

JUSTICIA PRIVADA

*Andrés Bordalí Salamanca**

RESUMEN

Con las sigla A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) se designa a todas las vías privadas que intentan sustituir al proceso y, por ende, a la Jurisdicción, como instancia pública de resolución de los conflictos de relevancia jurídica. Su auge y promoción que en los últimos años se ha podido observar tanto a nivel de un sector de la doctrina como de algunos ordenamientos jurídicos, se debe a tres principales razones que son analizadas críticamente en este trabajo por su autor. La primera dice relación con la denominada crisis de la Justicia, especialmente representada por su excesiva lentitud y atraso en dar respuesta a las solicitudes de tutela; la segunda razón se refiere a la necesidad de sustituir el tradicional recurso a la justicia contenciosa por una nueva justicia, de tipo conciliadora o coexistencial; la tercera razón dice relación con su utilización para dar a tutela adecuada a determinados bienes o derechos en conflicto a los cuales la tutela estatal siempre les ha sido esquivia.

JUSTICIA RESTAURADORA - JUSTICIA RESTITUTIVA - MEDIACIÓN

Private justice

ABSTRACT

Alternative Dispute Resolution or A.D.R. refers to all private proceedings that attempt to substitute the process and, thus, the Jurisdiction as a public instance for the resolution of legal disputes. Its importance and promotion, observed both in a sector of the doctrine and certain legal systems, is mainly due to three reasons that are critically analysed by the author in this paper. The first reason relates to the crisis of Justice, especially represented by the excessive slowness and delay in responding to the legal actions submitted in order to require the protection of rights. The second reason refers to the need to substitute the traditional tendency to recourse to litigation or contentious justice for a conciliatory or co-existent justice. And finally, the third reason relates to its use to provide adequate protection to certain rights in conflict, which have always been neglected by the State protection.

RESTORATIVE JUSTICE - COMPENSATORY JUSTICE - MEDIATION

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, Chile, abordali@uach.cl. Artículo recibido el 21 de marzo de 2004 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 20 de mayo de 2004.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, con la sigla A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) se designa a todos aquellos modos de arbitraje, conciliación, mediación o cualquier otra instancia privada o social, que permiten resolver controversias evitando el recurso a la Jurisdicción; me refiero a los métodos alternativos de solución de controversias.

El auge en su utilización se produce en los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente en los años sesenta y setenta del siglo pasado,¹ aunque la conciliación, al menos en sede procesal civil, ya fue conocida y ampliamente utilizada en el derecho europeo desde el siglo XIX.²

Se trata de métodos alternativos al proceso, pero lo cierto es que a veces la alternativa presupone un proceso. Por ello, habría que decir que lo alternativo

¹ Se puede señalar que el nacimiento concreto del movimiento a favor de la difusión de los A.D.R., coincide con la conferencia desarrollada en el año 1976 en los EE.UU., para celebrar el 70º aniversario del discurso hecho por Roscoe Pound frente a la *American Bar Association*, sobre el tema “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”. Al constatar que más de medio siglo de reformas desarrolladas, ya sea en la estructura del ordenamiento judicial, como en la disciplina del proceso, no habían influido mínimamente sobre el bajísimo índice de aceptación manifestado por los ciudadanos en relación con la administración de justicia, las varias relaciones presentadas en la conferencia formularon una serie de propuestas tendientes a sustraer de las Cortes algunas categorías de controversias y entregar a otros órganos –ajenos al aparato jurisdiccional y de naturaleza privada–, operantes de acuerdo a reglas que configuren un procedimiento flexible e informal. El motivo central de la referida conferencia era la exigencia de diversificar el procedimiento en función de la materia del contencioso, de modo de reducir el trabajo excesivo de los tribunales y de permitir que sus escasos recursos pudieran ser destinados a la definición de pocos casos, para los cuales el proceso no constituye la solución más antieconómica entre aquellas abstractamente hipotizables. Cfr. Silvestri, E. “Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII -n. 1, marzo 1999, pp. 323 y 324. En este punto, conviene destacar los estudios jurídico-sociológicos que Roscoe Pound realizó a principios del siglo XX. En el trabajo “The Administration of Justice in the Modern City”, publicado en *Harvard Law Review*, vol. XXVI, 1912-1913, p. 312 y ss., analiza el referido autor el cambio que significó en los EE.UU. la litigación del mundo rural, a la litigación masiva y costosa de la gran ciudad estadounidense. Entre las cosas que criticaba Pound en esa época sobre la Justicia urbana, estaba el derroche y desgaste del aparato judicial, con múltiples tribunales especiales y la rotación veloz de los jueces que laboraban en dichos tribunales. Preocupante era, a su juicio, el elevado coste económico que significaba el funcionamiento del aparato judicial, debido entre otras cosas a que los tribunales en los EE.UU. se ocupaban de demasiadas cosas, muchas de las cuales en otros países europeos eran resueltas por los departamentos legislativos o administrativos. Además, muchos conflictos que en el mundo rural estadounidense eran resueltos al interior de la familia o de la iglesia, en la gran ciudad estadounidense fueron traspasados a los tribunales de justicia.

² Como lo indica Mauro Cappelletti, en Italia, a fines del siglo XIX, la mayor parte de las causas civiles era resuelta por conciliadores, jueces privados no profesionales. Luego, dicha institución tuvo una marcada declinación, hasta hacerse irrelevante, especialmente durante el régimen fascista. Cfr. Cappelletti, M. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 173.

tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella.^{3 - 4}

Los métodos alternativos de solución de controversias suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales. En este sentido, suponen una privatización del proceso de creación y aplicación del derecho, rompiendo así con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado de Derecho de tipo occidental.

En las páginas que siguen realizaré (I) un análisis crítico de los motivos que tanto la doctrina como el legislador de algunos países han tenido en mente para propugnar salidas alternativas a la Jurisdicción y, hecho eso, (II) aportaré algunas conclusiones a tal análisis.

I. MOTIVACIONES PARA LA BÚSQUEDA DE VÍAS ALTERNATIVAS A LA JURISDICCIÓN

La opinión favorable en la doctrina y en algunos legisladores a la utilización de métodos alternativos a la Jurisdicción para resolver una importante

³ Cfr. Comoglio, L.P. "Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LV (II serie)-n. 2, abril-junio 2000, p. 323.

⁴ En un sentido similar se expresa Gaggero. En efecto, sostiene este autor que la denominación de todos los métodos A.D.R. como alternativos a la Jurisdicción, sólo es correcta si con ella se intenta remarcar que, mediante el recurso a dichos métodos, las partes se sustraen de los actos de ejercicio de la función jurisdiccional. Pero, en algunos casos, cuando se habla de los A.D.R. como métodos extrajudiciales de solución de conflictos, no necesariamente se está diciendo que se desarrollen fuera del ámbito de la Jurisdicción. En este sentido, se puede precisar que sólo son remedios extrajudiciales los *Adjudicative* A.D.R., es decir, aquellos que resuelve un tercero, y que son claramente un camino diverso al de la Jurisdicción. Los *Non Adjudicative* A.D.R. no son incompatibles con el desarrollo frente a la magistratura, sino que consisten en instrumentos que persiguen una finalidad profundamente diversa respecto al ejercicio de la actividad jurisdiccional, y que consiste en la composición negocial del conflicto. Cfr. Gaggero, P. "Forme di risoluzione delle controversie alternative a quella giudiziale nel Regno Unito", en *Rivista Critica dell Diritto Privato*, año XI -3-4, sept.-dic. 1993, p. 316.

gama de conflictos jurídicos, avanza principalmente –que no únicamente– por tres tipos de argumentos, en algunos casos concurrentes. El primero ve en los A.D.R. una clara y posible solución al problema de la crisis de la Justicia; una vía para descongestionar la Justicia. El segundo observa una nueva manera de enfrentar y dar solución a los conflictos que surgen en la sociedad, diferente al recurso jurisdiccional tradicional. Es decir, los A.D.R. serían la manifestación de una “nueva Justicia”; una Justicia no contenciosa sino coexistencial.⁵ El tercer argumento avanza por una nueva solución de los conflictos de relevancia jurídica, según el tipo de bien o derecho necesitado de tutela.

1. *Los métodos alternativos de solución de controversias como salida a la crisis de la Justicia*

El entusiasmo actual por la utilización de métodos A.D.R. en muchos casos obedece a la crisis que padecería la Justicia. Así, frente a una potestad jurisdiccional poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva a muchas situaciones jurídicas, costosa, y sobre todo lenta e ineficaz, lo aconsejable sería buscar fuera de la Jurisdicción los modos de decidir las contiendas.⁶

Se escucha en ocasiones decir que la Justicia ordinaria togada corre hoy en día el riesgo de quedar aplastada bajo el peso de una demanda de Justicia en constante progresión, sin contar con los otros inconvenientes que la afligen, comenzando por los excesos de formalismo y burocracia, para terminar con los elevados costos de la defensa técnica. Frente a ese cuadro algo desolador de la Justicia, habría que buscar caminos más veloces, más económicos, más simples, más cercanos a las necesidades y a los modos de sentir de los ciudadanos involucrados en una causa civil o penal, o de otro tipo; en definitiva, habría que huir de la Justicia estatal.

De este modo, recurrir a vías alternativas sería ventajoso para los usuarios, pero también para la Justicia, puesto que le permitiría recuperar eficiencia concentrándose en aquellas materias respecto de las cuales su intervención es insustituible.⁷

Es de destacar en este punto que tal línea argumentativa, en lugar de buscar y adoptar posibles soluciones idóneas a dicha crisis de la Justicia –como podría ser una adecuación de los procedimientos (procedimientos de

⁵ Cfr. Cappelletti, M. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, op. cit. p. 168.

⁶ Cfr. Taruffo, M. “La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en Andrés, P. (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 144.

⁷ Cfr. Chiarloni, S. “La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LI (II serie) - n. 3, julio-sept. 1996, p. 694 y ss.

urgencia, anticipativos, cautelares, etc.), una mayor asignación de medios materiales y personales a la Justicia, penalización a los operadores jurídicos que retardan injustificadamente los procesos, etcétera—, opta por abandonar la vía jurisdiccional, sugiriéndose que sólo a través del uso intensivo de diversas manifestaciones de métodos A.D.R. cabría encontrar técnicas eficaces de resolución de controversias.

Haciendo una valoración de tales propuestas, habría que acotar lo siguiente. En relación al arbitraje en la experiencia comparada, hay que decir que en algunos casos de litigación masiva y de poco monto, como los casos de consumidores, se ha mostrado como un medio altamente positivo. Así lo demuestra la experiencia española,⁸ porque se trata de un arbitraje institucional o público y sin costo para los intervinientes. Sin embargo, no creo que se pueda sostener que en Chile el arbitraje constituya una alternativa general a la jurisdicción civil; baste señalar que no aparece del todo claro que sea menos costoso y rápido que la vía jurisdiccional. Ni siquiera ocurre así en los Estados Unidos de Norteamérica,⁹ país pionero en vías alternativas a la Jurisdicción.

En efecto, la Jurisdicción es gratuita, mientras que a los árbitros hay que pagarlos.¹⁰ Lo mismo sucedería si se estableciese la figura de conciliadores o mediadores, salvo que sean concebidos gratuitamente por instituciones públicas o privadas. Pero, además, el costo de los abogados empeora la situación, puesto que en Chile el asesoramiento jurídico gratuito (art. 19 N° 3 inc. 3° CPR) rige respecto a la actividad jurisdiccional, y no a la arbitral o extrajudicial en general. De este

⁸ El arbitraje en materia de consumidores en España, previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 24 de julio) y regulado en concreto por el Real Decreto 636/1993, y en lo no previsto por él por la Ley de Arbitraje, establece un sistema arbitral de consumo que puede ser descrito como de naturaleza pública, orgánica e institucional, cuyo sometimiento es voluntario, por escrito, y es absolutamente gratuito. Para un estudio del sistema arbitral de consumo en España, véase Álvarez, A. *El sistema español de arbitraje de consumo*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999, *passim*; y Acosta, J.B. *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 163 y ss. En un análisis comparativo, Michele Taruffo destaca que un buen ejemplo de arbitraje es el que existe en España en materia de consumidores. Cfr. Taruffo, M. “Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII, n. 3, sept. 1999, p. 787.

⁹ Cfr. Resnik, J. “Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LI-n. 3, septiembre 1997, pp. 710-711.

¹⁰ Cappelletti y Garth destacan que el arbitraje puede ser un procedimiento relativamente rápido y económico, pero en la realidad ha tendido a ser muy costoso para las partes, debido a que éstas han tenido que soportar la carga de los honorarios de los árbitros. Por ello, la propuesta de arbitraje ha caminado hoy en día con la condición que el Estado pague a los árbitros o autorice a los jueces a actuar como tales. Cfr. Cappelletti, M./ Garth, B. *El acceso a la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 54.

modo, quien quiera recurrir a un arbitraje —o a un conciliador o mediador—, deberá contar con los medios económicos para pagar tanto al árbitro como al abogado, situación que precisamente ante la Jurisdicción puede paliarse.

Por otra parte, como lo demuestran estudios en otros países, tampoco es efectivo que el arbitraje sea más rápido que la vía jurisdiccional ordinaria.¹¹

Pero, más allá de estas valoraciones parciales sobre mayor o menor efectividad o mayor o menor costo del arbitraje, y ya valorando globalmente los A.D.R., lo cierto es que habría que preguntarse sobre los objetivos que perseguirían estos instrumentos en relación con los fines mismos del proceso.

Concentrándonos por ahora en el proceso civil, si se entendiera que éste debe buscar, sobre cualquier otro fin, la más rápida solución al conflicto, no sería irracional pensar en cámaras de conciliación o en mediadores de cualquier tipo. Pero ¿es ese el fin que debe perseguir un proceso civil?

Siguiendo a Michele Taruffo,¹² podría establecerse una *summa divisio* entre aquellos instrumentos que miran exclusivamente a resolver conflictos y aquellos previstos a la actuación de los derechos.

Los primeros darían absoluta primacía al resultado, esto es, la eliminación del conflicto de intereses, y no se preocuparían particularmente del método más que desde el punto de vista de su eficacia, esto es, su exclusiva capacidad para eliminar el conflicto. Domina en esta visión una lógica de pura funcionalidad. Puesto que lo que cuenta es la eliminación del conflicto, es funcional cada instrumento apto para conseguirlo. Así, será más funcional el instrumento que permite conseguir el resultado del modo más eficiente, es decir con mayor rapidez y eficacia y con empleo de menos recursos¹³ (tiempo, dinero, actividad procedimental).

¹¹ Esta situación la constata en España Ernesto Pedraz, quien señala que el arbitraje en modo alguno es, frente al proceso, el medio más rápido de resolver conflictos. Cfr. Pedraz, E. "Crisis y alternativas en la Justicia Civil", en *Corrupción y Estado de Derecho*, op. cit. p. 166.

¹² Cfr. Taruffo, M. "Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse", en op. cit. p. 779 y ss.

¹³ Guido Alpa señala que los A.D.R. comportarían por regla general una reducción de los costos, por cuanto implicarían procedimientos menos costosos y más simples que los desarrollados ante los jueces ordinarios, tiempos más breves de solución, etcétera. Sin embargo, señala que para poder concluir un acuerdo entre las partes, sea con anterioridad o posterioridad al surgimiento de la controversia, las partes deben estar adecuadamente informadas sobre el costo del acuerdo, sobre el procedimiento utilizable, entre otros cálculos. En la elección de un procedimiento de A.D.R. (para poder hacer un cálculo racional en relación a la opción a la actividad jurisdiccional) es esencial contar con la información sobre todos los costos involucrados, sus ventajas, confiabilidad de la institución a cargo del procedimiento, los efectos de la solución adoptada por

El segundo grupo de instrumentos para resolver controversias no es indiferente ni al método ni al resultado. En cuanto al método, deben existir procedimientos regulados lo más claramente posible, ofreciendo garantías a las partes. Los hechos relevantes deben ser probados en el contradictorio; el procedimiento debe ser encomendado a un sujeto imparcial, entre otras garantías. En cuanto al resultado, se exige aquí que se trate de una decisión que tenga en cuenta, lo más posible, la realidad de los hechos y que sea formulada con base a reglas jurídicas oportunamente elegidas e interpretadas. Se considera de hecho que la decisión trate de ser en algún sentido justa, para que se pueda decir que con ella son tutelados los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Con esta vía se estaría aludiendo a la jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior, el proceso también sirve para solucionar controversias, pero no cualquier solución es admitida, y no cualquier instrumento de solución es apropiado. Importa aquí tanto la legalidad del procedimiento como de la decisión final.

Se debe tener presente en este punto que el proceso trasciende a la mera función de resolución de conflictos,¹⁴⁻¹⁵ para convertirse ya en uno de los insustituibles imperativos para lograr el fin de la Constitución, que no puede ser otro que la libertad individual. Y esto no es predicable de ninguna otra vía alternativa, puesto que éstas sólo miran a la solución de controversias. Con el proceso y la vía jurisdiccional se intenta realizar, en una última fase, la Constitución.

Una visión del proceso que lo contempla exclusivamente como una vía de composición de litis, no es hoy en día exacta.¹⁶ La función del proceso civil

la institución, etcétera. Cfr. Alpa, G. "Riti alternative e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di Diritto Civile", en Bessone, M. (editor), *L'attività del giudice e controllo delle attività*, Giappichelli, Turín, 1997, p. 298 y ss.

¹⁴ Cfr. Pedraz, E. "El proceso y sus alternativas", en Pedraz, E. (editor), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial: "Arbitraje, mediación, conciliación", XXVII, 1995, p. 12 y ss.

¹⁵ Elisabetta Silvestri expresa que hoy ya no hace falta hacer un llamado a la teoría general del proceso para comprender que eliminar el conflicto entre las partes y, de este modo, restablecer la armonía, no constituye el objetivo primario (o ya el único) a cuya obtención está preordenado el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Cfr. Silvestri, E. *op. cit.* p. 328.

¹⁶ Para Guasp las doctrinas sociológicas que asimilan al proceso como instrumento de solución de conflictos serían materialmente excesivas y formalmente insuficientes. Materialmente excesivas por cuanto no es necesario acudir a la noción de choque social para explicar el nacimiento del proceso. La reclamación que una persona realiza ante un juez provoca siempre un proceso, exista o no conflicto o colisión previa. Puede pensarse en el acreedor que, sin previo requerimiento, demanda a su deudor el pago. Pensemos aún más en el caso que, demandado el deudor, éste inmediatamente se allana y paga. ¿Hay en esa situación un conflicto? Guasp sostiene que no. Otra cosa es que exista una contraposición de posiciones jurídicas, pero en este caso el

como instrumento de composición de litigios privados corresponde por lo demás a unas determinadas coordenadas histórico-políticas, como lo fue el modelo del Estado liberal de derecho, donde el Estado se erigía como el máximo arbitrador de los conflictos sociales.¹⁷ Sin embargo, tal función ya no corresponde a las que en el Estado Constitucional de Derecho desarrolla la potestad jurisdiccional, como son las de ser garantía última de los derechos fundamentales de los ciudadanos, garantía de la vigencia de la legalidad constitucional y ordinaria, entre otras.

De acuerdo con lo afirmado, si la motivación en el uso de vías alternativas a la Jurisdicción es la denominada crisis de la Justicia, a mi juicio el remedio a tal crisis es incorrecto, ya que significa desconocer las funciones esenciales que debe desarrollar la potestad jurisdiccional del Estado.

2. *Los métodos alternativos de solución de controversias como nueva forma de Justicia*

A esta potenciación en el uso de diversas manifestaciones de los A.D.R., además o alternativamente, se agrega por la doctrina que su empleo obedece a una nueva forma de concebir la solución de los conflictos, fundada sobre todo en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad¹⁸ y en formas menos autoritarias y más amigables o componedoras.

proceso no puso fin a un conflicto. En este caso, la idea de conflicto es absolutamente irrelevante en el ámbito procesal. En este caso, el proceso surgirá en virtud de la reclamación de ese acreedor, no porque haya existido un conflicto previo. Pero, además, estas doctrinas son también formalmente insuficientes, porque aun suponiendo que existiera siempre un conflicto *inter partes* previo al proceso, el mero planteamiento de él no determinaría sin más el nacimiento de éste. El que dos o más miembros de la comunidad peleen entre sí, no suscita *ipso facto* el fenómeno jurídico de que su discrepancia sea resuelta vía proceso. Hará siempre falta que de alguna manera la disputa sea conducida ante quien deba dirimirla. Cfr. Guasp. J. *La pretensión procesal*, Civitas, segunda edición, Madrid, 1985, pp. 26 y ss.

¹⁷ Damaska señala que en lo que se podría denominar un Estado reactivo, minimalista o inspirado en la ideología del *laissez-faire*, si surgen conflictos individuales o de grupo, el Estado reivindica una posición neutral: en el medio de la tempestad y de las luchas sociales puede profesar una tranquila objetividad. Frente al “combate” que desarrollan las partes frente a él, el Estado tiene que intervenir lo menos posible en la forma en que los individuos gestionan tal “combate”. El proceso de esta ideología reactiva podría entonces denominarse “proceso de resolución de conflictos”. Cfr. Damaska, M. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia, 1991, p. 138 y ss.

¹⁸ Expresa Francisco Ramos que el uso de métodos alternativos a la Jurisdicción para la solución de los conflictos no importa excluir a la Jurisdicción de sus propias funciones. Lo importante a destacar es que ellos se utilizan en sectores en los cuales rige plenamente la autonomía de la voluntad, en donde a la autonomía de las partes no corresponde superponer ningún poder del Estado. Cfr. Ramos, F. “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, en *Justicia* 94, N° IV, p. 808.

De acuerdo con lo que sostiene Barona,¹⁹ si dentro del Estado de Bienestar de lo que se trata es de que se garantice desde el Estado la esfera privada de los individuos, la política –y los actos que de ella derivan que incidan sobre el ámbito de lo jurídico– no puede ya tratar a los ciudadanos como masas amorfas, sino que debe hacerlo en cuanto individuos y garantizar sus derechos y responsabilidades como sujetos con pleno discernimiento. El respeto de la esfera autónoma del individuo –agrega–, debe convivir con una garantía de lo público, pero nunca como si de intereses contrapuestos se tratase. En el último tiempo se habría asistido a una hipervaloración de lo público, cercenando terreno a lo privado, cuestión que no tendría justificación dada la posible pervivencia paralela y coetánea de ambos niveles. Y esta reflexión también tendría su incidencia sobre lo judicial.

De acuerdo con lo indicado, se sostiene que la Justicia estatal no podría ya dar respuesta a cuantas solicitudes, demandas e intereses son planteadas ante la misma. Así, la falta de una respuesta, o ya la respuesta meramente ritual, han determinado que los sistemas jurídicos virasen hacia instrumentos que sirvan realmente a las demandas sociales. De este modo, además de la Justicia institucionalizada o estatal, se podría acudir a cauces privados, cuasiprivados o, en todo caso, donde se reconozca la participación de los sujetos que se hallan en conflicto.

En contra del gigantismo del Estado habría a florado una Justicia deslegalizada, conciliativa, desprofesionalizada y descentralizada, que es también, o puede serlo a los ojos de muchos, una Justicia más humana y más accesible. En muchos casos, se dice, la decisión sobre un determinado asunto jurídico no dependerá ya de la autoridad oficial del juez –la *potestas ius dicendi* del Estado–, sino que emanará de una autoridad social –moral, religiosa, cultural, política–, de una autoridad del amigo, del vecino, de quien esté socialmente legitimado para representar un grupo o comunidad determinada.^{20 - 21}

Esta nueva manera de mirar a la Justicia, que algunos denominan como justicia coexistencial, representaría un fenómeno de gran modernidad que emana de las formas de vida típicas de las economías más avanzadas. Este fenómeno, paradójicamente, recordaría formas de justicia prevalecientes en las socieda-

¹⁹ Cfr. Barona, S. *Solución extrajudicial de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39 y ss.

²⁰ Cfr. Cappelletti, M. "Appunti su conciliatore e conciliazione", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XXXV -n.1, marzo 1981, p. 55 y ss.

²¹ Cappelletti llega a hablar de mediadores o conciliadores de barrios, de fábrica, de escuela, de hospital. Se hablaría así de justicia social y de cortes sociales para contraponerlas a aquellas jurídicas o legales. Cfr. Cappelletti, M. *op. cit.* p. 59.

des más primitivas, pasadas y presentes, donde existiría la necesidad de la coexistencia de los individuos en el ámbito de la comunidad –tribu, clan, villas. En este contexto, la Justicia es entendida como conciliación antes que como la idea de un proceso.²²

Habría un espacio intermedio en el mundo de la solución de los conflictos sociales entre el litigio/guerra y la nada. Ahí se deberían insertar todos los medios alternativos de solución de controversias.²³

Especial interés tiene esta nueva forma de mirar la Justicia en lo que se refiere al ámbito penal.²⁴ Desde diversos sectores doctrinales se viene abogando por la instauración de vías extrajudiciales, con especial referencia a la mediación penal.

Se parte de una orientación de la criminología que afirma el actual alejamiento de la víctima del sistema penal, limitada simplemente a colaborar con el Estado mediante sus declaraciones o ya a través del ejercicio de la pretensión punitiva.²⁵ Esta nueva orientación de la Justicia penal, que algunos denominan justicia restitutiva (*restorative justice*²⁶), intenta reposicionar a la víctima²⁷ en la Justicia penal, poniendo el acento en la posibilidad de un diálogo abierto

²² En otros casos, se señala que los métodos alternativos a la Jurisdicción, lo que más tienen de alternativos a la Jurisdicción, es la diversa relación cooperativista que se instaura entre los actores del conflicto, por lo tanto, una legitimación diversa de la estructura resolutive, construida ahora sobre la dimensión pactista y convencional, que Eligio Resta denomina como Justicia de proximidad y, sobre todo, inspirada en una filosofía diversa que denomina como restaurativa, que implica modelos de composición y gestión del conflicto decididos menos autoritariamente. Cfr. Resta, E. “Giudicare, conciliare, mediare”, en *Politica del Diritto*, año XXX, N° 4, diciembre 1999, p. 563.

²³ Cfr. Ramos, F. *op. cit.* p. 813

²⁴ En el ámbito penal habría dos modelos de entender a la Justicia reparatoria: uno sería la reparación como pena impuesta por el juez, según el modelo anglosajón, y el otro sería el producto de procesos de mediación entre la víctima y el infractor. En el primer modelo, la reparación aparece como una pena más, mientras que el segundo modelo de Justicia reparatoria se inserta en la lógica de la privatización de los conflictos. Cfr. Libedinsky, S. “Los acuerdos reparatorios”, en *Gaceta Jurídica*, 1998, N° 211, p. 15.

²⁵ Cfr. Pedraz, E. “El proceso y sus alternativas”, *op. cit.* p. 47.

²⁶ Cfr. Peters, T. “Alternativas en el campo judicial”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 150.

²⁷ Existe desde hace un tiempo una nueva disciplina científica autónoma, denominada victimología, que surgiría inicialmente para el estudio científico de los problemas de las víctimas de los delitos sexuales, abusos de menores, o más en general de la violencia al interior de la familia y sobre los ancianos. Sin embargo, con el correr del tiempo, el movimiento victimológico se abre a una serie de investigaciones que quieren transformar la comprensión para el que sufre como víctima de los delitos, con ayuda de expertos en la materia. Cfr. Del Re, M. “Il terzo convegno mondiale di vittimologia: Prima la vittima”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXX, fasc. 3, julio-sept. 1987, p. 646.

entre la víctima y el victimario, diálogo que puede llevar a una solución de la controversia con ayuda del mediador.²⁸

El análisis de la mediación penal supera las posibilidades de examen que toleran estas páginas, porque no se trataría ya sólo de alternativas al proceso, sino que en su base se encontraría en muchos casos una sustancial reforma del Derecho Penal o ya una nueva legitimación del mismo.²⁹

²⁸ Se trataría, siguiendo a Peters, de una tercera vía entre la justicia retributiva y una justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Si el primero de estos dos modelos pone el acento sobre los crímenes y su castigo, el segundo se concentra sobre la recuperación y la reintegración del delincuente. La justicia restitutiva, por su parte, también se interesa por el crimen, pero lo definiría ya como un problema interrelacional, en el que habría que lograr que el victimario asuma su responsabilidad y las consecuencias de sus acciones, así como el perjuicio –material o no– que ha causado a la víctima. Este hecho del reconocimiento de su responsabilidad y el acento puesto en el perjuicio que se ha causado a la víctima, formaría una comunicación más fluida entre todos los copartícipes de la Justicia penal (Estado, victimario y víctima), con lo que además de lograr la reparación de la víctima, se restablecería la paz social y la reinserción del delincuente. cfr. Peters, T. “Alternativas en el campo judicial”, *op. cit.* p. 150.

²⁹ Desde el Derecho Penal, se intenta reposicionar hoy en día la idea relativa a la reparación de la víctima, más que propiamente el castigo del agente del delito. En relación a este punto, habría que preguntarse si la reparación, y en particular el resarcimiento, podría constituir una tarea propia del Derecho Penal, porque la idea de resarcimiento parece que entra con más propiedad en el campo del Derecho Civil. Bien sabemos que de todo delito surge una “acción” para castigar al culpable, que mira al interés general y que se ejerce en virtud del *ius puniendi* estatal. A eso se puede agregar el ejercicio de una pretensión civil, que intenta resarcir al perjudicado por los resultados del delito. En virtud de esta clásica bipartición (Derecho Civil-Derecho Penal), la institución del resarcimiento juega en beneficio de quien ha sufrido el daño, mientras que la pena no beneficia a ningún sujeto en particular, sino antes al propio Estado. Derecho Penal y Derecho Civil, desde esta concepción tradicional, operarían en campos absolutamente diferentes, por lo que el resarcimiento no entraría en los fines de la pena, ya que esta última, tradicionalmente, tendría por fines sólo la retribución, la prevención especial y la prevención general. Sin embargo, hoy en día, y desde el punto de vista de un sector de la criminología y la ciencia penal, el resarcimiento sí entraría en los caminos del Derecho Penal, y precisamente, entre otras razones, para hacer entrar a la víctima en la Justicia penal. Como expresa Roxin (“Risarcimento del danno e fini della pena”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXX, fasc. 3, julio-sept. 1987, p. 9), el interés por la víctima ha conocido en el debate de los últimos años un renacer sin parangones. Entre las razones de este renacer, el referido autor menciona: la fuerza ejemplar del movimiento que en los Estados Unidos se desarrolla a favor del resarcimiento; la desilusión por los escasos resultados obtenidos en sede de tratamiento resocializante por los agentes del delito; el ascenso de la victimología como rama científica autónoma, a lo que agrega la creciente conciencia colectiva de la injusticia social de un sistema punitivo que olvida de todos a los intereses de la víctima. Esta entrada de los intereses de la víctima y la reparación en el mundo del Derecho Penal, se haría, para algunos, asimilando ya el Derecho Civil al Derecho Penal, donde este último debería renunciar a su autonomía valorativa, el que ahora tendría una mera eficacia sancionatoria, pero en una perspectiva de reforzamiento de la tutela ya dispuesta por el ordenamiento extrapenal, y en particular por el Derecho Civil. Este análisis se sustenta en la afirmación referida a que en la moderna sociedad “secular”, antes que una necesidad de castigar a los delincuentes, prevalecería una exigencia de compensación del daño causado a la víctima. El Derecho Penal se relegitimaría ahora en una perspectiva de una protección generalizada de la víctima, perdiendo así, como lo expresa Lüderssen (citado por Fiandaca, G./

Valorando los métodos A.D.R en el campo penal, señalaré que una mediación que intentara, sobre todo, compensar los derechos e intereses de la víctima lesionados por el victimario, sería de difícil encuadre en aquellos delitos sobre bienes jurídicos cuya afección se difunde entre todos los individuos del cuerpo social.³⁰ ¿A quién habría que compensar en este caso? ¿Al Estado? ¿A un colectivo?³¹

Pareciera, por tanto, que la lógica de la mediación/restauración sólo podría ser operativa respecto de aquellos delitos contra el patrimonio de sujetos individualmente considerados, y no ya de aplicación general sobre todo el campo del Derecho Penal.³²

Haciendo una valoración general sobre todos los ámbitos procesales, agregaré que como los A.D.R. presuponen voluntariedad, toda vez que ellos sean impuestos desde el Estado dejarían de prestar utilidad.

En materia civil, más allá de la objeción de derecho positivo chileno en cuanto a que la imposición de los A.D.R. en el derecho chileno sería claramente

Musco, E. "Perdita di legittimazione del diritto penale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXXVII, fasc. 1, enero-marzo, 1994, pp. 49 y 50), su autonomía valorativa. Para este sector doctrinal, las soluciones de este tipo intentarían evitar la intervención punitiva estatal, por lo que necesariamente dichas soluciones se orientan a una parcial despenalización. Para Roxin (*op. cit.* p. 12), en cambio, la entrada del resarcimiento en el campo de la Justicia penal, no debe necesariamente hacerse con una solución que tiende a una "privatización" del Derecho Penal, sino, por el contrario, estableciendo al resarcimiento dentro del ámbito del Derecho Penal y, específicamente, dentro de los tradicionales fines de la pena. En esta nueva orientación del Derecho Penal, cuya legitimidad no estaría sólo en el hecho de la reparación a la víctima, sino también en la reeducación del delincuente (Eusebi, L. "Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione" ", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XL, fasc. 3, julio-sept. 1997, p. 836), se pondría también énfasis en una definitiva modernización del Derecho Penal, ya que rechazaría la idea de punición o castigo como fin de este sector del Ordenamiento Jurídico. El fenómeno punitivo contendría elementos de irracionalidad que parecen contradecir una modernización entendida como definitiva afirmación de racionales estrategias preventivas (cfr. Fiandaca, G. / Musco, E. *op. cit.* p. 50). Bajo estas perspectivas –sostiene un sector de la doctrina–, las instancias de mediación o conciliación, tendrían una importante misión que cumplir en la solución de las controversias, orientada a una plena resocialización (cfr. Roxin, C. *op. cit.* p. 20, Eusebi, L. *op. cit.* p. 836).

³⁰ Cfr. Boix, J./ Bustos, J. *Los delitos contra la hacienda pública*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 11.

³¹ Owen Fiss pone de manifiesto el grave problema con que se encuentran las negociaciones extrajudiciales cuando una de las partes involucradas –peor todavía si son ambas– es un grupo o colectivo de personas, donde no se sabe quién estaría legitimado para hablar por el grupo, y para dar el consentimiento en el que descansa gran parte del atractivo de los acuerdos. El problema de los grupos es precisamente que carecen de una organización que les permita producir consentimientos autorizados. cfr. Fiss, O. "Against settlement", en *The Yale Law Journal*, vol. 93, N° 6, mayo 1984, p. 1078.

³² Con cautela, Roxin no es partidario de extender la lógica de la restauración /mediación a los delitos que afecten bienes jurídicos considerados de mayor importancia, ya que en esos casos, vía resarcimiento, no sería posible restablecer la paz jurídica. Cfr. Roxin, C. *op. cit.* p. 23.

contraria a los derechos fundamentales a la tutela judicial y al juez natural u ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N° 3 CPR), importa sobre todo destacar que la supuesta voluntad libremente expresada de recurrir a los A.D.R. en muchos casos se ve forzada precisamente por la lentitud de la actividad jurisdiccional. De este modo, entonces, la mediación o la conciliación de las controversias podría no ser el producto de la libre voluntad, sino, antes bien, de la necesidad, coerción, imposición³³ o de cualquier otro género de incentivos.³⁴

Hay que tener presente que en muchos casos la conciliación comporta sacrificio de derechos, en aras de una satisfacción más rápida, aunque parcial, de los intereses de uno de los contendientes, y debido, también, a la falta de medios económicos para llevar adelante el proceso y para permanecer indemne a su duración.

En cuanto al argumento que sostiene que la nueva filosofía en la que se inspiraría el sistema de los A.D.R. vendría a ser la necesidad de coexistencia del ser humano dentro de su comunidad –tribu, clan, villa–, donde la Justicia sería vista además de más cercana al individuo, también mayormente como actividad conciliadora antes que contenciosa, es necesario señalar lo siguiente. Desde un punto de vista sociológico, la necesidad de coexistencia del ser humano dentro de su comunidad es un dato que la doctrina procesal más clásica no ignora,³⁵ y, como tal, hay que decir que el proceso y la Jurisdicción (el Estado en general)

³³ No se debe omitir el hecho que, en la práctica, se puede observar que el arbitraje o la conciliación resultan, muchas veces, completamente instituidas, organizadas y gestionadas por una de las partes de la controversia, sobre todo por algunas empresas que organizan en su contexto formas de arbitraje o conciliación de las controversias con sus propios clientes, por lo que la indispensable independencia e imparcialidad del juzgador no siempre se cumple en estos casos.

³⁴ Cfr. Resnik, J. *op. cit.* p. 712. En relación a los incentivos económicos, habría que decir que éstos –utilizados principalmente en países del *Common Law*– persiguen apartar casos de los tribunales con sanciones de tipo económicas. El método más conocido es el denominado “pago en la Corte” (utilizado en Inglaterra, Australia, Canadá), que consiste en sancionar al demandante que no acepta una oferta de conciliación, ofrecida al tribunal por el demandado, que después del proceso resulta haber sido razonable. En algún sentido, constituye un tipo de pena, consistente en el pago, por el demandante, tanto de sus costas como los de la parte contraria (“parte y parte”). El sistema se inicia con una oferta de dinero que realiza el demandado en el tribunal, al inicio del proceso (el juez ignora su monto) y a la demandante, para resolver el caso. La parte demandante puede aceptar la oferta dentro de cierto periodo (21 días en Inglaterra) y recibiría sus costas si la acepta. Si en última instancia el caso se sustancia y la demandante obtiene un veredicto de menos o igual a la cantidad que fue pagada por la demandada en el tribunal, en este caso deberá pagar sus propias costas, más todas las costas del demandado incurridas después de la fecha del pago en el tribunal. Esta multa puede exceder la cantidad que el fallo obliga a pagar en favor del demandante. Por otro lado, si ésta recupera una cantidad mayor a la consignada en el tribunal, las consecuencias son las mismas que si no se hubiera hecho ningún pago. cfr. Cappelletti, M./ Garth, B. *op. cit.* pp. 57 y ss.

³⁵ Vid. Guasp, J. *op. cit.* pp. 38 y ss.

también ayudan al hombre a alcanzar su plenitud que aisladamente no puede lograr en la sociedad.

Por otra parte, cuando se señala que esta Justicia de tipo coexistencial, restaurativa o de proximidad, se asemejaría más a una Justicia del tipo conciliativa que contenciosa,³⁶ se estaría omitiendo todas las ventajas que tiene el contradictorio en el interés de la Justicia y del juez, quien en dicha contraposición dialéctica de las defensas opuestas puede encontrar el mejor medio para ver delante de sí la verdad.³⁷

Hoy en día, un sector de la doctrina procesal³⁸ destaca la importancia del contradictorio como elemento calificador del proceso, constituyéndose no sólo como un componente del derecho de defensa de las partes, sino que además como regla técnica objetiva del juicio. Es decir, el contradictorio, más allá de operar en los términos del respeto del derecho fundamental al debido proceso de las partes, se convierte en una regla técnica para que la inicial y equivalente verdad de la tesis del actor y la antítesis del demandado, sean reducidas a una única síntesis en el juicio. Contraponer dos posiciones antagónicas sería la única forma de hacer Justicia en una sociedad democrática regida por el respeto de los derechos fundamentales y por la igual e imparcial consideración de las afirmaciones de cada uno de los sujetos pretendientes.

En definitiva, la valoración general de estos motivos justificadores de la utilización de los métodos A.D.R., es que donde éstos sean efectivamente voluntarios para los interesados, pueden tener una relativa utilización y justificación, especialmente en el campo procesal civil.

³⁶ A propósito de este temor que algunos manifiestan hacia el contradictorio, destacaré que en la década de los años '30 del siglo pasado, el jurista alemán Baumbach –cercano por cierto al régimen nacionalsocialista–, consideraba que el proceso civil se articula esencialmente sobre la idea de una lucha entre dos partes adversarias, lo que lleva a que cada parte se proveyera de todas las armas para hacer valer su interés, también en perjuicio de la justicia y de la verdad. Tal contradicción entre las partes era a su juicio la raíz de todos los males de la Justicia germana. Es por ello que la ideología nacionalsocialista, en materia de proceso civil, consideraba que el juez no podía ser considerado como un tercero imparcial puesto sobre el duelo entre las partes, sino que a él le correspondía intervenir en tal contraste de intereses para restablecer el orden y la paz. En este sentido, el juez debía ser considerado como un amigo de los coasociados, por lo que se propuso introducir mecanismos de conciliación obligatoria, pero ya no marginalmente, sino para todo el campo civil, aboliendo en definitiva el proceso civil. Sobre tal propuesta y una crítica a ella, Vid. Calamandrei, P. “Abolizione del processo civile?”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XV - Parte I, año 1938, XVI-XVII, pp. 336 y ss.

³⁷ Cfr. Calamandrei, P. *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, pp. 128 y 129.

³⁸ Vid. Trocker, N. “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: Profili generali”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio 2001, año LV-n. 2, pp. 393 y ss.

3. *Los métodos alternativos de solución de controversias y los derechos e intereses legítimos objetos de solución alternativa*

Un tercer tipo de argumento en favor del uso de los A.D.R., se refiere al tipo de conflicto o de bienes a los cuales habría de aplicarse este mecanismo alternativo a la Jurisdicción. Aquí se deberían posicionar aquellos que ven a los A.D.R. como una posibilidad real de acceso a la Justicia Civil de todas las personas, especialmente cuando se trata de específicos derechos e intereses legítimos que, la Justicia Estatal, debido a sus ya reiterados tiempos excesivos, costos elevados y acentuado tecnicismo, no ha sido capaz de tutelar adecuadamente. Así, por ejemplo, se menciona por algunos que los nuevos derechos denominados colectivos o difusos –consumidores, medio ambiente, etcétera–, mal se prestan a la Justicia tradicional y contenciosa, propicia sólo a la tutela de situaciones jurídicas interindividuales.³⁹

Por otra parte, la idea que expone la doctrina a este respecto es excluir determinadas causas de los tribunales, de manera que la Jurisdicción se pueda concentrar sólo en unas pocas, que son realmente las importantes y en las que la actividad jurisdiccional aparece insustituible.⁴⁰ Las otras causas podrían ser resueltas a través de métodos A.D.R.

Esas otras causas son generalmente aquéllas de escaso valor económico, que aumentarían incesantemente el trabajo de los tribunales, y que a menudo aparecen repetitivas y, además, poco interesantes para el progreso de la ciencia jurídica, por lo que ameritan la denominación de *garbage cases* (causas basura).⁴¹

Habría que preguntarse en este punto quién realizaría y con qué criterio se haría el reparto competencial de causas entre la Jurisdicción y entre los sujetos arbitradores, mediadores o conciliadores, cuestión para nada pacífica y respecto de la cual un sector de la doctrina manifiesta especial cautela. Por un lado, habría que evitar que ese desvío de causas signifique un camino para sustraer al control de la comunidad determinados conflictos de evidente interés público o al menos de clara proyección colectiva (consumidores, medio ambiente, competitividad del mercado).⁴² Dicha cautela también se debe poner con la posibilidad que causas que sí deberían conocerse por la Jurisdicción, como la tutela de los derechos fundamentales, terminen siendo desviadas a instancias privadas.⁴³

³⁹ Cfr. Cappelletti, M. “Appunti su conciliatore e conciliazione”, *op. cit.* p. 63.

⁴⁰ Cfr. Chiarloni, S. *op. cit.* p. 695; Silvestri, E. *op. cit.* p. 323.

⁴¹ Cfr. Silvestri, E. *op. cit.* p. 324.

⁴² Cfr. Pedraz, E. “Sobre la Crisis de la Justicia”, *op. cit.* p. 274.

⁴³ Cfr. Cappelletti, M. / Garth, B. *op. cit.* p. 60.

En cuanto a quién debería determinar los específicos derechos e intereses que podrían ser sometidos a procedimientos alternativos a la Jurisdicción, podría sostenerse que lo más oportuno sería que el propio constituyente lo prevea. La actual Constitución chilena no lo prevé, pero se ha entendido⁴⁴ que otras, como la española, sí lo hacen.⁴⁵

Sin embargo, tal definición de materias jurídicas disponibles dada por el constituyente, si bien constituiría el máximo de garantía y seguridad jurídica, también podría comportar un exceso de rigidez y un freno a la evolución de los procesos sociales. Puede ocurrir que en el futuro exista el convencimiento de que determinadas controversias puedan ser resueltas con métodos alternativos a la Jurisdicción, pero si se entiende que el constituyente fijó con un carácter inmutable todas las controversias objeto de vías alternativas, ya no se podrían someter estas nuevas controversias a dichas vías alternativas, salvo, claro está, previa modificación de la Constitución. Parece entonces más conveniente que sea el legislador el que pueda precisar cuáles materias podrían conocerse y resolverse mediante métodos A.D.R.

¿Qué materias podrían ser decididas mediante métodos alternativos? Para contestar a esta pregunta habría que destacar inicialmente que el recurso a cualquier método de A.D.R. implicaría siempre una privatización de la relación o de la situación jurídica que es objeto de la decisión del juzgador. Esto significaría que debe tratarse de derechos e intereses que estén dentro de la disponibilidad de las partes. De este modo, la frontera entre Jurisdicción y métodos alternativos se construiría con base a la calificación de tales situaciones jurídicas como disponibles / indisponibles.⁴⁶

Esta idea de disponibilidad de los derechos e intereses legítimos lleva a que en los procedimientos de A.D.R. no se llegue a determinar por ningún medio quién tiene razón o quién no la tiene, sino que lo que buscan es una solución de compromiso en la que ambas partes renuncien en alguna medida a sus pretensiones, para así llegar, con la mayor rapidez que se pueda, a la solución de la controversia. Desde este punto de vista, privatización de la situación jurídica discutida equivaldría a negociabilidad o disposición.

⁴⁴ Cfr. Pedraz, E. "El proceso y sus alternativas", *op. cit.* p. 29.

⁴⁵ El artículo 51.1 CE establece que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". Por tal motivo, se ha señalado que el procedimiento de arbitraje establecido en materia de consumidores en España, sería plenamente coherente con esta disposición constitucional.

⁴⁶ Cfr. Taruffo, M. "La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", *op. cit.* pp. 145 y ss.

A esa lógica negocial o de libre disposición, se le deberían poner límites, precisamente para que al menos ciertas esferas públicas o privadas –especialmente de los sujetos más débiles– no terminen siendo compradas por los sujetos económicamente más poderosos. ¿Cuáles serían esos límites al poder de negociación?

Generalmente se ha aceptado que las cuestiones de interés público⁴⁷ no pueden ser desviadas del conocimiento jurisdiccional, aunque hoy en día también se ha dicho por algún sector de la doctrina que lo importante no es tanto que se puedan resolver asuntos que afectan el interés público, sino que dicha decisión no lo contraríe.⁴⁸ Esta evolución se observa también en el hecho que, hoy en día, se aboga por un sector doctrinal por la aplicación del arbitraje en materia administrativa, situación en que, necesariamente, una de las partes tendrá que ser una persona jurídico-pública que, sin perder su cualidad de ente público, se somete a la decisión de un ente –también de naturaleza pública– que resolverá la controversia. En estos casos, el procedimiento de arbitraje tendrá como objeto litigioso un interés que puede ser descrito como interés público.⁴⁹

A mi entender, lo verdaderamente relevante en el establecimiento de criterios para fijar límites al poder de disposición de las relaciones jurídicas, es la integridad de los derechos fundamentales, ya sea que se observe a éstos como posiciones subjetivas del individuo, o ya también como principios objetivos del Ordenamiento Jurídico, con lo que tras el reconocimiento y efectividad de los derechos fundamentales también habría una expresión de interés público.⁵⁰

Habría que reconocer que, hoy en día, las diversas sociedades se caracterizan por una creciente expansión de derechos, los que son destinados a encontrar precisamente en el juez estatal su garante institucional. Y estos derechos no sólo son caracterizados por una creación de una legislación promocional (especialmente los derechos sociales), sino también por su tendencia a la indisponibilidad,⁵¹ y como tal, dotados de la garantía de una constante tutela en sede judicial.⁵²

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Cfr. Barona, S. *op. cit.* p. 217.

⁴⁹ Cfr. Rosa, J. *El arbitraje administrativo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 101.

⁵⁰ Vid. Böckenförde, E-W. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, traducción de Requejo, J. L. / Villaverde, I., p. 80. También Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Editorial de la P. Universidad Católica del Perú, primera edición, Lima, 1997, traducción de Ramos, C. / Saligman, J. / Landa, C., p. 188.

⁵¹ Los derechos fundamentales se caracterizan por sus notas de indisponibilidad, inalienabilidad, intransigibilidad y por ser derechos personalísimos. Con respecto a su nota de indisponibilidad, Ferrajoli expresa que ello implica que están sustraídos a las decisiones de la

Esta aproximación que pone atención en la integridad de los derechos fundamentales, se ajustaría mejor a la Carta Fundamental chilena. En efecto, el artículo 5° CPR establece que los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover tales derechos fundamentales, a lo que hay que agregar que los mismos tienen un contenido esencial que se impone como un límite a la actividad del legislador que, de conformidad con el artículo 19 n° 26 CPR, debe siempre y en toda circunstancia respetar.

¿Qué importancia podría tener todo esto? En primer lugar, que el legislador no podría desviar de la Jurisdicción la protección de los derechos fundamentales. La Jurisdicción, como potestad estatal, estaría obligada a respetar y promover tales derechos, y no se protegen y promueven adecuadamente tales derechos si su efectividad se deja en manos del puro poder negociador de sus titulares, con base en acuerdos privados que supondrían siempre la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, pero que, como ya se ha expresado, muchas veces se trata de una autonomía o libertad meramente formal y no real.

Toda vez entonces que se solicite tutela de un derecho fundamental, o del modo que sea, se encuentre involucrado la integridad de un derecho fundamental, correspondería a la Jurisdicción otorgar la tutela y vigilar la plena vigencia del derecho fundamental. De este modo, se debería descartar que tal función pueda ser realizada por un árbitro, conciliador o mediador privado o, inclusive, administrativo. Ello no obsta para que la Administración, o inclusive entes privados, puedan intervenir y negociar, conciliar o mediar para poner fin a contro-

política y del mercado. Activamente, la indisponibilidad expresa la idea que su titular no puede transferirlos, es decir, son inalienables: no se puede vender la libertad personal o la autonomía contractual. Pasivamente, la indisponibilidad expresa que no pueden ser expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado, ni por mayoría parlamentaria ni ninguna otra instancia. En este sentido –y con una aparente paradoja–, los derechos fundamentales aparecen como un límite, no sólo a los poderes públicos, sino también a la autonomía de sus titulares: ni siquiera voluntariamente se podría alienar la propia vida o la propia libertad. En cuanto a que los derechos fundamentales estén excluidos de la política y del mercado, el profesor de Camerino distingue entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. Estos últimos, como la propiedad o el derecho de crédito, por ejemplo, son negociables, disponibles y alienables. Los derechos patrimoniales se adquieren, se venden, se cambian y pueden ser expropiados. Tanto en la esfera de la política como en el mercado, los derechos patrimoniales pueden ser objeto de disposición. Piénsese en la posibilidad constitucional de expropiar. Eso sucedería –explica Ferrajoli– precisamente por cuanto la propiedad es un derecho patrimonial y no un derecho fundamental. cfr. Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, traducción de Andrés, P./Greppi, A. pp. 47 y ss. Sin embargo, esta distinción que realiza Ferrajoli entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, no es considerada por la doctrina ni jurisprudencia chilenas, las que, por el contrario, consideran a la propiedad como un derecho fundamental más, si es que no, junto a la vida, como “el” derecho fundamental por excelencia.

⁵² Cfr. Denti, V. “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen XXXV (II serie), año 1980, p. 433.

versias que dicen relación con derechos fundamentales, sobre todo en conflictos de gran relevancia social o de conflictividad masiva o difusa (por ejemplo, conflictos ambientales), siempre que quede abierta una vía definitiva hacia la Jurisdicción, quien será la que dirá el derecho a este respecto, con un carácter definitivo e irrevocable.

Sin embargo, con esta postura de exclusión de todos los derechos fundamentales de los procesos de negociación o acuerdos privados alternativos a la Jurisdicción, se arribaría a la conclusión de que muchas cuestiones no podrían ser objeto de tal negociación privada. En efecto, si se considera a la propiedad privada como derecho fundamental, resulta que se debería excluir todo acuerdo que importara una transacción o disposición sobre una parte o sobre un contenido de la propiedad sobre determinado objeto.

Ello lleva a encontrarle razón a Ferrajoli⁵³ cuando sostiene que la propiedad no es un derecho fundamental, sino, por el contrario, un poder, fuente de desigualdades, y ello choca frontalmente con la esencia misma de los derechos fundamentales, basada en la igualdad y atribución a todos los sujetos, por el sólo hecho de ser tales. Todos los sujetos tienen por igual el derecho fundamental a la vida, libertad de conciencia, o a respirar un aire limpio, pero no todos tienen el derecho de propiedad sobre determinados objetos. Con respecto a la propiedad, el derecho fundamental que podría configurarse dice relación con tener derecho a la propiedad, es decir, la potencia o libertad para adquirir el dominio sobre todos aquellos bienes susceptibles de ser adquiribles por los individuos. Pero el derecho de propiedad es esencialmente alienable, disponible, transable, transmisible, por lo que no puede ser considerado, desde la consistencia teórica que propone el profesor de Camerino,⁵⁴ un derecho fundamental. La propiedad, antes que un derecho fundamental, presentaría las características de un derecho patrimonial.

De acuerdo con lo anterior, habría que excluir de la lógica de la negociación sólo aquellos derechos que, efectivamente, puedan ser considerados como derechos fundamentales, mientras que aquellos que pudieren considerarse como derechos patrimoniales, como la propiedad, podrían perfectamente ser objeto de transacciones.

⁵³ Cfr. Ferrajoli, L. *op. cit.* p. 47. Véase también este análisis en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, traducción de Andrés, P. / Ruiz Miguel, A. / Terradillos, J. / Cantarero, R. pp. 909 y ss.

⁵⁴ Sin embargo, tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia chilenas, coinciden en que el derecho de propiedad es uno de los derechos fundamentales reconocidos por el orden constitucional chileno. Baste señalar que se encuentra reconocido en el artículo 19 de la Constitución que reconoce los derechos fundamentales de las personas que habitan el territorio estatal chileno.

II. CONCLUSIONES

La introducción de métodos alternativos de solución de controversias (A.D.R.) sin duda se inscribe en una crisis particular de la Jurisdicción y general del Estado, especialmente cuando éste deviene en una entidad hipertrofiada, burocrática y, a veces, corrupta. Se inscribe también en un proceso –ideológico más que técnico– de privatización y de aligeración del Estado.

Exista o no relación entre ambos hechos, lo cierto es que la sociedad debe buscar mecanismos capaces de tutelar eficientemente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Sin embargo, la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no debe hacer pensar exclusivamente en huir de la Jurisdicción, sino también en reformas sustanciales a los órganos jurisdiccionales estatales y a los procedimientos desarrollados ante ellos.

La potestad jurisdiccional del Estado puede cumplir mejor su poder-deber de tutela última de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, pero para ello se requiere de capacidad de innovación, mayores recursos económicos y compromisos políticos capaces de reformar radicalmente los institutos procesales.

El análisis desarrollado en las páginas precedentes no se opone radicalmente a una introducción de métodos A.D.R. en nuestro país, sino a tomar cautela frente a ellos. Interesa destacar que su introducción no comporte una marginación de las vías de solución de conflictos de aquellos sujetos que carecen de recursos para pagar los honorarios de quienes offician de árbitros o mediadores y a los abogados. Asimismo, se debe tomar precaución que las vías alternativas a la Jurisdicción importen verdaderamente una decisión soberana del ciudadano, y no sean fruto de la imposición de la parte más fuerte, o de la necesidad económica o fuerzas de otro tipo.

En este sentido, aparece recomendable que para ciertas materias civiles se instauren instancias arbitrales, de conciliación o mediación que, siendo gratuitas para el ciudadano, tutelen los derechos e intereses de éste cuando no exprese su voluntad de hacer uso de su derecho fundamental a proveerse la vía jurisdiccional.

Por otra parte, habrá de tomarse en cuenta que no todas las posiciones jurídicas subjetivas del ciudadano pueden ser objeto de negociaciones privadas, puesto que al Estado le incumbe velar por la promoción y el respeto de aquellas que queden comprendidas en la categoría de los derechos fundamentales, sin que se pueda desentender de ellas (art. 5° CPR). En este sentido, será la potestad jurisdiccional la que deberá otorgar tutela definitiva a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Tratándose de otros derechos subjetivos e intereses legítimos, será el legislador ordinario el que deberá determinar bajo qué circunstancias y condiciones la tutela privada de los mismos será procedente.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, J. B. *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.
- ALPA, G. “Riti alternative e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di Diritto Civile”, en Bessone, M. (editor), *L’attività del giudice e controllo delle attività*, Giappichelli, Turín, 1997.
- ÁLVAREZ, A. *El sistema español de arbitraje de consumo*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999.
- BARONA, S. *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, traducción de Requejo, J. L. / Villaverde, I.
- BOIX, J./ BUSTOS, J. *Los delitos contra la hacienda pública*, Tecnos, Madrid, 1987.
- CALAMANDREI, P. “Abolizione del processo civile?”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XV - Parte I, año 1938, XVI-XVII.
- *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.
- CAPPELLETTI, M. “Appunti su conciliatore e conciliazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XXXV -n.1, marzo 1981.
- *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bolonia, 1994.
- CAPPELLETTI, M./GARTH, B. *El acceso a la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- CHIARLONI, S. “La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LI (II serie) - n. 3, julio-sept. 1996.
- COMOGLIO, L.P. “Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LV (II serie)-n. 2, abril-junio 2000.
- DAMASKA, M. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia, 1991.
- DEL RE, M. “Il terzo convegno mondiale de vittimologia: Prima la vittima”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXX, fasc. 3, julio-sept. 1987.
- DENTI, V. “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen XXXV (II serie), año 1980.
- EUSEBI, L. “Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XL, fasc. 3, julio-sept. 1997.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, traducción de Andrés, P. / Ruiz Miguel, A. / Terradillos, J. / Cantarero, R.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, traducción de Andrés, P./Greppi, A.
- FIANDACA, G./MUSCO, E. “Perdita di legittimazione del diritto penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXXVII, fasc. 1, enero-marzo, 1994.

- FISS, O. "Against settlement", en *The Yale Law Journal*, vol. 93, N° 6, mayo 1984.
- GAGGERO, P. "Forme di risoluzione delle controversie alternative a quella giudiziale nel Regno Unito", en *Rivista Critica dell Diritto Privato*, año XI -3-4, sept.-dic. 1993.
- GUASP, J. *La pretensión procesal*, Civitas, segunda edición, Madrid, 1985.
- HÄBERLE, P. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Editorial de la P. Universidad Católica del Perú, primera edición, Lima, 1997, traducción de Ramos, C./Saligman, J./Landa, C.
- LIBEDINSKY, S. "Los acuerdos reparatorios", en *Gaceta Jurídica*, 1998.
- PEDRAZ, E. "El proceso y sus alternativas", en Pedraz, E. (editor), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial: "Arbitraje, mediación, conciliación", XXVII, 1995.
- "Crisis y alternativas en la Justicia Civil", en Andrés, P. (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.
- PETERS, T. "Alternativas en el campo judicial", en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- POUND, R. "The Administration of Justice in the Modern City", en *Harvard Law Review*, vol. XXVI, 1912-1913.
- RAMOS, F. "Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial", en *Justicia* 94, N° IV.
- RESNIK, J. "Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LI-n. 3, septiembre 1997.
- RESTA, E. "Giudicare, conciliare, mediare", en *Política del Diritto*, año XXX, N° 4, diciembre 1999.
- ROSA, J. *El arbitraje administrativo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. "Risarcimento del danno e fini della pena", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXX, fasc. 3, julio-sept. 1987.
- SILVESTRI, E. "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII -n. 1, marzo 1999.
- TARUFFO, M. "La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", en Andrés, P. (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Andrés, Trotta, Madrid, 1996.
- "Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII, n. 3, sept. 1999.
- TROCKER, N. "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: Profili generali", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio 2001, año LV-n. 2.