p. 6.



debe equipararse a “acceso al Poder Judicial”⁴². Pero señalar que la mediación es un instrumento de acceso a la Justicia parece ser un salto difícilmente sostenible por distintas razones, pero fundamentalmente debe hacerse presente, como lo hemos manifestado en anteriores ocasiones, la situación de afectación de los ciudadanos que si se atiende a la nota de obligatoriedad que marca y acompaña este fomento de la mediación, se ven empujados a un sistema donde no es fácil asegurar la “independencia e imparcialidad” propias de la actuación judicial. De hecho, se afirma, se trataría de postulados no solo inexistentes en los denominados ADR, sino que innecesarios.

Por su parte, se ha dicho por Giannini que un sistema que pretenda equipararse a un mecanismo de acceso a la Justicia no debe desatender factores esenciales: a) la ruptura de la desigualdad material que las partes portan consigo al dirimir una contienda y que incide seriamente en el proceso de negociación, y b) la justicia intrínseca del resultado final del proceso de mediación⁴³⁴⁴.

Se remata por alguno: Los métodos alternativos pueden ser útiles y tener ventajas desde la perspectiva de la celeridad, la simplicidad, la informalidad y la economía, pero estaríamos frente a un precio a pagar demasiado alto en términos de justicia⁴⁵.

Serían justamente las limitaciones a las posibilidades de la Justicia lo que impediría hablar, *con tanta soltura de cuerpo*, de un mecanismo de acceso a la Justicia. De allí que incluso alguno postule que al regularse la mediación no debiese estar disponible ni ser considerado

⁴² Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 157.

⁴³ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 160.

⁴⁴ Por ejemplo, si de lo que se trata es de la superación de los obstáculos materiales de acceso, “cabe advertir que las partes llegan, transitan y salen del proceso de mediación en la misma posición de desigualdad que traían al ingresar. El mediador debe conservar un papel neutral que ni los jueces tienen, por lo que no está dentro de sus cometidos rebalancear los típicos obstáculos de acceso (diferencias económicas, de acceso a la información, etc.) ni desarrollar acciones positivas que mejoren esos factores... Por ello es que las conocidas Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia incorporan a los MAPJ (entre ellos: la mediación) como instrumentos que pueden contribuir en tal sentido, pero para ello no basta que sean un instrumento de descongestión, sino que deben tender a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad. Parte de los programas de mediación comunitaria desarrollados en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación y de algunas provincias argentinas parece estar enderezada en esta línea, pero no la mediación prejudicial civil y comercial que venimos analizando”. Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 161.

⁴⁵ Comoglio, Luigi, “Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali”, Rivista di Diritto Processuale, 2000, p. 371.



legítimo el “adoptar esquemas que por encima y ‘de espaldas a la Justicia’ se contenten con la sola e insuficiente finalidad de asistir neutralmente a las partes en la creencia ingenua de que ellas, por sí solas, puedan resolver el conflicto”. Se caería en un esquema que “desdeña la desigualdad natural de los contendientes” y, además, “potencia la injusticia del producto resultante”⁴⁶.

Al contrario, pareciera que el problema está en determinar si los métodos alternativos, cuando se consagran con carácter prejudicial obligatoria, son un impedimento al acceso a la Justicia. Así, Gozaini, ha destacado que parece insostenible tolerar la obligatoriedad respecto de todo juicio (que no tiene parangón en el Derecho comparado) con la cual se le he dispuesto en la ley argentina⁴⁷, que no hace sino evidenciar “que sólo busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos más esenciales: el impartir justicia...”⁴⁸.

No en vano, algunas voces disidentes en Alemania (magistrado del Oberlandesgericht de Frankfurt, Dr. Peter Eschweiler) ha subrayado que la mediación (se refiere en este caso a los casos de familia) es importante, “más solo si se hace depender de la existencia de un proceso, de manera que según sus propias palabras “la mediación familiar es impensable sin la existencia de un proceso judicial, porque ella se encuentra a la ‘sombra del Derecho’, lo que conecta con la necesaria existencia de un proceso asentado en el principio de contradicción, donde la propia existencia del juez de familia ya es una garantía para las partes en el conflicto, y añade que el juez de familia puede cumplir con esa misión mediadora a la que se refieren los demás autores atribuyéndola a sujetos que no son del juez, y ello por cuanto el juez de familia va a ayudar a que sean las partes las que tengan la posibilidad de auto responsabilizarse de alcanzar una solución al conflicto existente, lo que no es, para él, incompatible con la existencia del proceso”⁴⁹.

⁴⁶ Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”, Op. Cit., p. 24.

⁴⁷ Gozaini, Osvaldo. Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dir.), La mediación: Nuevas investigaciones y portes desde el Derecho comparado. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015, p. 393.

⁴⁸ Gozaini, Osvaldo. Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos, Op. Cit., p. 394.

⁴⁹ Véase: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 482.



Ahora bien, que no sea efectivamente un mecanismo de acceso a la Justicia no importa negarse a su promoción como un mecanismo complementario⁵⁰ al sistema judicial, entiendo que en ciertos casos y para algunos asuntos (conflictos coexistenciales) puede resultar un instrumento cualitativamente útil y eficaz por ser menos formal que el proceso judicial, por implicar una mayor participación de los interesados que les somete al resultado alcanzado, etc⁵¹.

Pero los MARC en general y la mediación en particular “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la justicia y contar con el debido proceso legal. La Justicia y los MARC tienen dimensiones complementarias y deben ser empleados para beneficio de la gente como opciones posibles para paliar situaciones diversas”⁵². Con todo no cabe desconocer que el movimiento a favor de los mecanismos alternativos y la mediación ha calado incluso entre los mismos órganos jurisdiccionales, de manera que cada vez hay más tribunales que tratan de estimular, y en algunos casos, conminar a que los litigantes participen en alguna de las técnicas previas de solución de conflictos, entre ellas las mediaciones, elevándose a casi un cincuenta por ciento las causas que se resuelven mediante mediaciones⁵³.

Respecto del “caso español”, exponente europeo de corte continental (diverso de los países anglosajones) en cuanto al fomento de la mediación, cabe anotar que ha sido de más reciente data, y también cabe formular algunas observaciones, para brindar mayor amplitud a esta mirada de derecho comparado que ofrecemos en este apartado, especialmente teniendo

⁵⁰ Algunos acuñan, en reemplazo de la expresión mecanismos alternativos de solución de conflictos, la denominación de mecanismos apropiados de solución de conflictos, evitando de ese modo denotar un orden secundario para el tratamiento de los conflictos. Frei, Gonzalo (Director), “Informe final “Modelo de gestión para la desjudicialización de materias bajo la nueva Justicia procesal civil”, Universidad Alberto Hurtado, 2013, p. 4. Véase también: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 458.

⁵¹ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 469.

⁵² Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, Op. Cit., pp. 197 y ss.

⁵³ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 471.



presente la influencia que ha tenido en este caso el desarrollo de directivas europeas que han marcado la pauta en esta materia al otro lado del charco⁵⁴.

En efecto, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, estableció normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos⁵⁵, concretando una preocupación que ya venía arrastrándose en el ámbito del Consejo de Europa por ejemplo a través de algunas Recomendaciones sobre mediación familiar y penal, entre otras⁵⁶. Pero como bien se ha dicho, “es la Directiva de 2008 la que constituye el marco normativo de la mediación en la UE con el objetivo de promover la uniformidad en los Estados miembros y como vehículo de difusión de la mediación. En efecto, refiere su considerando 7 que para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil”⁵⁷.

Ahora bien, también se ha consignado que el art. 1 de la Directiva postula que se deberá promover una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, lo que a juicio de Marques parece una nota fundamental en el enfoque de promoción de este mecanismo como un medio complementario y no sustitutivo⁵⁸.

⁵⁴ Se ha dicho: “En teoría, los derechos reconocidos a nivel sustantivo deberían disponer de una vía de reparación y protección a través del sistema jurídico del Estado. En la práctica, ningún país del mundo ha sido capaz de asegurar tan amplia protección debido a la falta de recursos existentes a todos los niveles para desarrollar un sistema verdaderamente accesible. En concreto, los retrasos y los costes actúan como impedimentos al acceso a la Justicia del Estado y han fomentado la búsqueda de sistemas/soluciones alternativas para asegurar la protección de los derechos”. Vigoriti, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, perspectives”. En VVAA, Anuario de Justicia Alternativa, 2008, pp. 119 y ss.

⁵⁵ Respecto de Europa y la Directiva se subraya. No hay incertezas: el valor es el acceso a la justicia, en sentido lato, y la intención es la de favorecerlo también con la predisposición de procedimientos, precisamente, alternativas de naturaleza no contenciosa y de carácter contractual. En sentido estricto, lo que se quiere no es facilitar sino más bien evitar el recurso al juez nacional. Véase: Vigoriti, Vincenzo. La Directiva europea sobre la mediación ¿Cómo actuar?. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho comparado. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015, p. 264.

⁵⁶ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.

⁵⁷ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.

⁵⁸ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.



España, a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elabora una norma interna que siendo un resultado del imperativo comunitario⁵⁹ regula sus principios generales, efectuando la necesaria adaptación. Según expresa el preámbulo, se establece un régimen jurídico general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002⁶⁰.

También se recoge en el Preámbulo de la referida Ley:

“La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

No toda la doctrina española ha mostrado su complacencia con la nueva normativa ni con el fomento de la mediación que se declara. Al contrario, se han realizado planteamientos críticos al abordaje de esta materia, partiendo por cuestionar que la mediación no se contemple como un sistema de autocomposición de conflictos con interés intrínseco, sino que sea considerada “inmediata y primordialmente en relación con la Justicia del Estado, como una alternativa”. De la Oliva ha expresado al respecto: “Desde hace largo tiempo, se observa una atención de política legislativa hacia el arbitraje, la conciliación y la mediación en directa

⁵⁹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 80.

⁶⁰ Preámbulo de la Ley 5/2102, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-rdl5-2012.html. Consultado el 07/03/2016.



relación con problemas – con frecuencia reales, pero no siempre ajustadamente descritos – de la Justicia del Estado. Es ésta una idea asociada a un diagnóstico, implícito, pero claro, de imposible o muy difícil mejora de esa Justicia, un diagnóstico que es falso. En España, aunque todos conocemos y aprobamos el dicho popular ‘más vale un mal acuerdo que un buen pleito’, existe una secular cultura popular de acceso a la Justicia para obtener, precisamente de los tribunales oficiales, una tutela conforme a Derecho. Dicho con otras palabras: en mi país son muy comunes y muy arraigados el impulso y la decisión de acudir a los tribunales para que remedien la injusticia y pocas veces pide que una controversia sea resuelta de alguna otra forma. La demanda de justicia – que siempre supone una demanda de aplicación del Derecho, excluidas como están en España las sentencias fundadas exclusivamente en equidad – es perfectamente legítima y no debe ser desoída o desdeñada. Y, sin embargo, es desoída y desdeñada cuando, en lugar de preocuparse por más y mejores recursos humanos y más medios materiales para la Justicia estatal, el Estado reacciona principalmente con la promoción de alternativas. Bien están las alternativas. Es bueno que existan y estén bien reguladas, pero es perverso que desplacen el debido esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios para cumplir su indeclinable función...”⁶¹.

En sentido también crítico se ha pronunciado Nieva, subrayando primero la fascinación que han mostrado legisladores de distintas partes del mundo, especialmente en Europa a partir de la Directiva 2008/52/CE, y luego la impropiedad de la denominación medios alternativos al proceso, dado que muchas veces se introducen en el mismo, como sucede con la misma mediación, por ejemplo⁶². No sin un llamado implícito al realismo y a evitar maniqueísmos, señala: “Quizás sea el momento de detenerse a reflexionar por unos instantes poniendo en cuestión el postulado comúnmente aceptado, aunque pueda sorprender planteado en estos términos: que la mediación es muy positiva y la Justicia muy negativa. No partiré en mis consideraciones, ni mucho menos, de que la mediación sea negativa, pero sí que creo que

⁶¹ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. En: <http://document-andresdelaoliva.blogspot.cl/2011/12/mediacion-y-justicia-sintomas.html>. Consultado en 09/03/16.

⁶² Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”. Revista Actualidad Civil, Num. 15-16, 2012.



conviene plantear al menos la duda en torno a su aparente carácter óptimo”. Se pregunta derechamente el autor si la mediación es preferible a la tutela judicial, en un escenario donde, reconoce, ello parece darse por supuesto, a partir de argumentos relacionados con la paz ciudadana y a los costes de todo tipo de proceso judicial, olvidándose o pasando por alto que “el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir el mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible”⁶³.

Sigue Nieva, en este argumento a contracorriente que intenta levantar para dar mayores cuotas de realismo al análisis: “... el proceso parece un medio más evolucionado que la mediación, aunque este dato nunca podrá ser históricamente confirmado con rotundidad. En todo caso, el proceso judicial, tal y como lo conocemos hoy en día, es un cauce en el que las partes, ciertamente, se enfrentan. Pero también poseen la oportunidad de dar sus razones con precisión, hacer que las mismas consten fehacientemente, en condiciones de defensa que permiten garantizar normalmente la igualdad de armas. Y además tienen la posibilidad de presentar con serenidad las pruebas de sus razones ante un tercero imparcial... Además, al proceso suele acudir en la compañía de un experto jurídico - un abogado -, que debe - o debiera - tener el mismo nivel de formación que el juez, que elevará sin duda la calidad de los debates y que garantizará... la igualdad de armas”⁶⁴.

“En este contexto, aunque lo que expongo es una opinión que se distancia de las que quizás sean más populares, no acaba de entenderse por qué una mediación, en términos ciudadanos, es más beneficiosa que un proceso judicial. Si un ciudadano lo que desea es defender su razón, desde luego la mediación no es el mejor instrumento a través del que pueda hacerlo. Lo que ocurre es que se valora el proceso jurisdiccional simplemente en términos económicos y temporales. Además, se ve al proceso como una especie de guerra o batalla al menos. Y sucede justamente lo contrario. El proceso jurisdiccional está en crisis por culpa de los Poderes públicos. En concreto, por falta de medios económicos, estructurales, humanos y de formación de los jueces, así como por culpa de unos procedimientos que generan una

⁶³ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 47.

⁶⁴ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.



insoportable y absurda burocracia que se arrastran desde los tiempos del *solemnis ordo iudiciarius*, dado que los procesos actuales son, todavía, en muy buena medida esclavos de aquel viejo procedimiento heredero del proceso postclásico romano”⁶⁵.

Cierra con un llamado a dar a la mediación el lugar que le corresponde, sin excesos ni populismos. “... la mediación solamente debe ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas que, desde luego, las tiene...”⁶⁶.

A partir de este contexto y esta perspectiva, es que la cuestión de la obligatoriedad o voluntariedad del mecanismo que se desea fomentar retoma protagonismo. Ya hemos dado cuenta de la situación en el “caso argentino”. En el “caso español”, al que hemos dedicado las últimas líneas, debe distinguirse entre el Proyecto y la Ley finalmente aprobada. En cuanto al Proyecto, si bien se definía a la mediación como un medio de solución de controversias consistente en un intento de acuerdo llevado a cabo “voluntariamente”, la mejor doctrina denunció que en realidad no había en la ley proyectada esa nota de “voluntariedad”, desde el momento que sumaba preceptos que imponían acudir a la mediación “so pena de no acceder a la Jurisdicción, a la Justicia del Estado”⁶⁷. Se aludía, no sin ironía, a la “obligatoriedad de la mediación voluntaria”⁶⁸. En efecto, “el Proyecto de Ley de Mediación, en su art. 7, prescribía que la ‘mediación’ es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal. Preveía aún introducir en la LEC normas conforme a las cuales, en las demandas cuya cuantía no excediese de 6.000 euros y no se refiriesen a ninguna de las materias del apartado 1 del art. 250 o a una materia de consumo, sería obligatorio el intento de mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, no admitiéndose la demanda si no se acompañase acta u otro documento acreditativo del intento de mediación”⁶⁹. Pero en la versión aprobada esta situación cambio: “Sin embargo, el art. 6 de la actual Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, establece la voluntariedad como principio sin

⁶⁵ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.

⁶⁶ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.

⁶⁷ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. Op. Cit.

⁶⁸ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. Op. Cit.

⁶⁹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.



excepciones, desapareciendo cualquier estipulación de obligatoriedad de aplicación de este mecanismo”⁷⁰.

Parece claro de entender, pero objetivos o propósitos a los cuales ya hemos aludido han buscado primar para intentar (a veces con éxito, a veces no) en esta redefinición de la “voluntariedad”. Nieva lo explica con bastante claridad: “Si se pretende generar un clima de confianza entre las partes, es inoportuno que vengan obligadas, porque esas mediaciones forzadas sólo parecen tener una perspectiva de éxito, salvo excepciones, si el mediador tienen un poder coactivo. Y si ejerce ese poder, deja de ser mediador”⁷¹.

Explicado de otra forma, la voluntariedad constituye (debiere constituir) una condición *sine qua non* de la mediación y todos los mecanismos ADR⁷² “en la medida que la ausencia de este principio haría inviable *ab initio* cualquier discusión en torno al conflicto existente... nadie puede ser obligado a argumentar o esgrimir puntos de vista en contra de su voluntad o, en otras palabras, la obligatoriedad del recurso a la mediación podría dar lugar al silencio de las partes que haría inviable cualquier discusión , y con ello cualquier opción a la resolución del conflicto de forma dialogada y a través del mutuo acuerdo”⁷³. Con todo, al pasar revista a diversas legislaciones y algunos pronunciamientos de Tribunales superiores (por ejemplo, Tribunal constitucional español, TEDH, entre otros), pareciera que se ha consolidado la idea que los sistemas obligatorios de mediación limitan la voluntad de recurrir a la mediación, pero no significan una obligación de resolver el conflicto por ese mecanismo, por lo que a juicio de algunos (apoyados en algunos pronunciamientos sobre este punto en particular en distintos sistemas) no sería una opción inconstitucional. Cosa distinta es debatir “la oportunidad o necesidad de consagrar estos sistemas forzosos”⁷⁴, donde nuestra posición, como lo hemos

⁷⁰ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.

⁷¹ “Es posible que siendo la mediación voluntaria se celebre un menor número de mediaciones, claro está. Pero la tasa de satisfacción social sin duda será más alta. Y si esa tasa va creciendo poco a poco de ese modo, el recurso a la mediación se hará espontáneamente más frecuente”. Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 47.

⁷² El ‘Libro Verde’ sobre modos alternativos de resolución de litigios en materia civil y mercantil, en su apartado 64 señala que “podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad”. Citado en: Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 169.

⁷³ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.

⁷⁴ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 177.



puesto de manifiesto en otros lugares⁷⁵, es contraria a consagrar una obligatoriedad que va justamente en contra de la esencia que debe resguardarse de los mecanismos alternativos en general y de la mediación en particular.

IV. Situación chilena: ¿Qué espacio se asigna a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente desde los procesos de reforma a la Justicia en general y la Justicia civil en particular.

El “caso chileno”, al igual que ha sucedido en otros países, tiene evidentes puntos de conexión con lo que ha mostrado la evolución de esta temática en los países vecinos (como Argentina) y también, como hemos revisado, en Europa (específicamente, en el caso de estas líneas, en España). En efecto, Chile muestra algunos avances en la promoción e instalación de estos mecanismos alternativos, pero a nuestro modo de ver, y según queda en evidencia, se presentan las mismas dudas en torno a los verdaderos fundamentos que deben tenerse en consideración a la hora de estimularlos o fomentarlos.

En el plano de los avances, no puede dejar de anotarse que ya desde, y especialmente, con la reforma a la Justicia penal se produce la incorporación de una serie de mecanismos alternativos (salidas alternativas) que implican soluciones autocompositivas, tales como el acuerdo reparatorio (art. 237 CPP) y la suspensión condicional del procedimiento (art. 241 CPP), y que son materia de amplia aplicación, no obstante no siempre han sido bien comprendidos por la comunidad⁷⁶. “El acuerdo reparatorio es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el imputado y la víctima dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, cuyo fin es convenir la reparación de las

⁷⁵ Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, Num. 2, 2012, pp. 387 y ss.

⁷⁶ Al momento de escribir estas líneas se ha producido una fuerte polémica por la eventual aplicación de estos mecanismos en el denominado caso tsunami, donde los familiares de las víctimas del 27/F no solo reclaman no haber sido notificadas, sino que derechamente se oponen a la aplicación de estos instrumentos en este caso. Véase, por ejemplo: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/03/14/caso-tsunami-tribunal-aplaza-decision-sobre-suspension-condicional-de-la-causa/> Consultado el 15/03/2016.



consecuencias causadas por el delito y poner término al litigio penal pendiente respecto de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”⁷⁷. “La suspensión condicional del procedimiento es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, que tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término del litigio penal pendiente respecto de un delito de acción penal pública en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la resolución que concede el beneficio”⁷⁸. Existen, además, dos mecanismos que apuntan a allanar el camino a la negociación entre el Ministerio Público y el imputado, cuales son la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado (art. 395 CPP) y el procedimiento abreviado en el ordinario (art. 406 CPP).

En el terreno de los fundamentos, parte de la doctrina ha sido muy sincera en su explicación. “En la actualidad, por efectos pragmáticos, la vía autocompositiva se ha ido abriendo camino para constituirse cada vez más en un medio necesario de ser utilizado para la composición del litigio antes de acudir al proceso. El proceso no puede constituirse en la actualidad en el único instrumento capaz de permitir llegar siempre, y respecto de todos los conflictos que se presentan en la sociedad, a una pronta, eficiente y justa solución”⁷⁹. Aunque luego se matiza, reivindicando el rol protagonista y principal del proceso judicial, señalando: “El problema no se resuelve dejando que la jurisdicción siga siendo ineficiente y alentando u obligando a los ciudadanos a la que puede definirse como una fuga de la jurisdicción y de la utilización del proceso para la solución del conflicto. El problema se resuelve – por el contrario – haciendo que la jurisdicción sea eficiente, y haciendo que el recurso a las alternativas no sea un camino obligado para las partes ante la ineficiencia del proceso para otorgar una solución justa, legítima, pronta y eficiente”⁸⁰.

⁷⁷ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010, p. 19.

⁷⁸ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 18.

⁷⁹ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 20.

⁸⁰ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 21.



También se ha rescatado que estos mecanismos alternativos, en sede penal, han estado ligados a múltiples necesidades entre las cuales están el descongestionamiento del sistema de juicios, la incorporación de la opinión e intereses de la víctima, la evitación de la criminalización secundaria en caso de los imputados con bajos niveles de compromiso delictual, al mismo tiempo de posibilitar su reinserción⁸¹.

Pero más allá de estas matizaciones, lo cierto es que estos mecanismos alternativos incorporados al sistema procesal penal han sido asociados a la productividad y buena gestión del mismo y a la fijación de metas e indicadores cuantitativos⁸², lo que siendo necesario no deja de entrañar riesgos propios de un sistema de Justicia diseñado y entendido bajo una concepción unidimensional de la eficiencia, cuestión sobre la cual ya hemos levantado nuestra voz crítica a propósito de otros órdenes jurisdiccionales⁸³. Duce le ha llamado el “efecto perverso” de las metas, que se manifiesta cuando las “metas cuantitativas se constituyen en el único o muy principal indicador de medición de resultados y de premio al trabajo de los actores del sistema”. Algo así ocurriría, sigue el autor, cuando por ejemplo, se busca terminar casos para cumplir la meta institucional a pesar de que el término escogido para el caso sea el de peor calidad que ofrece el sistema, como acontece con el archivo provisional. Otro tanto ocurre cuando se da un uso amplio de la negociación “como forma puramente de descongestión del sistema”. Lo explica así: “Si bien, en principio, el que los mecanismos de negociación previstos sean usados intensamente no es problemático per se, el punto es que este uso intenso se realiza en muchos casos en los que los fiscales negocian muy por debajo de sus posibilidades legales o con un ablandamiento extremo de su postura o cuando los defensores lo hacen para reducir su carga de trabajo a pesar que se trata de un caso que podrán discutir con éxito en el juicio. Como la negociación ofrece al fiscal y al defensor una oportunidad para llegar a una solución más fácil, ambos actores tendrán muchos incentivos para negociar. Primero, porque

⁸¹ Alvear, Soledad; Blanco, Rafael. *Diálogos sobre la reforma procesal penal*. Santiago, Ed. Universidad Alberto Hurtado, 2010, p. 130.

⁸² Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”. En: Fuentes, Claudio (Coord.), *Diez años de la reforma procesal penal*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, 2011, p. 52.

⁸³ Véase: Palomo, Diego, “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, Num. 1, 2014, pp. 377-396.



les permitirá llegar a una solución que los premiará mejor en términos del cumplimiento de las metas. Segundo, porque implica un camino con mucho menos desgaste de recursos y de su propio tiempo”⁸⁴.

Otra área en la cual se ha fomentado el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos es la Justicia de familia. Ya de la historia de la Ley Num. 19.968, de 30 de agosto de 2004, se lee que el Proyecto tenía por objeto instituir un procedimiento que diera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar⁸⁵. “En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto. Con dicho fin, el proyecto instituye la mediación. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre la partes, fomenta las soluciones autocompositivas. Existe evidencia empírica de que este tipo de soluciones disminuye las ineficiencias, permitiendo así, en el largo plazo, un ahorro de recursos. La solución adversarial, al concebir el conflicto como una relación no interactiva, tiende a asignar bienestar a una de las partes, negándoselo a la otra. Ello suele ser motivo de un nuevo conflicto que, muy prontamente, comparece de nuevo ante el sistema reclamando solución. Este un aspecto del proyecto de particular interés y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense. Ofrecer soluciones alternativas a la estrictamente adversarial para la solución de los conflictos, es un objetivo global de la política de justicia de mi gobierno que es posible advertir en este proyecto, pero que, también, forma parte de la reforma procesal penal en actual trámite”.

Se optó por incorporar la mediación obligatoria en ciertas materias. De hecho, las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, deben someterse a un procedimiento de mediación previo a la presentación de la demanda. Se explicó así en su momento: “El sometimiento a mediación, previo a la presentación de la

⁸⁴ Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”, Op. Cit., p. 53-54.

⁸⁵ <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 8.



demanda, se justificaba por una razón de carácter estratégico, con miras a lograr la sumisión a este procedimiento en forma rápida y masiva, puesto que una vez presentada la demanda, el espíritu adversarial de las partes se fortalece”⁸⁶. Y se agregó: “En este punto, cabe considerar que la instancia de mediación previa a la demanda es un medio, no un fin, que tiene como objetivo masificar la mediación para producir una rápida socialización de este nuevo mecanismo alternativo de resolución de conflictos, lo cual garantiza a su vez la operatividad del principio de selectividad del sistema y, consecuentemente, su descongestión en etapas tempranas. Además, la masificación de la mediación en el ámbito de los conflictos familiares permite visualizar un cambio cultural hacia la pacificación a través del diálogo en las rupturas conyugales, con indudables beneficios para los hijos en la reestructuración familiar. Por otro lado, la obligatoriedad garantiza que todas las personas tengan acceso a la mediación en condiciones de igualdad, evitando que la derivación de un caso dependa exclusivamente del criterio, conocimientos u opinión proclive o resistente que tenga el juez respecto de la mediación. En efecto, si la derivación de un caso a mediación solo depende de que el Juez la oferte a las partes, puede ser que durante varios años la mediación sea desconocida en algunos lugares de la República, mientras en otros se convierta en poco tiempo en la forma usual de resolución de conflictos familiares, con la consecuente desigualdad de acceso de la ciudadanía a esta alternativa, que promueve una mayor satisfacción en los demandantes de justicia”⁸⁷.

Cabe recordar que no obstante lo que recogía el Proyecto originalmente, en el texto legal aprobado, la mediación no se contempló con carácter obligatorio, y que sólo con la reforma introducida a través de la Ley Num. 20.286, de 15 de septiembre de 2008, se adoptó esta fórmula, justificándose la decisión del cambio en la siguiente forma: “Como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la mediación cuenta con una serie de ventajas cualitativas por sobre las restantes soluciones, incluyendo la jurisdiccional. En el caso del conflicto familiar, sus ventajas son aún más notorias, dada la natural relación entre las partes en conflicto y la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos tal relación continuará

⁸⁶<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 415.

⁸⁷<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 1180.



luego de resuelta la disputa. Por ello, es necesario que tales mecanismos alcancen un rol preferente a cualquier otra vía de solución. Tal concepción se ha mantenido desde los orígenes del nuevo sistema de familia y se plasma en la ley actual. Sin embargo, en la práctica, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia, la mediación no ha sido considerada dentro de las posibilidades reales de solución, por lo que sus resultados cuantitativos esperados han estado muy lejos de la realidad. Ello, entendemos, en una gran parte por desconocimiento de sus reales ventajas, pero en otra, debido a ciertas características en su diseño que la hace facultativa en todas las materias en que es procedente, dentro de un procedimiento ya iniciado y, con engorrosos trámites para la obtención de su gratuidad. Con el presente proyecto se establecen tres importantes materias - derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal, y relación directa y regular - que necesariamente deben ser iniciadas por un proceso de mediación, previo a la tramitación judicial de la demanda. Por otra parte, se eliminan los trámites para acceder a la gratuidad de la mediación. Los cambios introducidos, que no hacen sino volver a la fórmula original del proyecto de ley que posteriormente se tradujo en la ley N° 19.968...⁸⁸⁻⁸⁹.

Huelga reiterar acá las objeciones a esta opción que antes ya hemos recogido con amplitud. Además, tales objeciones no han alcanzado para que nuestro Tribunal Constitucional falle contra esta fórmula de la mediación previa y obligatoria⁹⁰. Con todo, ello no obsta a que se

⁸⁸<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3926/4/HL19968Art106.pdf>

⁸⁹ Sobre algunos resultados, véase: Informe final Penal de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Ministerio de Justicia, 2013, p. 6.

⁹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 10 de julio de 2012, en la causa Rol Num. 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los Tribunales de Justicia. Cabe hacer presente que este fallo se refiere a la norma del art. 43 de la Ley Num. 19.966 sobre Régimen de Garantías de Salud, pero sus conclusiones resultan aplicables a las normas que regulan la mediación en la Ley Num. 19.968. Su doctrina se resume así: Que, puede sostenerse que el sistema de mediación previa en los reclamos que se pretendan deducir para obtener la reparación de perjuicios por daños provocados por una negligencia de un prestador de salud, en el contexto de la Ley N°19.966, introduce una diferencia frente a la posibilidad de impetrar directamente esa reparación ante los tribunales de justicia, en conformidad a las reglas generales de responsabilidad que establece el Código Civil. Sin embargo, no se trata de una única diferencia, sino que ella es aplicable también a otras situaciones que, al igual que la indicada, propenden a disminuir o evitar la judicialización de conflictos de común ocurrencia en la vida cotidiana, con el consiguiente beneficio para los propios afectados.

Para esos efectos se instituye la mediación como un procedimiento más accesible y simplificado que evita el costo de un procedimiento judicial que, adicionalmente, suele ser de extensa duración. Bajo esta perspectiva no cabe, a



deban considerar otros factores en juego que deben considerarse, no sólo teniendo presente las debilidades que presentan estos mecanismos frente a la respuesta jurisdiccional (en términos de garantías procesales)⁹¹, sino que también para evitar desfigurar la esencia de los mecanismos alternativos en general y de la mediación en particular⁹².

Con todo, la anterior, es la misma opción (la obligatoriedad previa) que nuestro legislador toma luego a propósito de otro ámbito de materias. Ejemplo de ello es el art. 43 de la Ley Num. 19.966 sobre Régimen de Garantías de Salud, que también opta por esta fórmula que hemos criticado en otro lugar⁹³, pero que desde la perspectiva del Consejo de Defensa del

juicio de este Tribunal, cuestionar la necesidad de la mediación previa en los conflictos que puedan suscitarse entre los usuarios y los prestadores de los servicios de salud;

Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan. En consecuencia, no puede sostenerse que la exigencia que se comenta sea intolerable para el destinatario de la diferencia si, como se ha visto, no impide la satisfacción de su pretensión;

Que, en el presente caso, no puede sostenerse válidamente que la requirente haya visto obstaculizada la igualdad en el libre ejercicio de sus derechos –también conocida como igualdad ante la justicia–, pues, como se ha explicado en el capítulo que precede, el acceso a la mediación previa al planteamiento de su reclamo judicial de indemnización de perjuicios, suspende el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales que procedan, por expresa disposición del inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966. De esa forma, aunque la mediación fracase, la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión.

Voto de minoría que estuvo por acoger el requerimiento: Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia. Siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial. Entre los autores, Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que para que una ley de mediación obligatoria sea constitucional, es imprescindible que la instancia de mediación y los mediadores no dependan del Poder Ejecutivo ni pertenezcan a su órbita, sino que su organización y funcionamiento se radique en la esfera del Poder Judicial, aunque más no sea por una razón constitucional evidente, cual es la prohibición del artículo 109 al Poder Ejecutivo, para que no tome injerencia en el Poder Judicial; de hacerlo, viola la división de poderes en la Ley. En: <http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/35F2E889167923D384257A4C006D91E1?OpenDocument&volver=vwfrmFalJudTod>

⁹¹ Véase: Aguirrezabal, Maite, “Mediación previa obligatoria y acceso a la Justicia en el proceso de familia”, Revista Chilena de Derecho Privado, Num. 20, 2013, pp. 295-208.

⁹² En contra, y de acuerdo con la obligatoriedad, véase: Vargas, Macarena, “Mediación obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación”, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Num. 2, 2008, pp. 183 y ss.

⁹³ Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del tribunal Constitucional”, Op. Cit., pp. 387-426.



Estado ha permitido disminuir la judicialización (por ejemplo, en el caso de negligencias médicas) y ahorrar importante sumas al Fisco en el pago de indemnizaciones⁹⁴.

Otra fórmula reforzada en su fomento, estímulo y utilizado, especialmente en los sistemas reformados del orden jurisdiccional no penal, ha sido la conciliación, que en los regímenes procesales precedentes no cumplía un rol relevante, bajo ningún punto de vista. El porcentaje de causas que terminaban en esta etapa del proceso eran mínimas, ínfimas, producto fundamentalmente de un diseño procesal escrito y desconcentrado que dejaba a los jueces al final del trayecto procesal, sin permitir ni facilitar el temprano contacto directo entre el juez y las partes.

Pues bien, con las reformas introducidas, que como dijimos apuestan por el predominio de la oralidad y el sistema procesal por audiencias, el escenario cambia y reposiciona a los jueces en un rol mucho más protagonista⁹⁵ (¿y los abogados?), abandonando el papel de mero observador, con el propósito explícito de garantizar el acceso a una Justicia rápida y eficaz. Evidencia de este cambio de rol se aprecia no solo en la nueva Justicia de familia, sino también en la nueva Justicia del Trabajo en lo que en otro sitio hemos denominado la confianza que se deposita en ellos para “estimular acuerdos”. Con todo, la apuesta en Chile es por los jueces, en un acto de confianza casi ciega, con el propósito de conseguir con ello una respuesta más eficiente, en el sentido de acelerada. Muestra (reprochable) de la eficiencia judicial en nuestro país (y también en otros países de la Región que han seguido similar ruta en el plano de las reformas procesales) lo constituye la generalizada tolerancia a la utilización *extorsiva o coactiva* del mecanismo de la conciliación como una forma de presionar indebidamente a las partes para llegar a un acuerdo, para matar causas, por la consecución de ciertas metas institucionales⁹⁶.

⁹⁴ Palomo, Diego. “Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud”. En: Arancibia, Jaime, Martínez, José Ignacio, Romero, Alejandro. *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Thomson Reuters, Universidad de los Andes, 2013.

⁹⁵ Hunter, Iván, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, Num. I, 2007, pp. 205-229.

⁹⁶ Sobre estos problemas detectados con mayor frecuencia de la deseada en el tema de la conciliación laboral, véase también: Ríos, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una



Dicho todo lo anterior, ¿que hemos hecho en nuestros procesos de reforma? (a los tribunales de familia y a la Justicia del trabajo). Hemos entregado a nuestros jueces unas facultades con muy pocos contrapesos, casi sin límites explícitos, en donde las definiciones centrales de su función están dispuestas para alcanzar básicamente un objetivo: una respuesta jurisdiccional más rápida como sinónimo de respuesta jurisdiccional eficiente.

Se instaló la idea que los jueces deben dar respuesta rápida a pesar del obstáculo que representan los abogados. Se apostó por nuestros jueces para “salvar” los papeles de la Justicia, consagrando un modelo de juez con reforzados poderes que debe hacerse cargo, entre otras tareas, de la velocidad de la respuesta jurisdiccional, de la estimulación descongestionadora de acuerdos, salidas alternativas y fórmulas auto compositivas, del establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos y el logro de la Justicia de la decisión, y hasta de la asistencia a la parte que considere más débil.

Para ello, con esta excusa, y también con esta tremenda carga y responsabilidad, muchas veces el juez se siente autorizado para apropiarse del proceso pasando las partes y sus abogados a un segundo o tercer plano. Parece haberse olvidado entre nosotros que los jueces no sólo tienen el deber de realizar el proceso, sino que deben realizarlo respetando unos postulados mínimos de justicia.

Dada la experiencia de dulce y de agraz acumulada por las reformas, el riesgo está instalado también para la reforma procesal civil, si algunos siguen planteando que la apuesta es por la oralidad y la celeridad, como si de principios se trataran; si nuevamente las fichas van por el protagonismo sin mucho contrapeso de los jueces; si nuevamente las fichas van por la velocidad que debe imprimirse a la administración de Justicia como única medida de la eficiencia del sistema; todo ello sin aprender de los errores cometidos, todo ello sin correcciones a la luz de la experiencia acumulada en las reformas en vigencia.

En fin, hay que saber rectificar los esquemas que no han dado los frutos esperados. Hay que repensar el cómo venimos recogiendo y aplicando la oralidad, hay que abrirse a otras

observación práctica”, en VVAA, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma procesal civil en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013, p. 151.



posibilidades e introducir algunos matices correctores; hay que terminar con esa mirada unidimensional de la eficiencia en la Justicia que marca negativamente todo el funcionamiento de los sistemas reformados; sobre todo, hay que matizar eso de la confianza en los jueces como si en eso se fuera la suerte y el éxito de toda la reforma.

O lo decimos de otro modo. Confianza sí, pero que no lleve a afectar el derecho de defensa y el derecho a la prueba a la hora de definir la admisibilidad probatoria. Confianza sí, pero que no llegue a afectar su deber de imparcialidad en la práctica probatoria, y le exima de respetar los límites que la ley prevé para los interrogatorios (vale decir, si va a interrogar debe estar dispuesto, por ejemplo, a recibir objeciones a sus preguntas, cada vez que se aparte de la ley); confianza sí, también, y esto es especialmente pertinente con lo que hemos venido sosteniendo en estas líneas, en su papel conciliador, pero sin autorizarle a forzar acuerdos ni apagar audios para “estimularlos” con el sólo afán de “matar causas” y de paso, mejorar las posibilidades de conseguir el bono de gestión institucional por cumplimiento de indicadores o metas cuantitativas, por citar sólo tres expresiones de la reforzada actuación oficiosa de nuestros jueces que sin duda preocupan desde el momento que su materialización que va mucho más allá de la mera anécdota.

En este contexto espera aún la aprobación de la reforma a la Justicia civil, que contempla en primer lugar la tramitación de un nuevo Código Procesal Civil que, en todo caso, no regula, salvo la figura de la conciliación inserta en la audiencia preliminar (de la que se espera mejores resultados a instancias de un juez activo en el ejercicio conciliatorio), la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero como reza el Mensaje, aquello será tarea de leyes especiales, como los proyectos de arbitraje y mediación civil y comercial que aún no se presentan al Congreso Nacional.

La experiencia nacional hasta ahora ha venido aportando fuerte por la mediación. A lo revisado en las áreas de la Justicia de familia y en conflictos con el Fisco (negligencias médicas), se suman la mediación en la Justicia vecinal⁹⁷, penal, comunitaria, y del consumidor⁹⁸. Sin

⁹⁷ Inaugurados el 4 de mayo de 2011, en cuatro comunas del país: Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 7.



olvidar la actuación de los Centros de mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial. Destacar la Justicia vecinal que ofrece un sistema de solución de conflictos de acuerdo al modelo “multipuertas”, de amplia aplicación en otros sistemas. En efecto, como dice Barona, progresivamente se han ido incorporando al nuevo paradigma de justicia ofreciendo un nuevo concepto de acceso a la Justicia en el siglo XXI lo que se ha venido considerando como “The multi-rooms Justice System”, un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflictos existe, y cuál es el mejor de los medios para tratarlo, pudiendo no solo ser una la vía más adecuada para gestionar y solventar el conflicto, sino varias⁹⁹: mediación, conciliación, arbitraje o patrocinio de la causa ante Juzgados de Policía Local¹⁰⁰, con casi un 60% de resultados positivos¹⁰¹.

Como sea, por ahora, y como se recoge del Informe final del panel de expertos para el modelo orgánico para la incorporación de sistemas alternativos de resolución de conflictos (en la reforma a la Justicia civil) al cual hemos venido haciendo referencia, se detectan algunas áreas problemáticas: a) Se observa que los distintos mecanismos no responden a un diseño único institucional y que, además, no existen canales de diálogo y retroalimentación entre sí; b) Se observa una falta de evaluación sistemática de los distintos servicios o instrumentos alternativos que funcionan ya en el país; c) Se percibe una atomización en el análisis de los resultados obtenidos en cada sistema y de la omisión de criterios uniformes en su modo de aplicación y de la falta de evaluaciones globales, y d) Se observa la ausencia de monitoreo en el cumplimiento de los acuerdos alcanzados a través de estos mecanismos y de los niveles de satisfacción de aquellos que han sido usuarios de estos sistemas¹⁰².

⁹⁸ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 6.

⁹⁹ Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la Justicia: luces y sombras en Europa”, Op. Cit., p. 6.

¹⁰⁰ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 7.

¹⁰¹ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 8.

¹⁰² Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 15.



No obstante ello destacan como consensos del Panel de expertos¹⁰³: a) Avanzar a la utilización preferente de estos mecanismos, en otras palabras, señala el documento que las personas debieran tener siempre como primera opción el trabajar el conflicto a través de mecanismos que permitan identificar de mejor forma los intereses de las partes y las opciones que pueden discutirse y consensuarse para resolverlo según su naturaleza y entidad; b) Avanzar hacia una concepción de los MASC que propenda al empoderamiento de los sujetos frente a sus conflictos, reservando la intervención del juez para casos en que se requiera estrictamente la adjudicación, dada la materia o porque los involucrados no lograron acuerdo; c) Valorar la importancia del rol educativo que conlleva la utilización de estos tipos de mecanismos, pues este proceso conlleva externalidades positivas al desarrollar en las partes mayores niveles de responsabilidad para restablecer la paz social; d) Valorar la posibilidad que brindan de mejorar la calidad de los acuerdos, dado que incorporan de modo más intenso y directo los intereses y visiones de las partes; e) Valorar que a través de estos instrumentos se logra mejorar la comprensión del motivo de la controversia y la búsqueda de la comprensión real del conflicto; f) Valorar la mayor sustentabilidad del acuerdo, ya que al participar colaborativamente en su construcción, las partes adquieren un compromiso con el cumplimiento del mismo; g) Valorar que se trata de sistemas más económicos que se ponen a disposición de los ciudadanos, ampliándose el acceso a la Justicia; h) Valorar su objetivo de restablecimiento de la paz social y en la legitimación del sistema de Justicia al entregar soluciones rápidas y de mayor calidad; i) Considerar que su fomento implica un mejor uso de los recursos públicos al focalizar el sistema de adjudicación formal en los casos que no pueden ser resueltos por otras vías, contribuyendo, añadidamente, a la descongestión de la sede judicial¹⁰⁴.

¹⁰³ Siguiendo un poco lo que la doctrina ha consignado: “Se habla de ADR como técnicas de ‘justicia informal’ (para subrayar su simplicidad), como procedimiento ‘sumario’ (para subrayar la rapidez), como procedimiento que agiliza el acceso a la justicia’ (para destacar lo oneroso o lo gratuito), o como formas jurídicas de una ‘justicia menor’ (para destacar el hecho de que se ocupan de cuestiones de poco valor o de hechos elementales o poco claros”. Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”. En Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dir.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 58.

¹⁰⁴ Descongestión judicial, que en todo caso, se declara como un objetivo secundario frente al objetivo de contar con soluciones de mayor calidad: Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de



Pareciera ser, ya cerrando este apartado, que el panel se decanta por la instalación de un sistema multipuertas al cual ya no hemos referido¹⁰⁵. “Se estimó que este modelo responde mejor al objetivo de dar una respuesta adecuada a los conflictos, ya que permite tener en consideración una serie de variables al momento de decidir que vía se utilizará para trabajar en la búsqueda de una solución. Asimismo, un sistema multipuerta conlleva una instancia de información al usuario de manera que éste pueda entender los alcances jurídicos de su conflictos, las expectativas que puede tener y claridad respecto de los resultados que puede esperar al aceptar ingresar en una de las vías de solución que ofrezca el sistema”¹⁰⁶. La idea es que a través de una ventanilla única, se recojan, analicen, informen, orienten y deriven los casos. Se contempla incluso que el sistema sea flexible, pudiendo ser utilizado antes del proceso judicial, o bien durante éste, a través de la derivación de los jueces que detecten en las partes un interés por trabajar un acuerdo negociado.

En cuanto a la obligatoriedad o voluntariedad¹⁰⁷ tampoco hay unanimidad en el Panel. Para unos debe ser totalmente voluntario, acompañándose de fuerte difusión. Para otros debe ser parcialmente obligatorio, para las causas de menor cuantía. Y para otros, la mayoría (convencidos de las “bondades” de los MASC), debe ser totalmente obligatorio, única manera de incorporar realmente estos mecanismos a la cultura jurídica (un poco siguiendo el ejemplo del caso argentino), lo que reafirma en sede nacional el debate que hemos explicado antes entorno a esta cuestión y que pareciera no tener rectificación o cambio de rumbo entre nosotros en lo que dice relación con las reformas que acompañaran la dictación de un nuevo Código Procesal Civil.

Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 17. En otras palabras, la descongestión del sistema de Justicia estatal puede llegar a ser una consecuencia, pero no debe ser considerado el objetivo principal.

¹⁰⁵ Aunque no hay consenso sobre el alcance del sistema, vale decir, si restringirlo a asuntos del orden civil, o ampliarlo.

¹⁰⁶ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 17.

¹⁰⁷ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 21.



V. A modo de cierre: términos básicos para un adecuado entendimiento entre la Justicia pública y privada

De las líneas precedentes parece claro que al menos podemos constatar lo siguiente en lo que dice relación con el tema que hemos decidido abordar en esta oportunidad.

- 1) Los ADR en general y la mediación en particular no pueden ser considerados una panacea, ni una “industria”¹⁰⁸, ni un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema judicial debidamente dotado de recursos humanos y materiales y, por sobre todas las cosas, eficiente. Quizás lo primero que deba hacerse es dejar atrás los excesos de la visión idílica de una justicia que emana de la “conversación-negociación”¹⁰⁹ entre los interesados, No se obtiene nada, salvo seguramente muchas frustraciones y críticas, si junto con ello no se apuesta en serio, por ejemplo, en la formación y capacitación de los mediadores y abogados en estas materias (en el ámbito conceptual, procedimental y comunicacional), y no se analizan las estadísticas efectivas del funcionamiento de estos instrumentos en realidades concretas¹¹⁰, único modo de no caer fácilmente en los eslóganes y propagandas tan propias y abundantes en los textos que abordan estas materias¹¹¹.

- 2) Nos parece que a la luz de las evidencias persiste la necesidad de definir con mayor claridad y transparencia cuáles son los verdaderos propósitos detrás del fomento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Somos del parecer que la búsqueda de la descongestión o liberación de la carga de los tribunales no sólo constituye una mala explicación, sino que genera consecuencias negativas en la concreta recepción de

¹⁰⁸ Twining, William, “Alternative to what?” Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected cases”, The Modern Law Review, 56, p. 380.

¹⁰⁹ Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”, Op. Cit., p. 63.

¹¹⁰ Un buen ejercicio: Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., 200 pp.

¹¹¹ Se aprecia un excesivo entusiasmo en algunos: Barona, Silvia, “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Num. 1, 2011, pp. 185 y ss.



estos mecanismos. Lo anterior parece esencial a la hora de definir y zanjar adecuadamente la relación que debe existir entre la Justicia estatal y la que hemos denominado Justicia privada. Somos del parecer, junto a Taruffo¹¹², que es poco defendible que se pretenda dejar como una opción residual a la Justicia estatal, casi con una tendencia a sustituirla. Las alternativas son y deben ser una opción complementaria, y nunca sustitutiva del papel que le corresponde a la Justicia estatal y a los jueces¹¹³. Parece razonable también recordar y reivindicar que cuando hablamos de Justicia hablamos de un bien público, que genera externalidades positivas que justifican la inversión estatal¹¹⁴.

- 3) En la opción entre voluntariedad o bien la imposición de la obligatoriedad (por las razones que sean, incluidas las de instalación cultural que se han esgrimido), creemos que el desarrollo de los mecanismos alternativos, también de la mediación, no puede seguir siendo levantada sobre la base de la imposición o la obligatoriedad, lo que va a contracorriente de la propia esencia de éstos. No se puede seguir obviando que la vía hacia estos mecanismos se “asienta en el principio de la autonomía privada de los particulares”, que se concreta justamente en la voluntariedad y en la necesidad de consentimiento de las partes para que el conflicto se resuelva por alguna de estas vías¹¹⁵. No se puede seguir perdiendo de vista el carácter central de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la Justicia y el derecho al debido proceso que debe entenderse como un presupuesto esencial del Estado de Derecho, razón suficiente para concluir que los ADR no pueden ocupar el lugar del proceso judicial como *resguardo*

¹¹² Taruffo, Michele, “La Justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?. En: Ibañez, Perfecto (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la Jurisdicción*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, p. 136.

¹¹³ Véase especialmente: Fiss, Owen, “Contra el acuerdo extrajudicial”. En: Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Madrid,-Barcelona-Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2007.

¹¹⁴ Nuñez, Raúl; Carrasco, Nicolás, “Análisis económico de la Administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?. *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 42, Num. 2, 2015, pp. 595 y ss.

¹¹⁵ Marques, Cátia, *La mediación*, Op. Cit., p. 55.



final de los derechos. Ellos tienen capacidad para completar la respuesta del Estado por constituir una opción legítima, ya que en determinadas situaciones otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto. Es un error presentar el problema en términos de una supuesta elección entre el proceso judicial y los ADR. Estos mecanismos, por mucho que se busque fomentarlos, muestran un límite a la tutela y, además, en múltiples circunstancias ellos son inadecuados a la resolución de una variedad de casos. En consecuencia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos solo deben ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas (menos costosos, más rápidos, más informales, etc.), pero no deben imponerse a los ciudadanos. En otras palabras, los MARC “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la Justicia y contar con el debido proceso legal”¹¹⁶.

- 4) La Justicia pública y los MASC tienen dimensiones complementarias, y cada una apunta a servir a determinadas controversias. No es factible pretender hacer aplicable la fórmula de los mecanismos alternativos a toda clase de controversias, sino que más bien la Justicia pública y las alternativas deben actuar a niveles distintos: a nivel inferior las alternativas¹¹⁷. O dicho en otras palabras, se puede avanzar de la alternatividad a la complementariedad, sobre la base de entender que este complemento se levanta sobre la constatación que para determinadas controversias ellas son la vía más adecuada (entre otros, conflictos entre vecinos, de familia, o de consumidores), por la economía, flexibilidad (que permite que las especificidades del caso sean mejor atendidas), confidencialidad o informalidad que ofrecen a sus protagonistas¹¹⁸.

- 5) Con todo, es impostergable considerar en la reforma al sistema de Justicia civil un

¹¹⁶ Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, Op. Cit., pp. 197 y ss.

¹¹⁷ Caballero, Francisco, “La Justicia alternativa ¿Otra forma de Justicia?”, Claves de Razón Práctica, Num. 11, 1991, pp. 58-62.

¹¹⁸ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 56.



diseño único institucional que allane los canales de diálogo y retroalimentación entre sí. Nos parece que avanzar hacia la generación de una oferta institucional que provenga del Estado (cuando corresponda), restando protagonismo a un modelo fallido de licitación lo que debiera implicar dar un giro positivo en la valoración y funcionamiento de estos mecanismos. A estos efectos parece muy importante considerar la experiencia de los *Sistemas multipuertas*, como lo que ha sido la experiencia en varios países de la Región, entre ellos Argentina, de las *Casas de Justicia*¹¹⁹, sistema que integra en un mismo espacio a varios mecanismos o métodos de solución de conflictos¹²⁰. Lo anterior, por cierto, no debe desdeñar el rol que debe cumplir, especialmente en sede civil y comercial, el arbitraje, que en nuestro país también está siendo objeto de un proceso de estudio y actualización a través de proyectos de ley aún pendientes.

6) Si de verdad se quiere que estos mecanismos, en especial la mediación, avancen en una consolidación sin tener que hacerlo mediante imposiciones que no encajan con su naturaleza, la clave está en la profesionalización y especialización. Tampoco cabe olvidar la importancia de la asesoría letrada. Dependiendo del área, debiera contemplarse establecer la regla de la asistencia letrada obligatoria para, por un lado, fortalecer la regularidad del procedimiento, y del otro, asegurar el asesoramiento jurídico y el consentimiento informado. El camino a recorrer debiese partir por apostar y fomentar una mayor implicación por parte de abogados y jueces en el proceso selectivo del mecanismo adecuado a cada situación¹²¹.

7) Por fin, debe evitarse por parte de la doctrina, y sobre todo por parte del legislador, el peligro del reduccionismo de los mecanismos alternativos a una pura visión

¹¹⁹ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco. *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., p. 75 y ss.

¹²⁰ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 70.

¹²¹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 58.



economicista ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado. Y del otro, debe entenderse que éstos mecanismos alternativos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se vienen instalando, pero nunca puede ser considerados una excusa para la reducción del rol que debe cumplir la Justicia pública, cuyo abandono termine forzando a los ciudadanos a “conformarse” con las alternativas que se tornan en “inevitables”¹²². La clave, como siempre, estará en lograr una relación complementaria armónica que no subestime los valores que están detrás del proceso judicial y la Justicia pública, pero que a su turno no desprecie el aporte, que lo tiene, que pueden significar las fórmulas de cooperación que están presentes en los Masc¹²³. Los mecanismos a los que hemos destinado estas líneas deben cumplir ese rol complementario, también a propósito de la reforma a la Justicia civil chilena, asentándose la idea que no se trata de opciones “contradictorias, antagónicas o enfrentadas”, sino que simplemente vías distintas, cada cual “con sus ventajas o inconvenientes”, pero que pueden perfectamente entrar en juego complementándose¹²⁴.

Bibliografía

Aguiló, Josep, *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid, Ed. Trotta, 2015.

Aguirrezabal, Maite, “Mediación previa obligatoria y acceso a la Justicia en el proceso de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Num. 20, 2013.

¹²² Taruffo, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”. *Revista de Processo*, Num. 152, IBDP, 2007, pp. 319 y ss.

¹²³ Apelando a este equilibrio véase también: Pérez, Álvaro; Copani, Juan. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil: ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución del conflicto?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2006, p. 182.

¹²⁴ Véase: Marques, Cátia, *La mediación*, Op. Cit., p. 59.



Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”. En Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dir.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.

Alvear, Soledad; Blanco, Rafael. *Diálogos sobre la reforma procesal penal*. Santiago, Ed. Universidad Alberto Hurtado, 2010.

Arazi, Ronald; y otros. Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2ª edición ampliada y actualizada, Tomo I.

Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”. En: Catalina, María; Castillejo, Raquel (Dir.), 2011.

Barona, Silvia, “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Num. 1, 2011.

Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la Justicia: luces y sombras en Europa”. In Dret, *Revista para el análisis del Derecho*, 2014. En: <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>. Consultado en: 03/03/2016

Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”. *Civil Procedure Review*, Vol. 4, Num. 3, 2013.

Bordalí, Andrés, “Justicia privada”. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XVI, 2004.

Caballero, Francisco, “La Justicia alternativa ¿Otra forma de Justicia?”, *Claves de Razón Práctica*, Num. 11, 1991.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, 1996.



Chase, Oscar, “El incremento del ADR en el contexto cultural”. En Chase, Oscar, *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Madrid, Madrid, Ed. Marcial Pons, Colección Proceso y Derecho, 2011.

Comoglio, Luigi, “Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000.

De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. En: <http://document-andresdelaoliva.blogspot.cl/2011/12/mediacion-y-justicia-sintomas.html>. Consultado en 09/03/16.

De la Oliva, Andrés, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Num. 4, 2004.

Diario El Mostrador, en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/03/14/caso-tsunami-tribunal-aplaza-decision-sobre-suspension-condicional-de-la-causa/> Consultado el 15/03/2016.

Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”. En: Fuentes, Claudio (Coord.), *Diez años de la reforma procesal penal*, Santiago, Ed, Universidad Diego Portales, 2011.

Fiss, Owen, “Contra el acuerdo extrajudicial”. En: Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Madrid,-Barcelona-Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2007.

Frei, Gonzalo (Director), “Informe final “Modelo de gestión para la desjudicialización de materias bajo la nueva Justicia procesal civil”, Universidad Alberto Hurtado, 2013.

Giannini, Leandro, *La mediación en Argentina*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

Gozaini, Osvaldo. *Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos*. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), *La mediación: Nuevas investigaciones y portes desde el Derecho comparado*. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015.

Hunter, Iván, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, Num. I, 2007.



Iglesias, José; Calderón, Ma Pía, “Acceso a la Justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión europea y España). En: Aragüena, Coral (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Madrid, Ed. Comares, 2011.

Informe final Penal de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Ministerio de Justicia, 2013.

Ley N° 19.968 que Crea Tribunales de Familia, en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>.

Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina, CEJA-JSCA, en: [http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe IDRC/index.html](http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe_IDRC/index.html). Consultado el 25/02/2016.

López-Barajas, Inmaculada, “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional (los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”. Revista de Derecho Político, Num. 85, 2012.

Marques, Cátia, La mediación. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.

Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010.

Mensaje Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Num. 432-359, de 12 de marzo de 2012.

Mera, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: VVAA, Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma civil en América Latina, Santiago, CEJA-JSCA, 2013.

Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”. Revista Actualidad Civil, Num. 15-16, 2012.



Núñez, Raúl; Carrasco, Nicolás, “Análisis económico de la Administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?”. *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 42, Num. 2, 2015.

Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Num. 8, 2005.

Palomo, Diego, “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, Num. 1, 2014.

Palomo, Diego. “Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud”. En: Arancibia, Jaime, Martínez, José Ignacio, Romero, Alejandro. *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Thomson Reuters, Universidad de los Andes, 2013.

Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, Num. 2, 2012.

Peña, Carlos, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, *Justicia y Sociedad*, 1999.

Pérez, Álvaro; Copani, Juan. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil: ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución del conflicto?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2006.

Preámbulo de la Ley 5/2102, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-rdl5-2012.html. Consultado el 07/03/2016.



Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Revista La Notaria, 2010, Vol. 2, 2010.

Ramos, Francisco, “La eficacia del proceso”, Revista Justicia, 1982.

Ramos, Francisco, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, Revista Justicia, 1994.

Ríos, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”, en VVAA, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma procesal civil en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013.

Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 10 de julio de 2012, en la causa Rol Num. 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los Tribunales de Justicia, en: <http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/35F2E889167923D384257A4C006D91E1?OpenDocument&volver=vwfrmFalJudTod>

Taruffo, Michele, “La Justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?. En: Ibañez, Perfecto (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la Jurisdicción*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.

Taruffo, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”. Revista de Processo, Num. 152, IBDP, 2007.

Twining, William, “Alternative to what?” Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected cases”, *The Modern Law Review*, 56.

Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, CEJA-JSCA, en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2930-la-reforma-a-la-justicia-civil-desde-la-perspectiva-de-las-politicas-publicas. Consultado el 25/02/2016.



Vargas, Macarena, “Mediación obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Num. 2, 2008.

Vigoriti, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, perspectives”. En *VVAA*, Anuario de Justicia Alternativa, 2008.

Vigoriti, Vincenzo. La Directiva europea sobre la mediación ¿Cómo actuar?. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho comparado*. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015.