

Páginas sobre justicia civil

Michele Taruffo

proceso y derecho



Marcial
Pons

9. UNA ALTERNATIVA A LAS ALTERNATIVAS: MODELOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. ASPECTOS DE LOS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

Uno de los fenómenos más relevantes en la reciente evolución de muchos ordenamientos, es el recurso masivo a los llamados métodos alternativos de resolución de controversias (llamados también métodos de ADR, por *Alternative Dispute Resolution*). Se discute mucho sobre ellos, se escribe mucho sobre ellos, e incluso varios legisladores dedican un número creciente de normas dirigidas a estimular de todas las maneras posibles la utilización de estos métodos.

Sin embargo, se trata de un fenómeno que se presta a equívocos y que presenta aspectos discutibles, sobre los cuales es conveniente desarrollar algunas reflexiones.

En primer lugar debe destacarse que no se trata de un fenómeno unitario y homogéneo. Por un lado, en efecto, hay que distinguir en el interior de los ADR, por lo menos, entre la *mediación* (o *conciliación*) y el *arbitraje*. Estas instituciones no tienen nada en común, más que el hecho de ser igualmente alternativas respecto del procedimiento jurisdiccional. Por tanto, es inadecuado hablar genéricamente de ADR sin tener en cuenta esta distinción. Por otro lado, existen innumerables formas de mediación, así como existen distintos tipos de arbitraje, interno e internacional, y por lo tanto, también desde este punto de vista, todo discurso que tenga que ver genéricamente con los ADR sin tener en cuenta estas diferencias, corre el riesgo de ser genérico y poco significativo.

Debe subrayarse además que algunas formas de ADR, como la mediación y el arbitraje, siempre han existido. La novedad que ha surgido en los últimos años no es, entonces, su creación sino más bien el énfasis que doctrina y legisladores ponen en tales instrumentos —y, en particular, pero no única-

mente, en la mediación o conciliación— ya no presentándolos —como sucedía en el pasado— como métodos sustancialmente residuales de resolución de las controversias, sino como la «vía maestra» que las partes deben seguir para resolver sus conflictos. Se podría tal vez pensar que sobre el plano de la realización práctica, el recurso a los métodos ADR es mucho menos frecuente y menos relevante de lo que puede parecer a partir de la literatura sobre el tema, pero ésta es una duda que sólo puede resolverse sobre la base de datos estadísticos de los que no disponemos. Por lo que tiene que ver con ella, la información disponible muestra que las formas organizadas de conciliación no son muy frecuentes y resuelven un número bastante limitado de controversias. No existe, en cambio, información relativa a la frecuencia con la que se llevan a cabo arbitrajes. De todas maneras, se destaca el hecho de que en estas décadas, pero con una fuerte aceleración en los últimos cinco o diez años, los ADR se han convertido en un centro de atención de entre los más importantes de la administración de justicia civil. A escala internacional, son miles las normas que se ocupan de ellos (parece que sólo en Estados Unidos son más de 2.500 las leyes que hablan de *mediation*), y sobre el tema se ha producido una vastísima literatura, cuyo listado llenaría docenas de folios.

Las razones que se encuentran en la base de este fenómeno son diversas y no pueden ser analizadas aquí de manera apropiada. Sin embargo, vale la pena indicar al menos sus factores principales.

De un lado, entran en juego elementos de naturaleza cultural. A diferencia de lo que ocurre en sistemas como el chino y el japonés, donde la filosofía confuciana ha estado siempre en la base de la tradicional predilección por la mediación, en los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a los ADR ha sido más reciente y —de cierta forma— menos sólido. Dependiendo de cada caso y de cada momento, incluye aspectos diferentes. Uno de estos aspectos es el surgimiento, en los Estados Unidos de los años sesenta y setenta, de una cultura «alternativa» con respecto a la cultura jurídica predominante, en la cual los métodos conciliatorios y comunitarios para la solución de las controversias (especialmente las de menor cuantía, típicas de los estratos más pobres de la sociedad) se contraponían al recurso ante los tribunales como remedio más accesible y más eficaz. No es casualidad que estas orientaciones surgieran en el ámbito de la sociología y la filosofía social, y encontraran un éxito bastante limitado entre los juristas norteamericanos. Esta cultura llega a Europa con algunas décadas de retraso (como sucede a menudo), y determina el florecimiento de una verdadera moda de la predilección por «las alternativas».

Un segundo aspecto que, no obstante, está conectado al primero, se deriva de la idea de que las técnicas de ADR representan una especie de «justicia coexistencial» que se prefiere a las formas de la «justicia conflictual» típica del proceso. Aquélla, en efecto, tendría la ventaja de superar el conflicto en lugar de profundizarlo, como sucede a menudo en los procesos, y tendría la ventaja adicional de hacer «justiciables» controversias que de otra manera quedarían sin solución, dado que difícilmente serían llevadas ante un juez.

De es
se log
nativ
cuan
ción

E
recie
en di
po ti
las co
ment
tanto
bio l
auto
de lo
veces
prese
perr

S
sufic
suma
disti
lado
para
el en
vista
inter
ción
legis
legis
cultu
legis
ticia
dad
con
enco
a los
capa
diríj
cont

I
apur
las c
liaci
instr
juris

De esta manera, pues, se llevaría a cabo la protección de los derechos que no se lograría mediante los remedios jurisdiccionales acostumbrados, y las alternativas desarrollarían una función supletoria respecto de la jurisdicción, en cuanto contribuiría a garantizar el acceso de todos a alguna forma de solución de las controversias.

Estos aspectos terminan luego entrelazados, especialmente en los años recientes, con las diversas ideologías *neoprivatistas* que se van difundiendo en distintas partes de Europa (no en Estados Unidos, donde desde hace tiempo tienen un papel dominante). En lo que tiene que ver con la resolución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar e incrementar el desprecio y la desconfianza hacia la justicia del Estado, y por lo tanto hacia el recurso a los instrumentos jurisdiccionales, y sugieren en cambio la conveniencia de servirse de los medios *privados*, en los que la libre autonomía de los individuos se vería garantizada sin interferencias por parte de los jueces y sin los costos y disfuncionalidades de la justicia pública. A veces, incluso, se estimula el recurso a distintas formas de mediación, y se presenta el arbitraje como el método ideal para resolver las controversias, permaneciendo en el ámbito de la autonomía y la disponibilidad privada.

Sin embargo, estos elementos de carácter cultural e ideológico no son suficientes para explicar el fenómeno del cual nos ocupamos. Un factor sumamente importante, y probablemente el más importante de todos en los distintos ordenamientos europeos, está constituido por la actividad del legislador, que con frecuencia cada vez mayor interviene para regular —y a veces para imponer— el recurso a diferentes formas de mediación y estimulando el empleo del arbitraje. En varios ordenamientos —y desde este punto de vista el ejemplo de Italia es particularmente significativo— la razón de esta intervención del legislador está en la crisis profunda que caracteriza el funcionamiento de la justicia civil «pública» y en la incapacidad del mismo legislador para ponerle remedio. En estas situaciones, la predilección del legislador por los métodos ADR no está motivada por particulares razones culturales (aunque las ideologías neoprivatistas influyen en las directrices legislativas) sino en una razón práctica simple y dramática: dado que la justicia del Estado no funciona, el legislador trata de desviar la mayor cantidad posible de controversias hacia afuera de los canales jurisdiccionales, con el fin de reducir la carga laboral de los jueces y de permitir a las partes encontrar «alguna» solución a sus problemas. En esencia, el legislador envía a los ciudadanos un mensaje de este tipo: «dado que el Estado no está en capacidad de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente para sus derechos, diríjanse a otro sitio —a la conciliación o al arbitraje— para resolver sus controversias».

De allí, entonces, la multiplicación de intervenciones legislativas que apuntan a favorecer de todos los modos posibles la solución conciliatoria de las controversias, a veces haciendo incluso obligatorio el intento de conciliación, o induciendo a las partes a recurrir al arbitraje, convirtiéndolo en instrumento idóneo para producir los mismos efectos del pronunciamiento jurisdiccional. Desde esta perspectiva, se puede decir entonces que el éxito

de los ADR es directamente proporcional —e incluso es una inmediata consecuencia de ello— a la ineficiencia de la justicia del Estado. No es casualidad, además, que ese éxito sea bastante menor en aquellos ordenamientos —como el alemán— en los que la justicia civil es accesible a todos y funciona de manera rápida y eficiente, y proporciona una eficaz tutela de los derechos. Desde este punto de vista, el recurso a los ADR no parece un fenómeno positivo en sí mismo, sino más bien el reflejo de un fenómeno dramáticamente negativo, representado por la disfuncionalidad de la justicia del Estado.

No se quiere negar de este modo que en muchos casos una solución conciliatoria de la controversia sea conveniente —si va en ese sentido la voluntad concurrente de las partes— o que el recurso al arbitraje sea a veces más ventajoso con respecto al proceso judicial. Realmente, con frecuencia hay buenas razones para que las partes estimen preferible servirse de una u otra de entre las numerosas técnicas de ADR disponibles. Así, por ejemplo, los conflictos familiares se afrontan mejor con técnicas de mediación que con procedimientos judiciales, y en materia de relaciones comerciales es probable que las ventajas del arbitraje en términos de reserva y de posibilidad de elegir los árbitros, equilibren los costos más elevados de este instrumento. Lo que debe subrayarse es el hecho, en sí mismo fuertemente negativo, de que el recurso a las alternativas corre el riesgo de convertirse en la única posibilidad que tienen las partes para resolver sus conflictos, ante el fracaso de la administración de justicia «pública».

2. PROBLEMAS DE LAS ALTERNATIVAS

Ante el éxito teórico y legislativo que parece caracterizar el estado actual de los métodos ADR, no se puede, sin embargo, evitar hacer referencia a algunos de los problemas que tales métodos hacen surgir. Es notable la circunstancia de que ya en los años ochenta, mientras en Europa comenzaba a difundirse la moda de los ADR, precisamente en Estados Unidos habían surgido varias voces críticas —entre ellas, sobre todo, las de Richard ABEL y Owen FISS— que habían puesto de relieve numerosos límites e inconvenientes que caracterizan particularmente a los métodos basados en la mediación.

En esta sede no es posible desarrollar un análisis crítico de las distintas formas de conciliación y de mediación, que requerirían un estudio comparado en profundidad. Sin embargo, vale la pena señalar al menos los problemas principales que surgen al respecto.

Una primera dificultad importante tiene que ver justamente con la capacidad de la mediación para llevar a cabo una adecuada tutela de los derechos involucrados en la controversia. De un lado, en efecto, se podría observar que la mediación representa una alternativa válida a la tutela jurisdiccional sólo si está en capacidad de ofrecer una protección de los derechos que sea sustancialmente equivalente a la que se podría obtener a través del proceso. Del otro lado, sin embargo, está claro que la posibilidad de resultado positivo de

la mediación se basa en la disposición de las partes a encontrar un acuerdo que difícilmente le dará completamente la razón a los titulares de un derecho: el acuerdo que se alcance implica siempre alguna renuncia a la reivindicación integral del propio derecho. Es más, no es casualidad que los teóricos de la mediación afirmen que el derecho debe «permanecer tras la puerta» y no debe interferir de manera alguna con la mediación, respecto de la cual la referencia a la dimensión jurídica de la controversia constituiría un obstáculo. En otros términos, la mediación no serviría para tutelar derechos sino para llevar a cabo un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente.

Este modo de pensar introduce, no obstante, una duda radical acerca de la capacidad de la mediación para constituir una alternativa realmente equivalente a la tutela jurisdiccional. Se trata, ciertamente, de una técnica para resolver el conflicto, pero incluso cuando tiene un resultado positivo, no consigue el objetivo de tutelar de manera efectiva los derechos que se encuentran en la base del conflicto. Entonces, es inadecuado decir que la mediación sirve para «hacer justicia», o que aquélla constituye una «justicia alternativa», por lo menos en la medida en que al término «justicia» se le atribuye una connotación jurídica. Se trata más bien de un método que apunta a sarnear un conflicto mediante el equilibrio de los intereses en juego.

Una segunda dificultad relevante tiene que ver con el hecho de que normalmente la mediación no está en capacidad de eliminar o al menos de reducir las consecuencias de la desigualdad que puede existir —y que con frecuencia existe— entre las partes de la controversia. En general, los métodos de mediación no encaran el problema, y ni siquiera cabe esperar que el mediador sea activo en el sentido de proteger a la parte más débil contra los abusos de la parte más fuerte: en efecto, deben ser neutrales si quieren conseguir su propio objetivo, que consiste en hacer que las partes alcancen, *en cualquier caso*, un acuerdo. Nada impide, entonces, que en el ámbito de la mediación se llegue a soluciones injustas, no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica de la controversia, sino también porque la parte más fuerte está siempre en capacidad de imponerle a la parte más débil la solución más ventajosa para la primera. En ese sentido, no se puede excluir que la mediación funcione en el sentido de amplificar la desigualdad entre las partes, en lugar de ponerle algún remedio.

La tercera dificultad, conectada a la segunda, concierne de manera más general a la tutela de los sujetos débiles: históricamente, el legislador ha intervenido para la protección de los sujetos débiles utilizando distintas técnicas normativas, la principal de las cuales consiste en hacer *indisponibles* los derechos de estos sujetos. Como se ve bien en el caso de la protección al trabajador, el legislador interviene —por decirlo así— protegiendo al sujeto débil «contra sí mismo», es decir, considerando nulos los actos de disposición de sus derechos, con base en la presunción de que tales actos no se han llevado a cabo libremente, sino que han sido impuestos por la contraparte fuerte. Se trata, pues, de situaciones jurídicas «de tutela reforzada» en el plano sustancial, con normas cuya aplicación puede ser invocada siempre ante el juez. La mediación opera, en cambio, en sentido contrario, porque

presupone que el acuerdo entre las partes se alcance precisamente en la medida en que ellas *dispongan* de sus propios derechos (y no los tomen ni siquiera en consideración). En la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles, no hay duda de que esto representa un paso atrás: en efecto, se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho, y la posible intervención del juez para proteger ese derecho. Se prefiere en cambio un método de solución de la controversia que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad, y en particular a la necesidad de aceptar una solución que la parte fuerte le impone. Lo que se refuerza de esta manera no es la posición de la parte débil, sino la posición del sujeto que está en capacidad de explotar su propia supremacía económica y social.

Una consideración análoga puede hacerse a propósito de la cuarta dificultad. Esta dificultad surge a partir del movimiento, que se ha hecho particularmente importante e influyente en los últimos años, a favor de la afirmación y la protección de los derechos llamados *fundamentales* o *humanos*, como la vida, la libertad, la dignidad de las personas. Ante las frecuentes violaciones de estos derechos, se puede plantear el problema de cuál es el mejor método para resolver las correspondientes controversias, y en particular si las técnicas de ADR basadas en la mediación pueden ser empleadas válidamente. A este respecto, me parece que puede darse una respuesta positiva sólo si se piensa exclusivamente en las eventuales consecuencias económicas de la violación de un derecho fundamental: si se trata de dinero que el autor de la violación paga para resarcir el daño sufrido por la víctima, se puede incluso admitir que es posible llegar a un acuerdo que tendría —en comparación con un proceso largo e ineficiente— la ventaja relativa para la víctima de obtener probablemente poco, pero de inmediato.

Parece evidente, sin embargo, que los derechos fundamentales no pueden ser reducidos a las consecuencias económicas de su violación: por decirlo de alguna manera, la esencia de los derechos fundamentales está en el hecho de que no son convertibles en dinero. Es difícil pensar, en efecto, que una violación de los derechos de libertad o del derecho a una vida digna, sea integralmente compensable en dinero. De allí se deriva, no obstante, una implicación muy importante: la inadecuación estructural de cualquier forma de mediación, cuando el objeto del conflicto esté representado por la violación de un derecho fundamental y por la necesidad de asegurar la tutela de este derecho. En realidad, no parece aceptable una negociación que implique, por ejemplo, la disponibilidad de los derechos de libertad, en virtud de la cual el titular de estos derechos pueda ser inducido a aceptar una limitación de los mismos, o la disponibilidad del derecho a la vida o a la salud, en una mediación que implique la renuncia total o parcial a estos derechos.

A propósito de los métodos de ADR, surgen otros muchos problemas, como los que tienen que ver, por ejemplo, con la imparcialidad de los mediadores y de los árbitros, o con la corrección de su comportamiento en el ámbito de los correspondientes procedimientos, pero estos problemas no pueden

ser afrontados aquí. Las consideraciones recién desarrolladas parecen además suficientes para poner en evidencia al menos algunas de las inquietudes más importantes que surgen en relación con los métodos de ADR.

3. LA JURISDICCIÓN COMO ALTERNATIVA

Estamos, pues, ante un problema que se basa en una contradicción de fondo: de un lado, está la tendencia cada vez más fuerte a proponer, y a menudo a imponer, el recurso a las técnicas alternativas de resolución de las controversias configurándolas realmente como el mejor instrumento, o incluso como el único del cual se dispone, para afrontar los conflictos; del otro lado, existe la necesaria conciencia de los límites intrínsecos que caracterizan estos instrumentos, y que se concretan en su incapacidad para ofrecer siempre al ciudadano una protección efectiva de sus derechos.

Se explica de esta manera el título que le he puesto a estas reflexiones. Si las alternativas no son —o no son siempre— instrumentos adecuados para la tutela real de los derechos, habrá que pensar en una «alternativa a las alternativas». Dado que los métodos de ADR representan alternativas al proceso judicial, es en el proceso en lo que hay que pensar como «alternativa a las alternativas», derrotando así el modo habitual de plantear la cuestión. Más allá del juego de palabras, además, con esta formulación se plantea el problema fundamental en el ámbito de la resolución de las controversias. Si es cierto, como se ha señalado antes, que la razón más importante del éxito de las «alternativas» consiste en la crisis de eficiencia de la justicia pública, entonces tiene sentido erigir al proceso como alternativa válida —y eventualmente preferible— a los métodos de ADR, sólo si está en capacidad de asegurar una tutela efectiva y eficiente de los derechos.

No hay que olvidar, además, que el proceso es tradicional, estructural e institucionalmente, *el* método fundamental para la resolución de las controversias. Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental (aunque las cosas están cambiando en este sentido también en los ordenamientos asiáticos, tradicionalmente concentrados en los métodos conciliatorios), están orientados en este sentido: el complejo asunto de la elaboración y aplicación de las garantías constitucionales del proceso, desde el acceso a la justicia o el «proceso justo», hasta la obligación de motivación de las sentencias, es el testimonio más importante del papel central que se asigna al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su protección. No hay necesidad, pues, de argumentaciones elaboradas para ilustrar lo que significa la jurisdicción en la estructura de los ordenamientos modernos, y cómo la tutela jurisdiccional es un aspecto imprescindible en la concepción actual de los derechos del ciudadano. El problema, entonces, no es la discusión del papel de la jurisdicción y del proceso en el marco de los ordenamientos jurídicos: la posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces mediante procedimientos regulados por la ley y mediante decisiones justas y legítimas, se encuentra en la base de todo ordenamiento jurídico actual. Desde este punto de vista, parece entonces completamente obvio que

la jurisdicción es la verdadera «alternativa a las alternativas» y, es más, que es la «vía maestra» para la resolución de las controversias.

El problema, como ya se ha dicho, es otro y tiene que ver con la eficiencia de la jurisdicción y su efectividad en la tutela de los derechos. Sin embargo este problema no se resuelve, como algún legislador —por ejemplo el italiano— tiende a hacer, dejando que la jurisdicción siga siendo ineficiente y alentando u obligando a los ciudadanos a la que puede definirse propiamente como una *fuga de la jurisdicción*. 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.

4. EL PROCESO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE

La consistencia de las observaciones anteriores se ve confirmada por el análisis comparado de lo que ha sucedido en los últimos años en la mayor parte de los ordenamientos procesales, en los que se ha buscado —con frecuencia exitosamente— introducir reformas capaces de llevar el proceso judicial a ser el principal instrumento, y el más eficiente, de resolución de las controversias. Sin poder desarrollar aquí un análisis comparado de las principales reformas realizadas en los últimos años, parece útil, no obstante, indicar cuáles han sido las perspectivas más importantes desde el punto de vista de la puesta en marcha de métodos judiciales rápidos y eficaces de resolución de las controversias.

En primer lugar, es evidente la adopción —o el perfeccionamiento donde ya existía— de un modelo procesal idóneo para funcionar de manera suficientemente rápida. A este propósito, el punto de referencia ha sido en muchos casos en Europa continental (por ejemplo en la LEC española), el modelo austriaco-alemán basado en un procedimiento bifásico, con una fase preliminar dedicada a la preparación de la causa, y una fase instructiva destinada a concluirse con la sentencia. Este modelo está inspirado en los cánones de la máxima concentración posible, sobre todo en la fase de la práctica de la prueba. Se trata de un modelo con buenas experiencias, que ha dado resultados muy positivos en los casos en que se ha aplicado en Europa. En los sistemas de *common law*, la articulación del proceso en las fases de *pre-trial* y de *trial* representa el aspecto estructural más importante del procedimiento, y presenta muchas ventajas que indicaremos en breve.

Al contrario, es fácil ver que donde no se sigue este modelo o se aplica de manera inadecuada —como ha sucedido en Italia con las distintas reformas parciales que se han sucedido a partir de los años noventa— no se consiguen resultados significativos en términos de mayor rapidez del proceso civil. Las causas de las disfunciones de la justicia civil son varias y complejas —como demuestra, una vez más, el caso italiano— pero no hay duda de que entre estas causas tiene un papel importante el modelo de procedimiento que constituye la columna vertebral de la «máquina» procesal. En realidad, se podrá decir que no es suficiente un buen modelo procesal para resol-

ver los
model
así, si
puede
te larg

Ur
adapt
despil
no sea
cesale
Una f
nas de
eficac

La
multi
ciales
decir,
plo: tr
cacion
siste
simple
do, y
to má
más f
ritos
reque
ticado

La
Proce
vén tr
articu
acuer
funda
es el t
za lo
contro
la, y s

Al
gir la
través
blema

M
criteri
proce
ble, p

ver los problemas de la justicia civil, pero también es cierto que sin un buen modelo procesal, estos problemas no podrán resolverse nunca. Por decirlo así, si se dispone de un tipo de proceso que puede ser largo e ineficiente, se puede estar seguro de que en la práctica los procesos serán verdaderamente largos e ineficientes.

Un factor adicional de gran importancia lo constituye la posibilidad de adaptar el instrumento procesal a las necesidades de cada caso, evitando el despilfarro de recursos, cuando la naturaleza de la controversia hace que esto no sea necesario, y empleando el arsenal completo de los instrumentos procesales sólo cuando la complejidad de la causa efectivamente lo requiera. Una finalidad de este tipo puede perseguirse con distintas estrategias, algunas de las cuales son evidentemente equivocadas, mientras otras se revelan eficaces.

Las estrategias erróneas se ejemplifican en el caso italiano, en el que se multiplican —además del proceso «ordinario»— numerosos procesos especiales, distintos los unos de los otros y que se construyen «por materias», es decir, previendo procedimientos diversos para materias diversas (por ejemplo: trabajo, familia, Derecho societario, etc.). Aparte de las infinitas complicaciones producidas por esta proliferación de ritos especiales, el error consiste en no tener en cuenta que en toda materia puede haber controversias simples, para las cuales es suficiente un procedimiento simplificado y rápido, y controversias complejas, que en cambio requieren de un procedimiento más complicado y articulado. Se termina así empleando el rito ordinario, más formalista y largo, también para controversias simples, y empleando ritos que de muchas formas pueden ser sumarios, para controversias que requerirían del empleo de instrumentos procesales más complejos y sofisticados.

Las estrategias adecuadas tienen un ejemplo muy significativo en las *Civil Procedure Rules* inglesas que entraron en vigor en 1999, y en las cuales se prevén tres tipos de procedimiento, llamados *tracks*, diferentes entre sí por su articulación y grado de formalismo. Corresponde al juez elegir cada vez, de acuerdo con distintos criterios establecidos en la ley —que hacen referencia fundamentalmente a la naturaleza y la complejidad de la controversia— cuál es el *track* que mejor se adapta al caso concreto. De esta manera, se garantiza lo que podría llamarse una proporcionalidad entre la complejidad de la controversia y la complejidad del procedimiento que se utiliza para resolverla, y se emplean los recursos procesales disponibles.

Algo similar existe además en el proceso alemán, donde el juez puede dirigir la causa a través de una fase preliminar oral, simple y rápida, o bien a través de una preparación preliminar escrita y más compleja, según los problemas que surjan en cada caso de la controversia de que se trate.

Más allá de estos ejemplos particulares, realmente muy significativos, el criterio general que reclama ser seguido es aquel por el cual las formas de procedimiento deben configurarse e interpretarse de manera *elástica y flexible*, para poderse adaptar a las exigencias de cada controversia. Parece claro

—pero éste es un punto que merecería mayor profundidad— que el *dominus* de esta adaptación del proceso a las exigencias de cada caso, no podría ser sino el juez, quien debería estar dotado de los poderes necesarios para un efectivo *case management*. Y no las partes, porque en todo proceso siempre hay al menos una parte (es decir, el deudor que sabe que debe pagar, sobre todo si es la parte fuerte) que tiene interés en hacer que el proceso dure el mayor tiempo posible y proteja de manera ineficiente o no tutele de ninguna manera el derecho de la otra parte (es decir, del acreedor que tiene razón).

En el ámbito del proceso bifásico al que nos hemos referido, el aspecto tal vez más importante es el que concierne a la fase preliminar (o de *pretrial*), sobre todo en función del hecho de que esta fase no sirve sólo para preparar la causa para la fase siguiente y la eventual decisión con sentencia, sino que sirve también —y en algunos casos sirve sobre todo— para resolver la controversia evitando que siga adelante el proceso. También desde este punto de vista el caso paradigmático es el de Inglaterra, donde sólo un porcentaje limitadísimo de controversias (en torno al 2 por 100, y tal vez menos) supera la fase preliminar y llega al *trial* para la práctica de la prueba y el pronunciamiento de la sentencia. Es muy similar la experiencia estadounidense, dado que también en Estados Unidos la cantidad de procesos que llegan al *trial* es muy limitada. La razón de estos fenómenos es bastante clara, aunque a veces los instrumentos procesales por medio de los cuales suceden son técnicamente complejos. Dicha razón consiste en el hecho de que en el ámbito de la fase preliminar hay varios momentos en los que o bien las partes son inducidas a poner fin a la controversia, o bien el procedimiento puede terminarse con un pronunciamiento inmediato. El ejemplo principal de esta última eventualidad es el de la condena *in default*, o de los pronunciamientos de *striking out*, que se emiten inmediatamente a continuación de la contumacia de una de las partes, o tras la inobservancia de los términos perentorios dentro de los cuales deben llevarse a cabo determinadas iniciativas procesales.

Sin embargo, son más interesantes otros mecanismos que resultan ser muy eficaces en el sentido de provocar una terminación precoz de las controversias. Uno de estos mecanismos es el *payment into court* del Derecho inglés: consiste en la posibilidad de que el deudor demandado deposite la suma que considera deber a su acreedor, ante la secretaría del tribunal. El actor acreedor puede aceptar la suma, en cuyo caso el proceso termina, o rechazarla. En el segundo caso, el proceso continúa, pero si el acreedor obtiene con la sentencia una suma igual o inferior a la que no ha aceptado, será condenado al pago de las costas, aunque en realidad haya ganado. Se trata, como es fácil ver, de una forma particular de acuerdo entre las partes, que resulta ser muy eficaz en el sentido de que pone fin a numerosas controversias en el ámbito de la fase *pretrial*, incluso en función de los elevados costos de la justicia civil inglesa.

En Estados Unidos es sobre todo en el *discovery* que se favorece la obtención de un *settlement* entre las partes en la fase preliminar del proceso. Como se sabe, el *discovery* estadounidense sirve para varios fines, el principal de los cuales es el de permitir a todas las partes conocer todos los docu-

men
terce
dría
segú
las c
con
soma
mier
pect
ce se
de la
gan

5.

I
mue
dos
al co
so e

I
visió
inmu
tar e
versi
bast
toric
statu
los E

7
curs
se al
inter
la co

I
nuo.
inter
proc
suce
alca
cial,
méto
negc

I
puec

mentos o medios de prueba que están en manos de las demás partes o de terceros, e incluso interrogar anticipadamente a todos los testigos que podrían ser llamados en el *trial*. Además, el *discovery* se admite normalmente según criterios muy amplios, y por lo tanto pone a las partes (o al menos a las que utilizan esta etapa de manera adecuada) en posibilidad de valorar con buen criterio las propias posibilidades de victoria, y el riesgo al que se someten en caso de proseguir con el proceso hasta el *trial* y el pronunciamiento de la sentencia. Esta posibilidad de una valoración realista de las respectivas *chances* en el curso de la fase preliminar del procedimiento, parece ser un factor que influye decisivamente en la elección de las estrategias de las partes, y favorece la obtención de acuerdos de transacción que pongan fin a la controversia.

5. CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ALTERNATIVAS

Los ejemplos que se han traído de las experiencias inglesa y americana muestran que, en realidad, la alternativa entre proceso jurisdiccional y métodos conciliatorios de resolución de las controversias no es rígida y absoluta: al contrario, pueden existir formas de conciliación en conexión con el proceso e incluso en el interior del proceso.

En el ámbito de la primera categoría es particularmente relevante la previsión de un intento preliminar de conciliación, que se ubica en el momento inmediatamente anterior al proceso y que está destinado —en caso de resultar exitoso— a evitar la instauración de la demanda. Este intento puede preverse como facultativo o como obligatorio, y los ejemplos son numerosos: baste recordar, entre los intentos de conciliación consagrados como obligatorios, los que se han previsto en Italia para las controversias laborales y los *statutory grievance procedures* que deben anteceder al inicio del proceso ante los *Employment Tribunals* ingleses.

También la eventualidad de que se alcance un acuerdo conciliatorio en el curso del proceso es bastante común: en muchos ordenamientos, en efecto, se atribuye al juez la tarea de intentar la conciliación entre las partes: si el intento tiene éxito, el acuerdo entre las partes pone fin al proceso y resuelve la controversia.

Estos instrumentos tienen, sin embargo, un resultado incierto y discontinuo. En particular, la experiencia de algunos ordenamientos indica que el intento de conciliación efectuado por el juez, usualmente en la fase inicial del procedimiento, lleva raramente a resultados positivos. Puede suceder —y sucede muy a menudo— que mientras el proceso está en curso las partes alcancen un acuerdo, pero usualmente se trata de una transacción extrajudicial, a la que el juez permanece ajeno; esto no es ni siquiera un verdadero método alternativo de solución de la controversia, sino un normal acuerdo negocial con el que las partes redefinen sus relaciones.

La combinación entre métodos alternativos y procedimiento judicial puede asumir muchas formas, que no pueden ser analizadas aquí específi-

camente. Sin embargo, vale la pena señalar una combinación que por muchas razones parece interesante y que está comenzando —sobre la base del modelo ofrecido por la experiencia estadounidense— a ser utilizada en distintos ordenamientos. Consiste esencialmente en prever la posibilidad de que el juez, cuando lo considere oportuno, ponga a las partes ante un conciliador (en cuyo caso se tiene una *court-annexed mediation*) o ante un árbitro (caso en el cual se tiene una *court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo el proceso termina, mientras que si no lo alcanzan, vuelven ante el juez para la continuación del proceso. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la decisión del árbitro, poniendo así fin al proceso, o pueden no aceptarla, en cuyo caso el proceso prosigue. En ambas situaciones se pueden prever consecuencias negativas —normalmente en términos de costas procesales— a cargo de la parte que haya rechazado la solución del litigio —conciliatoria o arbitral— que luego resulta serle más favorable con respecto a la que al final del proceso establece el juez.

La característica fundamental de estas instituciones consiste en el hecho de que su activación no depende de la voluntad de las partes, sino de una decisión que el juez toma habiendo valorado la naturaleza de la controversia y la posibilidad de experimentar métodos de solución alternativos con respecto a la continuación del proceso y el pronunciamiento de la sentencia. Naturalmente, la voluntad de las partes es decisiva en cuanto a la aceptación de los resultados a los que llevan estos métodos y en cuanto a la necesidad de que el proceso prosiga, pero resalta particularmente el hecho de que sea el juez quien decide sobre la conveniencia de probar las vías alternativas.

Esto permite evitar pérdidas de tiempo en intentos que desde el inicio se muestran como destinados a fracasar, y adaptar el empleo de los métodos alternativos a la situación específica que surja en cada caso. Estos métodos presentan, de todas formas, otras ventajas que brevemente se exponen a continuación.

En primer lugar, estos métodos se ponen en marcha bajo el control del juez y ante órganos —de conciliación o de arbitraje— que el juez mismo indica. Puede también tratarse de órganos públicos o de servicios organizados al efecto: según el modelo de la llamada *multidoor court*, estos servicios podrían ser también instituidos en los tribunales, y bajo el control de las autoridades correspondientes. De esta manera puede garantizarse la seriedad y la imparcialidad de los conciliadores y de los árbitros, y también su preparación profesional, además de su capacidad de tratar a las partes de manera correcta y equitativa.

Un aspecto positivo adicional consiste en el hecho de que cuando la controversia se dirige a una *court-annexed mediation* o a una *court-annexed arbitration*, esto ya tiene una implicación jurídica: no sólo las partes ya han planteado sus posiciones y sus pretensiones, sino que también el juez ya ha definido una configuración jurídica de la controversia. En otras palabras, ya está claro el marco normativo dentro del cual deberá ubicarse la solución conciliatoria o arbitral. Entonces, no solo la dimensión jurídica no se queda

«tras
en cu

Er
que el
prepa
vo inc
se a f
mient
será, c
un me
tivo d
las pa

6. C

De
siones

La
contro
de de
jurisd
ción c

Na
dimie
la de l
ocurre
los ci
algun
acuer
ta ace
profu
la his
o Ingl
den e
los ci

La
condi
los m
to, de
soluci
no ob
fica q
ser to
res as
sencia

«tras la puerta», sino que constituye el punto de referencia que deben tener en cuenta conciliadores y árbitros.

En particular, pues, la *court-annexed mediation* tiene la ventaja de evitar que el juez se emplee en una tarea —la de mediador— para la cual no está preparado y que lo pone en una situación difícil: en efecto, si el juez es activo induciendo a las partes a alcanzar un acuerdo, corre el riesgo de inclinarse a favor de una u otra, o de «anticipar el juicio» de manera inadecuada, mientras que si permanece inerte, el resultado del intento de conciliación será, con toda probabilidad, negativo. Por el contrario, poner a las partes ante un mediador ajeno, le permite a éste desarrollar plenamente un papel efectivo de conciliación, y por lo tanto favorece la obtención de un acuerdo entre las partes.

6. CONCLUSIONES

De las consideraciones que preceden, se pueden trazar algunas conclusiones sintéticas.

La conclusión principal es que la «vía maestra» para la resolución de las controversias sigue siendo la jurisdicción. En muchos casos, cuando se trata de derechos indisponibles y en particular de derechos fundamentales, la jurisdicción representa más bien *el único* instrumento admisible para la solución de las controversias.

Naturalmente, es necesario que la jurisdicción se ejerza mediante procedimientos accesibles a todos y principalmente rápidos y eficientes en la tutela de los derechos de los ciudadanos. Si estas condiciones no existen —como ocurre aún en Italia— la solución no puede consistir en inducir u obligar a los ciudadanos a servirse de los métodos alternativos, con el fin de obtener *alguna* solución para sus controversias, incluso con la aceptación forzada de acuerdos no equitativos impuestos por la parte más fuerte. La única respuesta aceptable a los problemas de ineficacia de la justicia consiste en reformas profundas y radicales de la justicia civil y de la organización judicial. Además, la historia de las reformas procesales recientes, como en España, Alemania o Inglaterra, demuestra que es posible, es decir, que reformas adecuadas pueden efectivamente reducir los tiempos de la justicia civil, garantizando así a los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos.

La existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, la condición necesaria para que se plantee de manera correcta el problema de los métodos alternativos de solución de las controversias. Las partes, en efecto, deben ser puestas en condición de poder elegir entre distintas técnicas de solución de las controversias según sus preferencias, y entre esas técnicas, no obstante, debe existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluida la jurisdiccional, deben ser todas eficientes al mismo nivel. Es necesario entonces que los legisladores aseguren la eficiencia y la accesibilidad de la justicia pública: sólo en presencia de esta condición, es legítimo permitir a las partes elegir otros méto-

dos para la solución de sus controversias. Por el contrario, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, ello no sólo comporta una gravísima violación de las garantías constitucionales, sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables, y ya no objetos de una elección libre y discrecional de las partes.

Otra conclusión relevante va en el sentido de que entre la jurisdicción y los ADR no hay, como se ha mostrado, una alternativa radical. Al contrario, existen varias maneras de utilizar las técnicas de mediación y de arbitraje, incluso en el interior del proceso, en todos los casos en los que puedan resultar más funcionales para la solución de la controversia que el desarrollo completo del proceso destinado a concluirse con una sentencia. Un empleo inteligente de estas técnicas puede contribuir, de un lado, a aligerar la carga de trabajo de los jueces, y a favorecer la rápida obtención de soluciones aceptadas por las partes; y del otro lado, permite a la voluntad de las mismas partes manifestarse en un contexto regulado por la ley y controlado por el juez.

Por lo tanto, es evidente que el problema de las técnicas de solución de las controversias no puede ser planteado con la acostumbrada simplificación del tipo «o proceso o mediación», o bien «o proceso o arbitraje», cuya premisa implícita —pero no difícil de explicitar— es que el proceso debería abandonarse a su suerte y las partes deberían proceder ellas mismas —en el ámbito de lo llamado «privado»— a resolver sus conflictos. Al contrario: dado que la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio para soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente.

1.

(AD
dos
mos
esa
mer
de a
tro
to, a
bas
dos

vast
tant
dos
cua
mét

confi
venie
gráfi
hace
ALPA-

10. OBSERVACIONES SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS *

1. INTRODUCCIÓN

La referencia a los métodos alternativos de resolución de controversias (ADR, según las siglas de *Alternative Dispute Resolution* importadas de Estados Unidos), se ha convertido rápidamente en un lugar común —en los últimos años— especialmente en Italia y en algunos otros países. La difusión de esa referencia no ha ido, sin embargo, a la par con el conocimiento del fenómeno al que se alude: es cierto que muchos escriben en torno a cosas que de alguna manera se pueden reconducir a los ADR, pero al menos en nuestro país no son muchas las contribuciones realmente significativas. En efecto, a menudo se trata de descripciones superficiales e improvisadas en cuya base no hay un análisis serio de lo que representan efectivamente los métodos de ADR.

Estas páginas no pretenden, ciertamente, remediar una laguna tan vasta. Tienden, más bien, a subrayar algunos de los problemas más importantes con los cuales hay que enfrentarse cuando se habla de estos métodos. Además, como se verá algunos de estos problemas surgen también cuando uno se ubica en la perspectiva más específica que concierne a los métodos de ODR **.

* Con el fin de no recargar posteriormente la exposición, y también porque sería imposible confeccionar una bibliografía adecuada sobre todos los temas tratados en este escrito, parece conveniente indicar aquí, de manera absolutamente sintética e incompleta, algunas referencias bibliográficas que pueden ser útiles para profundizar al menos en algunos de los problemas a los que se hace referencia: ABEL, 1982; COHEN, 1966; CUOMO ULLOA, 2000 y 2004; FISS, 2003; GILLES, 1993; ALPA-DANOVI, 2004; MACAULEY, 1998; SILVESTRI, 1999; TARUFFO, 2004b y 1998b; VAN GINKEL, 2004.

** N. del T.: *Online Dispute Resolution*.

2. VARIEDAD DE LAS FORMAS DE ADR

Un primer problema que hay que afrontar es que el campo que usualmente se denomina con la expresión ADR no es simple ni homogéneo. Por un lado, en efecto, debe observarse que los métodos de solución de controversias que podrían considerarse como alternativos al proceso judicial, siempre han existido, incluso —como es obvio— de distintas maneras. Para limitarnos a la experiencia de los ordenamientos procesales modernos (es decir, a aquellos que surgen con las codificaciones procesales de finales del siglo XVIII y las del XIX), debe recordarse que ellos conocen ya los dos tipos fundamentales de métodos alternativos de solución de las controversias, vale decir, la conciliación y el arbitraje. Por otro lado, si se mira el panorama actual —tal como se presenta a escala nacional y supranacional— se descubre fácilmente una vasta gama de modalidades que sirven para resolver controversias de manera distinta al recurso a la decisión judicial. En líneas generales, sigue siendo decisiva la *summa divisio* entre la conciliación (llamada con frecuencia mediación, por imitación de la palabra angloamericana *mediation*), basada en la obtención de un acuerdo entre las partes en conflicto, y el arbitraje, fundado en el recurso a una verdadera decisión que se toma por un tercero o por un colegio de sujetos «privados» (en el sentido de que no son jueces estatales). Sin embargo, cada una de las dos grandes categorías se fragmenta en una multiplicidad de figuras, de técnicas y de mecanismos diversos, difícilmente reconducibles a una única, salvo de modo extremadamente sumario.

De un lado, existe ahora una variedad difícilmente catalogable de formas de conciliación-mediación. Palabras más, palabras menos, sería: civil o penal; judicial, extrajudicial o *court-annexed*; obligatoria o facultativa; facilitadora o reguladora; pública o privada; reglamentada o libre; con o sin la participación de un «mediador», que a su vez puede ser el juez o un sujeto público o privado; local, nacional o internacional; puede dar lugar a un título ejecutivo o a un acto puramente negocial; y así sucesivamente. Ante semejante variedad, parece difícil continuar utilizando la categoría unitaria de la conciliación-mediación: como se ha señalado, la única cosa que estas distintas experiencias tienen en común es el hecho de que, cuanto el intento tiene éxito, el conflicto entre las partes queda resuelto mediante la obtención de un acuerdo fundado en sus voluntades.

Del otro lado, existe también una variedad no menor de formas de arbitraje, que puede ser *ad hoc*, administrado o *court-annexed*; ritual o no ritual; en derecho o en equidad; nacional o internacional. Y conoce una pluralidad de regulaciones normativas, además de una variedad de manifestaciones en la experiencia práctica interna y transnacional. También a propósito del arbitraje resulta, por lo tanto, difícil y a menudo impropio hacer referencia a una categoría unitaria, salvo por el rasgo constante que representa el hecho de la autonomía de las partes para establecer si se recurre o no al arbitraje y para regular de distintas maneras su funcionamiento —en los límites en los que se permite la correspondiente regulación normativa— y por el hecho de que el laudo arbitral consiste en una verdadera decisión, de muchos modos asimilable a la que toma un juez.

Est:
cación
amplio
ce sust

3. RA

Un
la base
nes, m
te tant
y el pa
conflic

En
se fun
ejempl
temas
más de
tituido
sión ha
tintas l
del ide
compo
práctic
servaci
imperi
legales
mas, e
tinuar
cos id
cincue
tiendo
la rela
de las
rápida
ta mec
tradici
desde
el que
dente
ponde

En
cepció
resolu
sas, at
muy g

Estas constataciones son muy banales, pero de ellas se deriva una indicación importante: el conjunto de lo que se denomina ADR se ha hecho tan amplio y heterogéneo que el uso genérico e indiscriminado de la sigla carece sustancialmente de significado.

3. RAZONES PARA RECURRIR A LOS MÉTODOS DE ADR

Un segundo orden de consideraciones que vale la pena hacer, es que en la base del recurso a los distintos métodos de ADR hay razones y motivaciones, muy diversas según el caso, de tal manera que condicionan directamente tanto la regulación del método del que se trata, como su funcionamiento y el papel que desempeñan en el contexto más general de la resolución de los conflictos.

En algunos casos, el recurso a métodos alternativos al proceso judicial se funda en profundas y arraigadas tradiciones culturales. Al respecto, el ejemplo más significativo, con distancia, es el de la conciliación en los sistemas asiáticos: en China, la tradición confuciana que ha determinado por más de dos milenios la actitud hacia la resolución de los conflictos, ha constituido la base filosófica e ideológica en la que se encuentra fundada la aversión hacia el recurso a la justicia de los tribunales y el privilegio de las distintas formas de conciliación. Estudios recientes han mostrado que, al lado del ideal confuciano de la reconstrucción de la armonía social mediante la composición voluntaria de los conflictos, contribuyeron a dar apoyo a la práctica de la mediación densos intereses de casta, de clase social y de conservación de las formas tradicionales de poder, así como el interés del poder imperial de impedir que los conflictos se transformasen en controversias legales que podían poner en crisis los órdenes tradicionales. De todas formas, el cruce de estas razones ha permitido al método de la mediación continuar siendo «el» método de solución de los conflictos, a pesar de los vuelcos ideológicos y políticos que han caracterizado a China en los últimos cincuenta años. Sin embargo, no es casualidad que la tendencia se esté invirtiendo —aunque sea lentamente— en estos últimos años, en conexión con la relativa liberalización de la economía y con el impresionante incremento de las inversiones extranjeras: el sistema chino se va «occidentalizando» rápidamente, y esto comporta un mayor recurso a los tribunales —y en cierta medida al arbitraje— y en consecuencia un menor recurso a las formas tradicionales de mediación. Fenómenos análogos vienen produciéndose desde hace tiempo en otros ordenamientos asiáticos, como el de Japón, en el que sobreviven formas significativas de mediación, pero donde ya es evidente que la primacía de los métodos de solución de las controversias corresponde a los tribunales.

En otros casos, en la base del recurso a los métodos de ADR hay una concepción diferente de lo que se considera como la forma más conveniente de resolución de los conflictos. Se trata en realidad de situaciones muy diversas, aunque se observan algunos rasgos comunes. Para usar una categoría muy general, ya aceptada por el uso, se puede hablar de «justicia coexisten-

cial» para aludir a todas las formas de ADR a las que se recurre con el fin de evitar que el conflicto se afronte —y en muchos casos se agrave— mediante el encuentro individual de las partes, que se considera típico e inevitable en caso de que la controversia sea llevada ante un juez. En esta categoría entran, sin embargo, categorías histórica y estructuralmente muy diferentes. Por ejemplo, hay allí hipótesis de mediación que el legislador sugiere o impone en situaciones de hecho en las que la mediación se considera preferible al proceso judicial, porque se piensa que permite superar «pacíficamente» el conflicto, sin comprometer la continuidad de una relación destinada a durar en el tiempo. Es, por ejemplo, el caso de la mediación «familiar», pero también de la conciliación en materia de subcontratación, y en alguna medida también en la conciliación en materia laboral. En otras situaciones la finalidad que se pretende conseguir es la de no agravar conflictos intersubjetivos que podrían tener consecuencias graves —y desproporcionadas con respecto a la naturaleza del conflicto— si se siguiese la vía judicial: es el caso de la mediación penal recientemente confiada, en lo relativo a una serie de delitos de escasa importancia, a los jueces de paz. En otros casos, aun la opción a favor de formas «coexistenciales» de solución de las controversias se funda en elecciones de carácter político-cultural: en efecto, las elecciones de este tipo están en la base del surgimiento del «movimiento» a favor de los ADR en Estados Unidos a partir de los años sesenta. En este caso, se trataba de reaccionar contra una situación en la que el *adversarial system* individualista y competitivo que caracteriza los procedimientos judiciales norteamericanos, terminaba excluyendo de toda protección a ciertos tipos de controversias (sobre todo las *small claims*) y ciertas clases de sujetos (sobre todo minorías raciales y pobres), que por varias razones no podían afrontar los elevados costes del proceso. En esta perspectiva, el recurso a los métodos de ADR pudo verse, primero en Estados Unidos y luego a escala más amplia, como el instrumento principal para la protección de los derechos de todos aquellos sujetos que por razones económicas, étnicas o culturales, no pueden permitirse la justicia de los tribunales.

Es necesario observar, sin embargo, que las razones que con mayor frecuencia se encuentran en la base de una verdadera «carrera» hacia los métodos de ADR, y en particular hacia formas de conciliación-mediación, en realidad se encuentran menos calificadas en el plano cultural que en el de las elecciones políticas. Es necesario tener en cuenta estas razones, si no se quiere caer en el error de contentarse con imágenes idealizadas —y abstraídas de la realidad— de los fenómenos en cuestión. A veces, estas razones se reducen a la servil imitación de modas culturales: lo que era *fashionable* en Estados Unidos en los años sesenta y setenta, se pone de moda en Europa, y en particular en Italia, en los años ochenta y noventa, con el consabido retraso de veinte o treinta años con respecto al surgimiento del fenómeno que se toma como modelo. En el caso de la *mediation*, esto produce un fenómeno curioso: en Italia, se difunde el entusiasmo cuando ya en el lugar de origen la correspondiente moda cultural está hace tiempo en crisis, dado que desde inicios de los años ochenta la *informal justice* había sido sometida a críticas muy incisivas. Esto no implica que en Estados Unidos haya disminuido el

recurso a formas de mediación, que sigue siendo muy frecuente, pero sí que los entusiasmos ideológicos locales —seguidos por la cultura californiana de hace algunas décadas— parecen un poco caducos.

Con mucha más frecuencia, además, el recurso a los métodos de ADR no depende tanto de razones culturales cuanto de la constatada ineficiencia de los sistemas judiciales y procesales respecto de la difundida necesidad social de que numerosos conflictos —viejos y nuevos— sean afrontados y resueltos de alguna manera. Desde este punto de vista se puede decir que la preferencia por los métodos alternativos es inversamente proporcional a la funcionalidad de los instrumentos procesales disponibles.

Tres ejemplos pueden ilustrar adecuadamente esta afirmación. El primer ejemplo está constituido por Alemania. Se trata de uno de los países europeos en los que la administración de justicia civil es particularmente eficiente, sobre todo en términos de una reducida duración del proceso, y por lo tanto de los tiempos que las partes necesitan para llegar a una solución judicial de su controversia. En aquel país ciertamente no faltan algunas formas de conciliación, y no es raro que se recurra al arbitraje (especialmente en materia comercial), pero no se verifica una «carrera» hacia los métodos de ADR, cuya relevancia sigue siendo sustancialmente marginal en el contexto general de la resolución de controversias: en tal contexto, la función ciertamente primaria es la desempeñada por el recurso a la justicia de los tribunales. El segundo ejemplo, exactamente opuesto, está constituido por Italia. En el ámbito europeo, Italia es el país en el que la administración de justicia civil es cada vez más escandalosamente ineficiente. Reformas intentadas varias veces, sobre todo en los años noventa, han fracasado sistemáticamente en el objetivo de abreviar de manera sustancial la duración de los procesos. Además, tampoco las reformas actualmente en curso parecen ser capaces de producir resultados significativos en este punto. De esta ineficiencia y de la irreducible incapacidad de mejorar la situación, parece ser consciente el mismo legislador: en efecto, al tiempo que no se hacen reformas útiles y fracasan las que se intentan, el legislador desde hace años recurre consistentemente a las más diversas formas de mediación y de conciliación. En algún caso el legislador decide directamente, a veces instituyendo nuevas formas de conciliación, como en el caso de la conciliación «societaria» o en materia de subcontratación, y otras veces haciendo obligatorios los intentos de conciliación ya existentes, como sucede en materia laboral. En otros casos, el legislador busca alentar el desarrollo de formas de conciliación haciendo que los entes públicos o privados instituyan mecanismos de conciliación: es el caso de las cámaras de comercio, pero también el de los entes públicos o privados que deben ofrecer servicios de conciliación en materia societaria. En esencia, el legislador italiano envía a los ciudadanos un mensaje de este tipo: dada la proclamada incapacidad de ofrecer un sistema eficiente de administración de justicia por medio de tribunales, invitamos —u obligamos— a los ciudadanos que estén involucrados en una controversia, a utilizar formas de ADR y en particular varios tipos de conciliación. En otras palabras, estas formas deben llenar los colosales vacíos de protección, determinados por las disfunciones de los métodos judiciales de solución de controversias.

El tercer ejemplo está constituido por la solución de las controversias que surgen en el ámbito de la economía globalizada. Se trata de un contexto de gran importancia, que se ubica en una dimensión transnacional que va más allá de las competencias jurisdiccionales de cada Estado, y en el que no existen, por lo tanto, órganos judiciales que puedan resolver las controversias entre los sujetos del mercado global. En consecuencia, tales controversias no pueden ser afrontadas más que con métodos de ADR, esencialmente porque no hay una posibilidad efectiva de elección entre métodos judiciales (que no existen) y no judiciales (que son los únicos a disposición de las partes). No faltan formas de conciliación de las controversias transnacionales, pero el método ampliamente predominante está constituido por el arbitraje comercial internacional. Éste se ha convertido no sólo en uno de los métodos principales de elaboración del Derecho de la economía globalizada, sino también en el instrumento sin duda más importante de resolución de controversias. En realidad existen también otros métodos dotados de características peculiares y no reconducibles directamente a los modelos de la conciliación y el arbitraje, como los que sirven para resolver las controversias en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio. No hay duda, sin embargo, de que el arbitramento desempeña una función esencial como modo de solución de las controversias comerciales transnacionales, y en efecto las más importantes cámaras arbitrales internacionales, como la que existe en París en la ICC, son los «lugares» institucionales en los que se afrontan y resuelven dichas controversias.

4. EL ARBITRAJE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Ni siquiera un discurso sumario e incompleto —como el que aquí se está haciendo— sobre los métodos ADR, podría prescindir de algunas consideraciones en torno a los límites e inconvenientes que la experiencia de los diferentes métodos termina por evidenciar. En general, si uno observa desde el punto de vista necesario para la realización de una comparación, y eventualmente de una elección entre el método judicial y los métodos alternativos de solución de controversias, necesita tener en cuenta también las sombras y no sólo las luces de los métodos alternativos.

El discurso es relativamente más simple si se toma en consideración el arbitraje, incluso en la extrema variedad de sus formas y de las experiencias concretas del empleo del instituto. En líneas generales, surgen algunas ventajas y algunas desventajas del método arbitral. Entre las ventajas, se enumeran usualmente la rapidez y eficiencia, la reserva y la facultad de las partes para escoger los sujetos por los que preferirían ser juzgados. No siempre, sin embargo, estas ventajas son particularmente evidentes. A veces el procedimiento arbitral es muy complejo y por lo tanto también largo, y los términos fijados en la ley o por las partes pueden no ser suficientes para limitar su duración. Es necesario no olvidar que normalmente el laudo arbitral es impugnabile ante un juez y la impugnación abre un procedimiento que tiene los ritmos —y también la duración— típicos de un proceso judicial. Si se está en un sis-

tema se
se re
guirá
impu
parte
en lo
hay c
acue
tribu
arbit
men
hace
tes. I
coleg
tes, c
que l
ir en
parte
teriza
tral y
mane
tivo,
asun

E
más
son r
tarifa
nos e
retrib
tes).
un p
rapid
trapa
ment
tar of
frecu
parte
probl
tiva i
se pr
rre, p
cado
profe
papel
fesor
parac
algun

tema —como el italiano— en el que los procesos duran mucho, esta duración se reflejará sobre la eficiencia del arbitraje, puesto que las partes sólo conseguirán una solución definitiva de sus controversias al finalizar el proceso de impugnación (tal vez con varios grados de juicio). Es cierto, además, que las partes tienen la facultad de escoger los árbitros, pero esto funciona bien sólo en lo que tiene que ver con los árbitros de parte: por el contrario, a menudo hay dificultades para la elección del tercer árbitro, imparcial, que a falta de acuerdo entre las partes se le solicita a otros órganos (como presidentes de tribunales, presidentes de cámaras de comercio, entre otros). En los llamados arbitrajes administrativos, la elección de los árbitros o del tercer árbitro a menudo se le solicita al ente que administra el arbitraje. De tal manera, se hace evidente que se menoscaba la ventaja de la elección realizada por las partes. De otro lado, parece lícito tener dudas sobre la conveniencia de que el colegio arbitral esté compuesto también por árbitros designados por las partes, que a veces llevan al interior del órgano la animosidad y la parcialidad que les transmiten aquéllas. Sin embargo, la tendencia más difundida parece ir en el sentido de mantener la designación de los árbitros como obra de las partes. En esencia, pues, parece que la verdadera ventaja sustancial que caracteriza al arbitraje es la reserva de lo que tiene lugar en el procedimiento arbitral y de la decisión que lo concluye. La controversia, en efecto, se resuelve de manera estrictamente «privada» y esto representa un indudable aspecto positivo, especialmente para sujetos que no pretenden divulgar noticias sobre sus asuntos económicos.

En cuanto a las desventajas del arbitraje, no hay duda de que el aspecto más relevante está representado por los costos. Como se sabe, los árbitros son remunerados por las partes —a menudo sobre la base de las respectivas tarifas profesionales— y esto representa la diferencia fundamental, en términos económicos, con respecto al proceso judicial (en el que los jueces son retribuidos por el Estado y a expensas de la comunidad en lugar de las partes). A veces estos costos son muy elevados: puede darse que no representen un problema si las partes son particularmente adineradas, o si la relativa rapidez de las decisiones hace de todas maneras que valga la pena una contrapartida financiera relevante, pero en todo caso el arbitraje no es ciertamente económico (aunque en los arbitrajes administrados se tiende a limitar oficialmente los costos). Esto explica por qué el arbitraje es de uso poco frecuente en las controversias de valor económico limitado, o que involucran partes con reducidos recursos económicos. En algunos casos puede haber problemas adicionales. Así, por ejemplo, puede ser difícil garantizar la efectiva imparcialidad de los árbitros, especialmente cuando el nombramiento se produce dentro de un ámbito de sujetos bastante restringido (como ocurre, por ejemplo, en el arbitraje comercial internacional, en el que el «mercado de los árbitros» no es muy amplio). En realidad, sucede que los mismos profesionales son a veces árbitros y a veces abogados, e intercambian sus papeles con facilidad. Puede ser difícil también asegurar la competencia profesional de los árbitros, que no siempre son elegidos sobre la base de su preparación y experiencia. Un problema adicional parece estar representado en algunos ordenamientos, como el italiano, por la creciente tendencia a «for-

malizar» el procedimiento arbitral con la introducción de normas cada vez más numerosas y detalladas, que disponen mayores garantías para las partes, pero hacen disminuir la funcionalidad del mecanismo: así, el arbitraje ritual tiende a asimilarse cada vez más a un proceso judicial, y el arbitraje no ritual tiende a asemejarse al arbitraje ritual.

5. LA CONCILIACIÓN: VENTAJAS Y PROBLEMAS

Más complejo es el discurso que tiene que ver con las ventajas y desventajas de la conciliación-mediación porque, entre otras cosas, presenta diferencias y variaciones mucho mayores que las que se encuentran a propósito del arbitraje. Sin embargo, parece posible formular a este respecto algunas consideraciones de orden general.

En cuanto a las ventajas, son inherentes a las razones que usualmente se invocan para justificar la preferencia que se expresa por el empleo de métodos de tipo conciliatorio. De un lado, se trata de la predilección por métodos de justicia «coexistencial»: donde sea posible, es preferible por muchas razones (éticas y sociales antes que jurídicas), que las controversias se resuelvan —y los conflictos se superen— de modo *soft*, mediante el encuentro de las voluntades de los sujetos en conflicto, en lugar de hacerlo mediante una decisión *tranchante* tomada por un juez que sólo puede dar razones o motivos de manera rígida, de acuerdo con lo que impone la ley aplicable a cada caso. Este método no sólo puede ser útil —como ya se ha señalado— para preservar relaciones entre las partes que están destinadas a durar en el tiempo (como en el caso de relaciones de familia en muchos casos de relaciones comerciales o laborales), sino que evita que las controversias degeneren en conflictos irresolubles y, por lo tanto, sirve para asegurar un nivel apreciable de paz social. Del otro lado, surge la función en sentido *supletorio* que desempeña la conciliación, a causa de las ineficiencias de la justicia estatal. Sujetos que por varias razones —sobre todo de carácter económico— no pueden permitirse las lentitudes y costos del proceso, y que por lo tanto no encontrarían ninguna satisfacción de sus pretensiones por la vía judicial, pueden conseguir una protección útil de sus intereses mediante mecanismos conciliatorios. En esencia, si la justicia del Estado no está disponible en lo concreto, el recurso a alguna forma de conciliación puede producir resultados útiles. A esto se añade que usualmente la conciliación es poco costosa, o no cuesta nada, y que una reducción adicional de los costos podría derivarse de la eventualidad de que las partes no se hagan representar por abogados. Un elemento positivo adicional puede estar constituido por el hecho de que las partes de la controversia participan directamente del procedimiento conciliatorio, en el que pueden expresar sus propias posiciones y sus propias pretensiones, y tienen el control del resultado del mismo, dado que el acuerdo conciliatorio se obtiene únicamente cuando ambas partes expresan su libre consentimiento sobre el orden de intereses que han alcanzado de común acuerdo.

Frente a estos aspectos positivos, que no son para nada menospreciables, hay sin embargo numerosos aspectos negativos que deben ser tomados en

cuent
todos
senta
so dis
o «m:
en ca
aspec
siguie
litera

—
liator
te, el
do si
conci
ficar
Pued
ra las
sia. P
posib
nes, y
gurac
de qu
injust
trapu
nunci
ejemp
está e
que ti
la pre
de co
plejid
nuye
tes m
aboga
tírsele
recer
mayo

—
opera
«cual
Por e
profe
rias s
cuanc
prepa
que p
Al res

cuenta. Naturalmente, cada forma específica de conciliación no presenta todos estos aspectos negativos (así como cada forma de conciliación no presenta todos los aspectos positivos que se acaban de indicar): se puede incluso distinguir entre modalidades de conciliación «buenas» y «menos buenas» o «malas», según qué aspectos negativos —y con qué intensidad— presente en cada momento. Sin pretensión alguna de completitud, entre los mayores aspectos negativos de estas formas de conciliación se pueden indicar los siguientes, que han sido señalados desde hace tiempo por una abundante literatura:

— Una crítica que se dirige a menudo a muchos procedimientos conciliatorios es su «escasa visibilidad», que se deriva del hecho de que, usualmente, el procedimiento de conciliación no está regulado por normas y es dejado sustancialmente a la discrecionalidad del sujeto que opera como conciliador. La «escasa visibilidad» implica también la imposibilidad de verificar desde el exterior si el procedimiento se ha desarrollado correctamente. Puede suceder, pues, que en tal procedimiento no estén aseguradas ni siquiera las garantías mínimas para los sujetos que forman parte de la controversia. Puede suceder, en efecto, que una parte o ambas no hayan tenido una posibilidad concreta y efectiva de expresar y justificar sus propias pretensiones, y de hacer valer sus propias razones. En particular, puede no estar asegurada una paridad razonable de posiciones entre las partes, con el riesgo de que la parte «más fuerte» imponga a la parte «más débil» un acuerdo injusto, que no asegure un compromiso equitativo entre las posiciones contrapuestas. Cuando esto ocurre, una parte «débil» puede verse inducida a renunciar a sus derechos —que podrían estar mejor tutelados en otra parte, por ejemplo en un proceso— únicamente por el hecho de que la parte «fuerte» está en capacidad de chantajearla o abusar de ella. Un problema adicional que tiene que ver con las partes, es si debe requerirse, permitirse o excluirse la presencia de abogados que les asistan en el desarrollo del procedimiento de conciliación. Todas las soluciones de este problema pueden suscitar complejidad: la obligatoriedad de la defensa técnica aumenta los costes y disminuye la eficiencia del procedimiento; el carácter facultativo permite a las partes más fuertes reforzar adicionalmente su propia posición sirviéndose de un abogado, mientras que la parte débil podría no estar en capacidad de permitírselo; finalmente, la exclusión de los abogados termina igualmente por favorecer la posición de la parte cultural y económicamente más fuerte, que tiene mayor posibilidad de imponer sus propias pretensiones.

— Otro aspecto muy importante tiene que ver con la figura del sujeto que opera como mediador-conciliador. Ha hecho carrera la convicción de que no «cualquiera» está en capacidad de desempeñar adecuadamente esta función. Por el contrario, se considera necesario no sólo una adecuada preparación profesional, en función de la cual es necesario que aquél conozca las materias sobre las que versa la controversia (incluyendo conocimientos jurídicos cuando la controversia implique cuestiones de Derecho), sino también una preparación *específica* relativa a las técnicas de mediación y a los métodos que pueden seguirse para facilitar la obtención del acuerdo entre las partes. Al respecto, hay en el mercado cursos de formación profesional de distinta

naturaleza, algunos de los cuales están en capacidad de proporcionar una preparación seria, y distintos entes —como las cámaras de comercio— disponen de personal preparado que gestiona las formas de conciliación administrada. Además, es indispensable que el mediador-conciliador se encuentre en una posición de absoluta independencia con respecto a los intereses en conflicto, y de absoluta imparcialidad en relación con las partes. Es evidente, en efecto, que un conciliador no independiente y no imparcial, difícilmente puede guiar a las partes hacia la obtención de una equitativa conjugación de los intereses en conflicto. Estos requisitos del mediador-conciliador son muy importantes no sólo para asegurar la aceptabilidad del resultado del procedimiento conciliatorio, sino también para distinguir la conciliación verdadera de distintas formas de pseudoconciliación que son frecuentes en la actualidad. Se trata de las hipótesis en las que quien predispone un contrato por adhesión (por ejemplo un banco o una compañía de seguros) inserta en el contrato una «cláusula de conciliación» con base en la cual las eventuales controversias que nazcan de tal contrato deben ser sometidas a «oficinas de conciliación» que se ponen a disposición del sujeto que predispone el contrato. Esta claro que semejantes «conciliadores», no son ni independientes ni imparciales, puesto que más bien son una emanación de una de las dos partes en conflicto: en consecuencia, sería más correcto hablar de «oficinas de reclamaciones» en las que se hace una primera discusión de la controversia (que puede también llevar a alguna satisfacción de las pretensiones del reclamante), más que de formas de conciliación.

— Un problema importante adicional que surge a propósito de la conciliación, tiene que ver con la relación entre el desarrollo y el posible resultado de la conciliación y los derechos de las partes involucradas en la controversia. Los partidarios de la conciliación como método preferible de solución de los conflictos, dicen a menudo que el Derecho —o la dimensión jurídica de la controversia— debería quedarse «tras la puerta» del lugar en el que se intenta la conciliación. En otros términos, el conciliador y las partes deberían «olvidar» que la controversia involucra derechos de las partes, para concentrar la atención sólo en los «intereses» en juego. Puede suceder que tener en cuenta solamente a los intereses, descuidando los derechos, facilite la obtención del acuerdo entre las partes y que, por lo tanto, aumenten las *chances* de éxito de la conciliación. Sin embargo, hay dificultades que no pueden ser dejadas de lado. Por un lado, si es necesario que las partes renuncien del todo a hacer valer sus posiciones jurídicas, porque de esta manera pueden alcanzar mejor un acuerdo, esto implica que la solución conciliatoria que se alcanza no constituye ciertamente la «mejor» solución de la controversia. A lo mejor puede ser considerada como una solución subóptima: si para alcanzar un acuerdo debo previamente excluir la dimensión jurídica de mis pretensiones, entonces es evidente que la solución óptima es la que tiene en cuenta tal dimensión y protege mis derechos. La solución óptima, entonces, es la que puedo conseguir en la vía judicial, mientras la solución conciliatoria resulta ser una solución alternativa, que puedo aceptar *faute de mieux*, pero que ciertamente no es, en principio, la preferible. De allí se deriva que excluir la dimensión jurídica de la controversia del contex-

to de
tener
priori
estipu
no só
ciliac
en la

Po
dicas
los ac
en efe
«indi
ción»
En va
prote
no pu
ca se
sujeto
traba
el tra
ment
a la
admi
reale
de la
prote

D
dame
rech
tando
trans
derec
to a l
partic
nume
refor
titula
posib
derec
cidos
acue

6. 1

C
los n

to de la conciliación no sea sostenible: por el contrario, tal dimensión se debe tener en cuenta también en el ámbito de la conciliación. Esto no impide a priori que las partes realicen un acuerdo de conciliación, pero asegura que estipulen dicho acuerdo con la conciencia de que se refiere a sus derechos y no sólo a sus intereses. Además, nada excluye que también mediante la conciliación se consiga una protección aceptable de los derechos involucrados en la controversia.

Por otro lado, es necesario considerar que no todas las situaciones jurídicas pueden o deben dejarse al libre juego de la voluntad de las partes y de los acuerdos que ellas puedan estipular mediante la conciliación. De un lado, en efecto, hay que considerar que hay diferentes derechos que se consideran «indisponibles», y por lo tanto se sustraen a todas las formas de «disposición» de los mismos, y, en consecuencia, de la posibilidad de conciliación. En varios casos la indisponibilidad de una situación jurídica se deriva de la protección de intereses públicos, sobre los cuales la voluntad de las partes no puede incidir; en otros casos, la indisponibilidad de una situación jurídica se configura para proteger a su titular contra actos de voluntad del mismo sujeto que podrían perjudicarlo. Es el caso de muchos de los derechos del trabajador, que se configuran como indisponibles justamente para evitar que el trabajador —parte débil de la relación laboral— sea inducido indebidamente a renunciar a sus derechos. En estos casos, la posibilidad de recurrir a la conciliación no está excluida en absoluto; sin embargo, el legislador admite el recurso a la conciliación (y a veces lo impone) sólo cuando la naturaleza del órgano de conciliación es tal que puede asegurar que la posición de la parte débil se tendrá en cuenta adecuadamente y será suficientemente protegida.

De otro lado, hay que tener en cuenta un fenómeno que se extiende rápidamente en los últimos años, representado por el surgimiento de los «derechos fundamentales» o «de la persona». La tendencia que se va manifestando, tanto en Italia como en muchos otros países y también a escala transnacional, no va sólo en el sentido de reconocer la existencia de estos derechos, sino también en el de proveerles una tutela reforzada con respecto a la de las situaciones jurídicas ordinarias, pues se trata de derechos de particular importancia individual y social, que no obstante están sujetos a numerosas posibilidades de violación. Un aspecto sustancial de esta tutela reforzada consiste en sustraer estos derechos a la libre disponibilidad de sus titulares, haciendo que de todas maneras estén tutelados al máximo nivel posible. Además, sería difícil imaginar que derechos fundamentales como los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad, pudieran ser reducidos al rango de meros «intereses» negociables de cara a la obtención de un acuerdo conciliatorio.

6. CONCLUSIÓN: DE LOS ADR A LOS ODR

Como resulta de las observaciones hechas hasta ahora, el panorama de los mecanismos de ADR es más vasto y diversificado que nunca. Amplio y

completo es también el panorama de los problemas que caracterizan la configuración de estos métodos y su funcionamiento. En particular, surge una tensión bastante fuerte entre la eficiencia de estos métodos y los costos que la misma comporta en términos de tutela de los derechos y de protección de las «partes débiles» de las controversias que se trata de resolver. Entonces, una cuestión que puede plantearse es si, cuándo y con qué modalidades, los métodos de ODR están en capacidad de satisfacer las principales exigencias que se han señalado a propósito del arbitraje y la conciliación.

Parecen intuitivamente evidentes, en efecto, las ventajas que en términos de eficiencia se derivan del empleo de sistemas de ODR. Lo que queda por establecer es si tales sistemas son considerables también en términos de protección adecuada de las posiciones de las partes de la controversia, de corrección del procedimiento, de control efectivo de las partes sobre el resultado del procedimiento y —*last but not least*— de razonabilidad y previsibilidad de los correspondientes costos. En el caso particular del arbitraje *online*, hay que preocuparse también de la competencia y la imparcialidad del árbitro, dado que —como se ha observado— el árbitro decide la controversia con efectos vinculantes para las partes. En el caso de la *conciliación online*, hay que hacer que las partes sean plenamente conscientes de la naturaleza y de las consecuencias del procedimiento que están empleando y —cuando haya intervención de un tercero en la función de mediador— es necesario que sea imparcial y garantice la corrección del procedimiento y la posibilidad equitativa de las partes para hacer valer las respectivas posiciones.

Pueden plantearse muchos otros problemas a propósito de los métodos de ODR, pero no es éste el lugar para hacerlo. De todas maneras es conveniente resaltar que estos problemas existen y no están resueltos a priori sólo por el hecho de que se trate de sistemas que funcionan *online* y no de la manera tradicional. Existe también el riesgo de que pongan en peligro las posiciones de las partes —y en particular de las partes débiles— más de lo que sucede, y con modalidades más sofisticadas, en las formas usuales de arbitraje y conciliación. De ello se sigue una indicación simple pero importante: la eficiencia y la funcionalidad no son el único instrumento idóneo para medir las cualidades de los métodos de ODR; también su capacidad de realizar una protección eficaz de las posiciones de las partes involucradas en la controversia, constituye un banco de prueba esencial para establecer qué formas de ODR pueden constituir una alternativa válida a las formas tradicionales de tutela de los derechos.

1
sona
al m
na e
da d
men
reso
da y
las p
nes ;
en e
busc
cada
pues
tro
situ
exce
med
tivo
la q

J
gula
se h
lada
grup
no s
bilic
casc
tivo