

LOS LLAMADOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS VISTOS DESDE EL PROCESO CIVIL  
¿LA JUSTA REALIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL VS.  
LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

ÁLVARO J. PÉREZ RAGONE\*  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
JUAN C. COPANI\*\*  
Universidad Nacional de La Plata

## RESUMEN

La discusión actual sobre modelos institucionales asociados al mal funcionamiento y poca eficiencia del poder judicial abarca materias desde el acceso a la justicia, mecanismos alternativos hasta la legitimidad y aceptación de la decisiones. El origen de los Medios Alternativos de Resolución de Conflicto (MARC) difiere en las experiencias de los países del sistema Continental Europeo (donde tomamos como ejemplo a Alemania) del tenido en los Estados Unidos de América. Si se quiere dar cabida (obligatoria, facultativa) a los MARC, se debe prestar atención a su relación con el proceso civil, y en este trabajo así lo tratamos. No creemos que podamos hablar de algo "alternativo" al proceso civil por su estructura y fines. El proceso civil tiene que alcanzar sus metas

## ABSTRACT

Much contemporary discussion in this field, and associated projects of institutional design, are taking place under the wide ranging but imprecise label of the Judiciary and its efficiency (from access to justice and the adjudication legitimacy). The reasons of origins and development of ADR are different in Civil Law (we explain the Germany experience) and American Law. If a common linking theme is sought, we argue that this must lie in a general shift of priorities as between judgement and settlement in ideological comparative terms in regards of the civil procedure. It is not right to present a "alternative" to legal process, when we are treated different institutes. The civil procedure has to achieve their goals according to the "Procedural Justice", which offers a

---

\* Abogado-LL.B. (U.N.T./Argentina), LL.M. y Doctor en Derecho (Universidad de Colonia/Alemania), Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Avda. Brasil 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl

\*\* Abogado (U.N.L.P., Argentina). Ayudante colaborador de la cátedra de Derecho Procesal Civil (Prof. Berizonce). Colaborador del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Dirección postal: Plaza Mitre 83, Buenos Aires City Bell, La Plata CP (B1896IIA), Argentina. Correo electrónico: juancc@netverk.com.ar

según la “justicia procesal”, que ofrece una teoría adecuada para el resguardo del derecho material y la resolución de conflictos, colaborando por consiguiente a resolver conflictos, a la paz social y al perfeccionamiento mismo del Derecho. La idea base detrás de la necesidad de actuación y realización jurisdiccional del Derecho es la legitimidad de la sentencia fundada en la participación, el perfeccionamiento y la tutela del derecho material. Presentamos preguntas abiertas desde el proceso civil sobre los MARC, la resolución de conflictos, la relación entre el derecho material-formal y el proceso legal.

PALABRAS CLAVE: Proceso judicial – MARC-ADR – Resolución de conflicto – Justicia procesal y material.

theory of procedural fairness for civil dispute resolution. The core idea behind the theory is the procedural legitimacy thesis: participation rights are essential for the legitimacy of adjudicatory procedures. The theory yields two principles of procedural justice: the accuracy principle and the participation principle. This paper presents open questions about the conflicts resolution, the relation between substantial and formal law and the legal process.

KEY WORDS: Adjudication – MARC-ADR – Conflict resolution – Procedural and substantive justice.

## I. INTRODUCCIÓN\*\*\*

“Arreglar es mejor que ir a juicio” reza el refrán. Los mecanismos paralelos de “justicia privada, cooperativa o no confrontacionista” como alternativos a la justicia estatal son centrales en la discusión procesal contemporánea. La difusión de instituciones que brindan estos servicios, como la implantación legislativa de vías extrajudiciales, en algunos casos prejudiciales obligatorias se ha intensificado en los últimos 10 años en los países de tradición Continental-Europea. En un país de referencia como Alemania antes y luego de las reformas del 2002 se dio tratamiento prioritario al tópico<sup>1</sup>. No solo reviste interés para las partes que puedan

---

\*\*\* *Abreviaturas:* AcP = *Archiv für die civilistische Praxis*; EuGRZ = *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*; *Revista Europea de Derechos Fundamentales*; IPRax. = *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*; JBl. = *Juristische Blätter*; JA = *Juristische Ausbildung*; JZ. = *Juristen-Zeitung*; JR. = *Juristische Rundschau*; MDR. = *Monatsschrift für Deutsches Recht*; NJW. = *Neue juristische Wochenschrift*; ÖJZ. = *Österreichische Juristen-Zeitung*; Rpfleger. = *Der Deutsche Rechtspfleger*; ZeuP. = *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*; ZZP. = *Zeitschrift für Zivilprozess*; ZvgRWiss. = *Die Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*; ZZPInt. = *Zeitschrift für Zivilprozess International*; WM. = *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*.

<sup>1</sup> Son pioneras las obras en lengua alemana de BLANKENBURG, Erhard - KLAUSA, Ekkehard - ROTTLEUTHNER, Hubert (Editores), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, *Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 6 (Opladen, 1980), *passim*; BLANKENBURG, Erhard - GOTTWALD, Walther - STREMPPEL, Dieter (Editores), *Alternativen in der Ziviljustiz, Berichte, Analysen, Perspektiven* (Colonia, 1982), *passim*; GOTTWALD, Walther, *Streitbeilegung ohne Urteil- Vermittelnde Konfliktregelung alltäglicher Streitigkeiten in den Vereinigten Staaten aus rechtsvergleichender Sicht* (Tübingen, 1981), pp. 5-20; entre las obras contemporáneas véanse: GOTTWALD, Walther - STREMPPEL, Dieter (Editores), *Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung* (Colonia, 1995); BREIDENBACH, Stephan, *Mediation. Struktur- Chancen und Risiken von Vermittlungen im Konflikt* (Colonia, 1995), *passim*; BREIDENBACH, Stephen - HENSSLER, Martin, *Mediation für Juristen, Konfliktbehandlung ohne*

intervenir, sino también para el propio Estado en su función jurisdiccional que se vería aliviado y descongestionado en múltiples áreas desde la civil y laboral hasta la penal y administrativa. Que tomemos como ejemplo ese país no es anecdótico, el Poder Judicial tiene alto grado de aceptación y es mundialmente conocido su proceso civil como altamente eficiente y adecuado. Similar atención ha despertado la materia en otros países del sistema Continental-Europeo y en especial en Latinoamérica. Las soluciones amistosas, sean judiciales o extrajudiciales –bien lo dice la nota de “alternativas”– serían no sólo un camino paralelo con un mismo destino con relación al proceso jurisdiccional, sino que garantizarían la efectiva solución de conflictos con celeridad, eficiencia y aceptación social. Son los propios interesados quienes arriban a una solución partiendo de la confianza, el consenso, la autonomía y la cooperación. Esto es celebrado como la superación de la clásica visión confrontacionista del “abogado litigante” o “adicto al juicio”<sup>2</sup>. El nivel de sobrecarga de los tribunales y su ineficiencia son el contexto de estas proposiciones, al menos en los países de tradición Continental-Europea. Los medios alternativos brindarían al justiciable la posibilidad de acceder a mecanismos que satisfagan mejor sus intereses cualitativa y cuantitativamente y que al mismo tiempo ayuden al poder judicial a que se concentre en aquellas cuestiones que requieren a cómo dé lugar su intervención mediante una sentencia<sup>3</sup>.

La conclusión del razonamiento es la misma y se llama Métodos/Modos/ Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Pero minimizar el análisis a datos numéricos del aumento de la litigiosidad es desatender otras causas, como la de una sociedad más interactiva, internacionalizada y globalizada y por ende nuevos fenómenos que eran desconocidos antes por los sistemas jurídicos. Y decimos sistema jurídico porque no podemos aislar las normas de derecho ma-

---

*gerichtliche Entscheidung* (Colonia, 1997), *passim*; DUVE, Christian, *Mediation und Vergleich im Prozess* (Colonia, 1999), esp. pp. 2-25; HAFT, Fritjof, *Verhandeln und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit* (2a. ed., Munich, 2000), *passim*; HAGER, Günther, *Konflikt und Konsens. Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen zur Streitschlichtung* (Tübingen, 2001), esp. pp. 5-45; BREIDENBACH, Stephan - COESTER-WALTJEN, Dagmar - HEB, Buckhard - NELLE, Andreas - WOLF, Christian, *Konsensuale Streitbeilegung* (Bielefeld, 2001). A ello súmese los artículos de investigación sobre el tema en especial: PRÜTTING, Hanns, *Schlichten statt Richten?* en *JZ.* (1985), p. 261; PROPPE, Helmut - KRAPP, Thea, *Außergerichtliche Verfahren- Alternative zur Ziviljustiz?* en *JA.* (1990), p. 65; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, *Schlichten statt Richten-Möglichkeiten und Wege außergerichtlicher Streitbeilegung*, en *Driz.* (1996), p. 267; SCHÜTZE, Rolf, *Alternative Streitschlichtung- Zur Übertragbarkeit ausländischer Erfahrungen*, en *ZvglRWiss.* 97 (1998), p. 117; GOTTWALD, Walther, *Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung der Mediation*, en *WM.* (1998), p. 1257; STADLER, Astrid, *Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung*, en *NJW.* (1998), p. 2479.

<sup>2</sup> Esto según Prütting, Hanns, *Schlichten statt Richten?* En *JZ.* (1985), p. 261. En detalle en la perspectiva del Proceso Civil Europeo ver STÜRNER, Rolf, *Formen der konsensualen Prozessbeendigung in den europäischen Zivilprozessrechten*, en BREIDENBACH, Stephan - COESTER-WALTJEN, Dagmar - HEB, Buckhard - NELLE, Andreas - WOLF, Christian, *Konsensuale Streitbeilegung* (Bielefeld, 2001), pp. 5 ss.; El Mismo, *Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streitverledigung*, en *JR.* (1979), p. 133.

<sup>3</sup> Ver Jenkel, Carolin, *Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in Zivilsachen* (Berlin, 2002), pp. 5-30; Hartges, Monika, *Außergerichtliche Konfliktlösung in Deutschland*, (Bremen, 2003), pp. 1-40.

terial con un crecimiento y modificación permanente, lo que contrasta con la lentitud de las adecuaciones procesales. El aceleramiento a los cambios sociales, la tecnificación e informatización han tenido un rol decisivo<sup>4</sup>. El poder judicial recargado y elefantiásico debería asumir un rol secundario y subsidiario. Las relaciones impersonales, anónimas y de masa desdibujan el conflicto y ponen en jaque al aparato estatal exigiéndole una eficiencia inalcanzable<sup>5</sup>. Por otro lado el justiciable, en otro momento ignorante de sus deberes y derechos en un negocio civil, comercial o en una estructura familiar, fue adquiriendo conocimientos con mayor intensidad, incluso de cómo actuar frente al quebrantamiento de las normas sustanciales, incluso de a quién, cómo y cuándo acudir para hacer valer sus derechos. La asistencia jurídica gratuita, la innecesariedad de asistencia legal obligatoria para algunas causas, los intereses de consumidores y usuarios, la protección de intereses colectivos y difusos (Derecho Ambiental y de Consumidores por ejemplo), son algunas de las aristas ya conocidas por el ciudadano que ve más abierta la posibilidad de acudir a tribunales. Su sobrecarga entonces no debería ser una sorpresa<sup>6</sup>. La justicia, entendida como la satisfacción —o el sentimiento de satisfacción— de un interés en igualdad formal y material es cada vez más reconocida y exigida. Pero es un bien entre otros muchos con los que cuenta la sociedad. Ello es escaso y que debe ser repartido sujeto a un criterio para su distribución. Compite con la seguridad, la paz, el orden y si bien puede calificarse como el mayor de los valores, no por ello excluiría a los “menores”<sup>7</sup>.

En este trabajo, no pretendemos dar una respuesta unívoca y universal al dilema que presentamos en el título; todo lo contrario, queremos poner sobre el tapete una serie de interrogantes abiertos intentando brindar un análisis de los diferentes institutos que existen para resolver conflictos (privados y públicos) con sus similitudes, diferencias y, principalmente la relación entre ellos y el derecho material. Así comenzamos con una descripción del surgimiento de los ADR/MARC en dos sistemas que consideramos paradigmáticos: Estados Unidos y Alemania (II). Éste último es una buena muestra del desarrollo del tema en otros países del Sistema Continental-Europeo. El siguiente punto (III) presenta la “resolución de conflictos y los métodos alternativos desde diferentes modelos. Haremos un panorama de los mismos y sobre el proceso judicial. Luego se analizarán la razón de ser del proceso judicial en comparación con los medios alternativos. Finalmente (IV-VI) desarrollaremos nuestra posición sobre estos partiendo de la tesis de que no se los puede considerar como sustitutos o alternativos del proceso judicial, pero sí

<sup>4</sup> THIÈRE, Karl, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess* (Bielefeld, 1980), pp. 5-15; cfr. SNYDER, Francis G., *Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction*, en *British Journal of Law & Society* 8 (1981), pp. 141-179.

<sup>5</sup> BÖHM, Nikolas, *Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften* (Colonia, 2000), p. 10-25; cfr. BÜHL, Walter, *Theorien Sozialer Konflikte* (Darmstadt, 1976), pp. 2-56.

<sup>6</sup> RÖHL, Klau - MAGEN, Stephen, *Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung*, en *ZfRSoz.* (1999), pp. 1-57.

<sup>7</sup> Ver al respecto SHAVELL, Steven, *Suit, Settlement, and Trial: a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, en *Journal of Legal Studies* 9 (1982), pp. 55-80; Simon, Roberts - PALMER, Michael, *Dispute Processes-ADR and the Primary Forms of Decision-Making* (2ª ed., Londres, 2005), pp. 2-23.

complementarios y en algunos casos necesarios como mecanismos de descongestión del poder judicial y con un considerable efecto pacificador.

## II. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS

El surgimiento y la recepción legislativa de ADR (*Alternative Disputes Resolution*) o , en español, MARC (Medios o Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos) es disímil en Latinoamérica, Alemania y Estados Unidos.

### 1. *Latinoamérica*

Los MARC han tenido una gran divulgación, regulación e institucionalización en los últimos 30 años en Latinoamérica. Entre ellos se incluye pacíficamente la mediación, conciliación y negociación. Con corrección fue siendo dejado de lado el proceso arbitral, que quizás no resulta un “alterno” a la función jurisdiccional, sino simplemente otra modalidad: jurisdicción arbitral<sup>8</sup>. Tómese la posición que se desee en relación al arbitraje (privatista, publicista o mixta), lo cierto es que se puede arribar a una decisión equiparable a la sentencia judicial (laudo), hay una etapa contradictoria previa de cognición (prueba) cuando no existe poder cautelar del árbitro en modelos como la UNCITRAL. Por cierto un laudo pronunciado en el extranjero está sujeto al reconocimiento y ejecución de “sentencias”. Tiene más de común con el “proceso judicial” que con las otras especies, o al menos puede así ser intuido. El Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre las especies de MARC<sup>9</sup>, por ser un real proceso contradictorio y tener más semejanzas con el proceso judicial. Además el arbitraje ha seguido un curso paralelo de desarrollo en el comercio internacional siguiendo la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial de 1985<sup>10</sup>. Otro tanto pasa con los jueces de paz o pretores modernos que arriban a soluciones vinculantes en equidad y con informalismo. En algunos países latinoamericanos, por otro lado, también no es unívoca la extensión de la voz “conciliación”. Explicándonos, ella puede significar en Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay una actividad “judicial” realizada en un proceso. Mientras que en Colombia su uso es independiente de la intervención del juez, como es el caso de Colombia, Costa Rica y Bolivia<sup>11</sup>. El Banco Mundial (BM) y la OEA contribuyeron de manera determinante para el desarrollo de los MARC

<sup>8</sup> BERGER, Peter, *Understanding Transnacional Comercial Arbitration* (Munich, 2000), p. 9, quien distingue entre: litigio, arbitraje, negociación y MARC-ADR (Mediación, evaluación neutral o peritaje arbitral, otras (*mini Trial, rented Judge, facilitation*)).

<sup>9</sup> Aprobado por la Comisión de la UE en el año 2000: ver <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/200204/p104018.htm>

<sup>10</sup> Como ejemplos de las mencionadas corrientes reformadoras cito el caso de México (1988), Colombia (1989), Guatemala (1995), Brasil (1996), Perú (1996), Ecuador (1997), Venezuela (1998), Panamá (1999), Honduras (2000), El Salvador (2002), Paraguay (2002) y Chile (2004). Los países de la Región han ratificado la Convención de Nueva York (1958) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, con algunas excepciones como las de Nicaragua y República Dominicana.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ, Gladys, *La mediación y el acceso a justicia* (Buenos Aires, 2003), pp. 193-199.

considerando al tema dentro de los presupuestos de desarrollo global político-económico-social de Latinoamérica.<sup>12</sup> La sanción de legislación específica sobre mediación es evidente en Argentina, Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú, Chile (en materia de Familia) y Venezuela. Los ejemplos citados revelan una tendencia de recepción legislativa de los MARC en la región<sup>13</sup>. Dentro del género MARC debe haber un elemento caracterizador que sustente primero ese *nomen* y en segundo lugar algo que los diferencie del proceso jurisdiccional (judicial y arbitral). Esto es en parte lo que nos proponemos en este trabajo, a saber: buscar las diferencias y similitudes entre todos estos mecanismos de resolución de conflictos para averiguar cuáles son los realmente alternativos o, en todo caso, si efectivamente son todos medios diferenciales con objetos propios. Sin embargo no se crea que el ámbito de aplicación es tan amplio: ¿podría mediar una demanda de filiación o de nulidad contractual (ambas tradicionalmente calificadas como pretensiones constitutivas y declarativas)? Quizás resulta imperceptible que en la práctica se reduce el ámbito a materias de “condena”.

## 2. Alemania y Estados Unidos de América

Por otro lado es curioso que en sistemas de administración de justicia altamente “eficientes” como el germano (incluimos a Alemania y Austria) también han tenido un gran desarrollo y son parte de estudios y la atención de académicos y la praxis. Aun siendo sistemas donde la celeridad, seguridad, eficiencia y profesionalidad de los recursos humanos ya tiene reconocimiento internacional el tema resulta igualmente atractivo, y especialmente para el logro del descongestionamiento del poder judicial.

Simplemente, a modo de ejemplo, tenga el lector presente que en Alemania ya resultaban escandalizantes las cifras en el año 1991 con 1,6 millones de procesos, elevándose en 1995 a 2,1 millones y en el 2000 a 2,5 millones<sup>14</sup>. Sin embargo

<sup>12</sup> OEA, Reunión de los Procuradores OEA/Ser.K/XXXIV. REMJA-IV/doc.13/02, 21 febrero 2002, *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos*; BM Vicepresidencia Legal, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, 2004 ([http://www.grc-exchange.org/info\\_data/](http://www.grc-exchange.org/info_data/)).

<sup>13</sup> La Constitución de Ecuador de 1996 contempla los MARC y legislativamente les dio forma desde el año 1997. En Argentina por ejemplo se llevó adelante un Plan Nacional de Mediación a partir de 1992 (el decreto 1480/92 declaró de interés nacional la mediación) y el sistema aun objetado en la Ciudad de Buenos Aires por su obligatoriedad, fue confirmado como constitucional por los tribunales (puede verse el dictamen lapidario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales -y la opinión en igual sentido del autor- sobre el punto en MORELLO, Augusto, *Estudios de Derecho Procesal* (La Plata, 1998) II, p. 873-875. El efecto de descongestionamiento del poder judicial fue efectivo. La Constitución colombiana de 1991 habla de facultad de los particulares para desenvolverse como conciliadores en su Art. 116 y en el art. 247 autoriza la constitución de juzgados de paz para que actúen en la resolución de conflictos acorde a equidad. La Constitución venezolana hace lo mismo en su art. 258 de promoción de los MARC. En Perú la Ley 26.876 de conciliación extrajudicial obligatoria regula la materia desde el 2001. Puede verse al respecto una excelente presentación sobre los MARC en Latinoamérica en OTEIZA, Eduardo, *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 8 (2005), p. 197 y ss.

<sup>14</sup> Ver <http://www.bmj.bund.de/zahl/gesamt.pdf>.

esta situación calificada como dramática y que de hecho fue considerada en la reforma procesal civil del 2001 no dista de la existente en 1931, cuando con menor población la cantidad de procesos era igual o superior y que igualmente motivó por entonces una reforma<sup>15</sup>. Si bien las cifras asustan con la sola diferencia de la institucionalidad y el respeto al poder judicial, no dista de datos similares en ciertos países latinoamericanos.

Debemos resaltar que el origen en el *American Common Law* no responde a las mismas causas ni intereses que las mencionadas. Acá el proceso civil no solo es más costoso en su acceso, sino que su duración es mayor aun con todos los cambios efectuados hasta el 2002. La alternatividad tiene en primer lugar el interés del justiciable, que sino debe afrontar los costos del proceso y que en muchos casos sin asistencia gratuita no tendría posibilidad alguna si desearía acceder a los tribunales. Una vez que acceda, tendrá un impredecible *pretrial* en su duración y luego quizás un *trial* que normalmente tendrá un *jury*. Todo esto suponiendo que el abogado de la otra parte tiene el mismo nivel de calidad en la prestación del servicio que el propio y no será de los “más caros” y presumiblemente más idóneos. Paralela, pero secundariamente puede “economizarse” despojando a la justicia civil de casos “innecesarios”<sup>16</sup>. Sin medios alternativos el justiciable debería resignar su derecho por barreras de costos elevados.

### 3. *El contexto*

Pero en los dos casos descriptos sucede que el fenómeno no puede ser entendido solo “jurídicamente”. Contrariamente, el análisis social y económico se imponen toda vez que ciertos tipos de conflictos, donde no hay que reparar una situación pasada sino resolver “hacia adelante” con verdadera visión a futuro –hablamos de relaciones de duración o coexistentiales (verbigracia asuntos de vecindad, de familia, menor cuantía, contratos de larga duración donde la gran inversión económica de las partes recomienda eludir el drama judicial con la consecuente ruptura del vínculo, entre muchas otras)– resultan la materia prima más propia de los “llamados” MARC, puesto que evitan la resolución con criterios exteriores de razón y sinrazón<sup>17</sup>. No hay impedimentos para hablar de sistemas “no jurídicos” para la resolución de conflictos. No dista de aquello que se dio en llamar *Order without Law*<sup>18</sup>. La necesidad de “control, orden y paz social” puede ser un buen punto de partida. Esto suele denominarse demanda de acceso a la justicia, siendo como desarrollaremos una visión parcializada de la realidad. No solo es un problema de acceso a la justicia, sino de democratización y del Estado de derecho.

---

<sup>15</sup> MÄHLER, Hans-Georg - MÄHLER, Gisela, *Gerechtigkeit in der Mediation*, en MONTADA, Dieter (editor) *Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation* (Frankfurt, 2000), pp. 9 ss.

<sup>16</sup> KATZENMEIER, Christan, *Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung*, en ZZZ 115 (2002), esp. p. 60; cfr. BERIZONCE, Roberto, *Derecho procesal civil actual* (La Plata, 1999), p. 588.

<sup>17</sup> BERIZONCE, Roberto, *Derecho procesal*, cit. (n. 16), pp. 586/589; cfr. MORELLO, Augusto, *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit. nota 13

<sup>18</sup> Nos referimos al libro de ELLICKSON, Robert, *Order without Law-How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, 1991), esp. pp. 127-136.

Simplemente partir de la Constitución y el rol de los derechos fundamentales entre ellos de “debida tutela jurisdiccional” pueden ser uno de los soportes para “reconstruir” el acercamiento y presentación de los MARC<sup>19</sup>. ¿Por qué aislarlos negativa o positivamente del proceso judicial y viceversa? Pero en los sistemas procesales más reconocidos hubo reformas en los últimos 6 años que no pueden pasar desapercibidas. Se necesitaban reglas más sólidas y eficientes, capaces de resolver conflictos acorde a los cambios sociales, políticos y económicos permanentes. Las reformas a las leyes procesales y reestructuración de la justicia en Japón, Alemania, Inglaterra, Austria, España, Italia, USA (sin agotar la lista) muestran la insuficiencia del proceso judicial para atender las demandas de justicia<sup>20</sup>.

### III. MOTIVOS QUE IMPLICARON EL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE ADR/MARC

#### 1. *La estrategia alemana para la descongestión de los tribunales*

El ZPO alemán en el 2001/2 con más de un siglo de existencia se reformó con la bandera de la rapidez, sencillez y disminución de los costos. Así, entre los fundamentos del Gobierno para la reforma se adujo el poder arribar a un proceso civil más sencillo, cercano al ciudadano y menos costoso, concentrado en la eficiencia de la primera instancia y la modificación del sistema recursivo. Mientras entraban en vigencia las modificaciones en el año 2002, comienza a ganar terreno la importancia de la racionalización y cambios estructurales para descongestionar los tribunales: en ello ocupaban un lugar especial los MARC. Ya se había reformado el libro décimo sobre el proceso arbitral modernizándolo en 1998<sup>21</sup>. La Ley de Insolvencia modificada en 1999 incorpora la posibilidad de saneamiento y arreglo extrajudicial para los procesos concursarles de consumidores. Finalmente en el año 2000 entra en vigencia la ley de fomento para la resolución de conflictos mediante el § 15a de la Ley Introductoria del Código Procesal Civil (EGZPO) como cláusula abierta de incorporación facultativa por los Estados federados. Con esta cláusula se permitía al legislador la introducción de procedimientos amistosos obligatorios en materia patrimonial por ante los juzgados (AG) en causas de monto hasta 1.500 marcos, en cuestiones de vecindad y de ofensa al honor<sup>22</sup>. Esta

<sup>19</sup> Comp. HOFFMANN, Roland, *Verfahrensgerechtigkeit* (Munich-Viena, 1992), pp. 40-46; comp. SCALIA, Anthony, *The Rule of Law as a Law of Rules*, en *Chicago Law Review* 56 (1989), p. 1175.

<sup>20</sup> Ver GLENN, Patrick, *Globalization and Dipute Resolution*, en *Civil Justice Quarterly* 19 (2000), pp. 136-140; cfr. KATZENMAIER, Christian, *Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung*, cit. (n. 16), p. 51.

<sup>21</sup> Reforma del ZPO. del 22.12.1997.

<sup>22</sup> Ver en detalle los motivos de la reforma en KATZENMAIER, Christian, *Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung* cit. (n. 16), p. 49-54; Ley de Reformas al ZPO. del 27 de julio de 2001 y la Ley de Solución Obligatoria Extrajudicial de Controversias del 28 de junio de 2000. La reforma introdujo el § 15a a la EGZP., cuya traducción es la siguiente: “Petición de conciliación en una oficina de conciliación. 1) Mediante leyes estatales puede determinarse que la interposición de la demanda sea recién admisible luego de que se haya intentado la solución amistosa de la litis en una oficina de conciliación constituida por la administración de justicia estatal o que sea como tal reconocida: 1. En procesos patrimoniales en el juzgado sobre pre-

disposición debería conducir según sus fundamentos a crear una nueva cultura de la resolución de conflictos, pasando del enfrentamiento y litigio a la solución amistosa y simultáneamente descongestionar los tribunales<sup>23</sup>. A cuatro años de la Reforma varios son los Estados federales que han adherido a esta ley.

*2. Antecedentes históricos contemporáneos; los dos movimientos actuales en torno a los medios alternativos de resolución de conflictos.*

La discusión en torno a la formulación del proceso civil a partir de sus ventajas y de las virtudes prometidas por los MARC se ha nutrido de un gran

tensiones, cuyo objeto sea dinero o el monto en dinero no exceda la suma de seiscientos euros. 2. En procesos sobre pretensiones en cuestiones de vecindad de acuerdo con los §§ 910, 911, 923 y § 906 del Código Civil, como así también de acuerdo con las disposiciones estatales en el sentido del artículo 124 de la Ley de Introducción del Código Civil (*EGBGB.*), en tanto estas no referan a obligaciones vinculadas a la actividad comercial; 3. En procesos sobre pretensiones por violación al honor que no hayan sido producidas en la prensa o en la radio. El actor tiene que acompañar con la demanda la constancia otorgada por la oficina de conciliación sobre el fracaso del intento de conciliación. Esta constancia se otorga a petición al actor cuando dentro de un plazo de tres meses no se ha realizado el proceso de conciliación solicitado. 2) El apartado 1 de este párrafo no tiene aplicación en los casos de: 1. Demandas de acuerdo con los §§ 323, 324, 328 del Código Procesal Civil, reconvenición y demandas que deban ser interpuestas dentro de un plazo judicial o legalmente ordenado, 2. Procesos en cuestiones de familia, 3. Procesos de revisión, 4. Pretensiones que se realizan sobre la base de procesos documentales o cambiarios, 5. El impulso del proceso contradictorio cuando se hizo valer una pretensión en el proceso monitorio, 6. Demandas sobre la base de medidas ejecutivas en base especialmente a los litigios que surjan de las disposiciones del libro 8 del Código Procesal Civil./ Lo mismo rige cuando las partes no viven en un mismo Estado o tienen en él su asiento o sede. 3) El requerimiento de una petición de solución amistosa en una oficina de conciliación constituida por la administración de justicia del Estado o una reconocida como oficina de conciliación no es necesario cuando las partes ya han intentado un acuerdo de conciliación para la resolución del proceso en una oficina de las mencionadas. El acuerdo según la oración 1 es sin prueba en contrario y presumido cuando el consumidor ha llamado a una oficina de conciliación vinculada con el área, una de la cámara de la industria, comercio o de la industria artesanal o el gremio. El apartado 1 oración 2 rige en lo que corresponda. 4) Las costas producidas en la oficina de conciliación que hayan surgido sobre la base del procedimiento amistoso según el apartado 1 de este párrafo pertenecen a las costas del proceso en sentido del § 91 apartados 1, 2 del Código Procesal Civil. 5) En detalle se regula por el derecho estatal; este puede limitarse a regular lo relacionado con el apartado 1, la exclusión de motivos del apartado 2, ampliarla y determinar que la oficina de conciliación depende en su actividad del pago de un adelanto de costas proporcionado y que se pueda determinar una multa disciplinaria a la parte que no comparezca en la audiencia de conciliación. 6) Oficinas de conciliación en el sentido de estas disposiciones pueden ser también aquellas reconocidas por el derecho de los Estados federales. Las transacciones concluidas en estas oficinas de conciliación rigen como transacciones en el sentido del § 794 apartado 1, número 1, del Código Procesal Civil”.

<sup>23</sup>Ver supra notas 20 y 21 y al respecto en detalle WOLFRAM-KORN, Margi - SCHMARSLI, Peter, *Außergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland, dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden-Württemberg* (Munich, 2001), pp. 5-35; con anterioridad, ver la crítica a la proyectada regulación obligatoria de los MARC en el dictamen del Prof. GOTTWALD, Peter, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses – Drucksache 14/3750 und zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens – Drucksache 14/163*, (Berlin, 2000), punto 1.

aporte interdisciplinario. Las formas no-jurídicas de solucionar controversias tienen importancia sociológica, antropológica e histórica con antecedentes en sociedades primitivas, tribales y muy especialmente vigentes en la cultura oriental japonesa y china<sup>24</sup>. A partir de la década de los 70 tienen especial importancia los estudios sociológicos, junto con la psicología social, sobre la resolución de conflictos y la denominada justicia procesal. El tratamiento de cuestiones vinculadas a la justicia procesal, la resolución de conflictos mediante el proceso judicial y otras vías dando el mayor rol a los propios interesados concentrándose en los propios “intereses” más que en las diferencias abren el camino a un aporte disciplinario al derecho hasta entonces desatendido. Un mismo resultado podría ser logrado mediante un sistema normativo no jurídico que fomente con incentivos las soluciones consensuales. Especial relevancia tienen en estos estudios las cuestiones de familia donde el conflicto de intereses se manifiesta con un elevado nivel emocional<sup>25</sup>.

Otro fenómeno significativo se dio en la llamada “Justicia Vecinal” (*Neighborhood Justice Center*) en los Estados Unidos de América. Es allí donde surgen y se expande institucional y académicamente el movimiento de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en la década de los 60.<sup>26</sup> En 1975 se instauraba el modelo a nivel comunal y de vecindarios<sup>27</sup>. Así surgieron un sinnúmero de oficinas de mediación, arbitraje y conciliación. La popularidad de los ADR en la cultura norteamericana permite arribar en el año 1998 a la *Alternative Dispute Resolution Act*, por la cual todas las cortes de distrito están obligadas a establecer instituciones que ofrezcan estos procedimientos con sus respectivos programas<sup>28</sup>. Las causas del rápido y expansivo crecimiento de la oferta de vías alternativas no solo

<sup>24</sup> Para un estudio descriptivo en el derecho comparado ver SHETREET, Shimon, *Alternativen zum formellen Justizsystem: Ausländische Beispiele*, en BLANKENBURG, Erhard - KLAUSA, Ekkehard - ROTTLEUTHNER, Hubert (editores), *Alternative*, cit. (n. 2), p. 111. En especial con relación a Japón, ver HENDERSON, Dan, *Conciliation in Japanese Law* (Tokyo, 1965), pp. 2-25; ROKUMOTO, Kahei, *Tschoitei (Schlichtung)- Eine japanische Alternative zum Rechr: Verfahren. Praxis und Funktionen*, en BLANKENBURG, Erhard - KLAUSA, Ekkehard - ROTTLEUTHNER, Hubert (editores), *Alternative*, cit. (n. 2), p. 390; SHETREET, Shimon, *Alternativen zum formellen Justizsystem: Ausländische Beispiele*, en BLANKENBURG, Erhard - KLAUSA, Ekkehard - ROTTLEUTHNER, Hubert (editores), *Alternative*, cit. (n. 2), p. 111; con relación con China, ver TRAPPE, Johannes, *Streiterledigung in China-Geschäft*, en *Recht der internationalen Wirtschaft* (1989), p. 107.

<sup>25</sup> Este fenómeno descrito por la sociología jurídica no recibió la misma atención por el proceso civil tradicional. FALKE, Jossif - GESSNER, Volksmar, *Konfliktnäbe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung*, en BLANKENBURG - GOTTWALD - STREMPER (editores), *Alternativen in der Ziviljustiz* cit. (n. 2), pp. 289-315.

<sup>26</sup> RÖHL, Sabine - RÖHL, Klaus, *Neighbourhood Justice Centers in den USA- eine Alternative zur Justiz DriZ.* (1980), p. 390; SCHELLENBERG, James A., *Conflict resolution: Theory, Research and Practice* (New York, 1996), pp. 5-30.

<sup>27</sup> Neighborhood Justice Centers, conjuntamente con el Department of Justice en Atlanta, Los Angeles und Kansas City. En detalle, HOFRICHTER, Richard, *Neighbourhood Justice in Capitalist Society: The Expansion of the Informal State* (Connecticut, 1987), *passim*.

<sup>28</sup> Los procedimientos fueron y son muy diferentes y flexibles lo que permite incluir en la designación genérica de ADR un abanico de procedimientos bases: *mediation, negotiation, conciliation, arbitration y minitrials*. Estos a su vez se combinan y crean nuevas modalidades. Ver SANDOLE, John - HERBERT C., Kelman, *Conflict Resolution and Theory and Practice: Integration and Application* (New York, 1993), pp. 10-55.

estaba dado en sus bondades *per se* sino, y muy especialmente, por el dificultoso, complejo, lento y caro sistema de administración de justicia estatal. La lentitud en las etapas del *pretrial* y del *trial* dilataban el arribo a una sentencia que ponga fin al proceso. A ello se sumaba el sistema de honorarios por el cual cada parte soportaba sus gastos, ello es la ganadora que debe afrontar los costos del proceso en 50% soportando además los elevados honorarios de su abogado. Esto sin olvidar el factor emocional que tiene especiales ribetes con el sistema de jurados, quienes son los que pronuncian el veredicto<sup>29</sup>. Todo esto contrasta con el proceso del sistema continental europeo y no son datos menores como “caldo de cultivo” para el surgimiento y desarrollo de ADR en USA. Al ciudadano no le queda otra posibilidad frente a los costosos y lentos procesos judiciales, debiendo acudir a una justicia “alternativa” más sencilla, económica y con el acceso más fácilmente organizado<sup>30</sup>. Así adquirieron una popularidad en un contexto de justicia estatal dificultoso, donde el justiciable, en caso contrario, debería capitular y resignar a sus intereses ponderando los costos-beneficios<sup>31</sup>. Así la “justicia alternativa” permite una chance donde el riesgo de costo se compadece con el beneficio aunque sea diferente del que podría haber obtenido en la “justicia estatal” de haber estado en condiciones de acceder a ella.

Por su lado la Justicia Civil estatal alemana ya era criticada en 1804 por su lentitud debido –entre otras causas– a la sobrecarga de los tribunales, la poca cercanía al ciudadano, el exceso de formalismo y por la elevada litigiosidad<sup>32</sup>. Curiosamente la misma crítica está contenida entre los fundamentos de la reforma del 2002<sup>33</sup>.

Como puede verse de esta descripción de dos sistemas diferentes, los MARC tienen muchos elementos en común que los explican, sin embargo las diferencias en las causas de su surgimiento difieren. En uno –al alemán– se procura la descongestión de los tribunales abarrotados de procesos, en otro –el estadounidense– se procura ofrecer un mecanismo de protección privado de los derechos que supla el acceso obstruido u obstaculizado a la justicia estatal.

<sup>29</sup> STEMPEL, Jeffrey W, *Ulysses tied to the generic whipping post: the continuing odyssey of discovery “reform”*, en *Law & Contemp. Probs* 64 (2001), pp. 197-252; PALUMBO, Giuliana, *Trial procedures and optimal limits on proof-taking*, en *International Review of Law & Economics* 21 (2001), pp. 309-327; HAYDOCK, Roger - HERR, David, *Discovery. Theory, Practice and Problems* (New York, 1996), pp. 5-60; GLASSER, William, *Pretrial Discovery and the Adversary System* (New York, 1968), pp. 1-50; JUNKER, Abbo, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr* (Heidelberg, 1987), pp. 3-54.

<sup>30</sup> RÖHL, Sabine- RÖHL, Klaus, *Neighbourhood*, cit. (n. 26), p. 395.

<sup>31</sup> Ver SHAVELL, Steven, *Suit*, cit. (n. 7), pp. 63-69; FISCHER, Roger - URY, Williams - PATTON, Bruce, *Das Harvardkonzept* (Frankfurt, 2000), pp. 2-35.

<sup>32</sup> DÄUBLER, Wolfgang, *Bürger ohne Rechtsschutz*, en *Betriebsberater* (1969), p. 545; FECHNER, Erich, *Kostenrisiko und Rechtswegsperre-steht der Rechtsweg offen?*, en *JZ.* (1969), p. 349; FREUND, Herbert, *Der gerichtliche Vergleich- Methode rationaler Konfliktlösung oder naive Utopie?* en *DriZ.* (1979), p. 72.

<sup>33</sup> Ver en especial MUSIELAK, Hanns Joachim, *Reform des Zivilprozesses*, en *NJW.* (2000), pp. 2769-2772; SCHNEIDER, Egon, *ZPO-Reform* (Recklinghausen, 2002) pp. 1-7; HARTMANN, Peter, *Das neue Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung*, en *NJW.* (1999), p. 3745.

### 3. Conclusiones sobre coincidencia en las críticas, diversidad en las causas en los modelos norteamericano y alemán.

En ambos sistemas es posible ver una multiplicación cualitativa y cuantitativa de los conflictos. Las partes, en tanto justiciables, dejarían de ser sujetos individuales para convertirse en convidados de piedra impersonales y bajo un ritualismo que ignoraría las necesidades e intereses personales. El interés “humano” sería sustituido por un “interés jurídico”, único en relevancia para merecer tutela jurisdiccional. Así los justiciables interesados devienen en, apenas, “partes” con un rol marginal en un proceso civil altamente formalizado. Los verdaderos partícipes serían los abogados y el juez que raras veces puede, siquiera, tener contacto con las partes. No en vano se calificó esta situación de altamente defectuosa desde el punto de vista comunicativo o como una “organización ritual de la sordomudez”<sup>34</sup>. Así no solo el procedimiento, sino su resultado exteriorizado en la sentencia serían comunicativamente defectuosos con los interesados. Solo contendría antecedentes de hecho subsumidos en una norma jurídica en base a una argumentación poco clara para el justiciable lego y por sobre todo ajena a todo interés futuro de los sujetos partícipes<sup>35</sup>.

Finalmente el proceso civil exteriorizaría una visión dual y polarizada de los conflictos: o todo o nada. Ello es, en todo proceso civil necesariamente tiene que haber un ganador y un perdedor, quien se hace con el todo y quien lo pierde<sup>36</sup>. Quien tiene la razón, la tiene completamente tal cual lo plantea o no la tiene. Las posibilidades intermedias serían claroscuro inaceptables. La visión de la “lucha por el derecho” en los términos de Ihering, tendría un alto componente de “enfrentamiento”, donde la contraparte es un “enemigo” que afecta mi derecho subjetivo y contra quien se debe “batallar” mediante el proceso. No es casual que se haya alcanzado un empleo usual del recurso de la figura del enfrentamiento en la doctrina procesal civil<sup>37</sup>. Era claro que el objeto del derecho consistía en alcanzar la paz mediante la “lucha”<sup>38</sup>: “El precio a otorgarse por la violación de un derecho es sin duda un acto de capacidad, al cual está reiterar la persona que ha sido damnificada en su lucha. El derecho es un acto de ética propia, un deber contra sí mismo y contra la comunidad... el proceso civil es entonces la lucha reglada de las partes en relación a un litigio de derecho privado que no debe ser evitado sino como tal mantenido”<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> DETTERBECK, Steffen, *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, en *AcP.* 192 (1992), pp. 325-333.

<sup>35</sup> AUBERT, Vilhelm, *Competition and Dissensus. Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, *Journal of Conflict Resolution* 7 (1963), pp. 26-42. Crítico BREIDENBACH, Stephan, en BREIDENBACH - HENSLER (editores), *Mediation für Juristen*, cit. (n. 1), p. 4.

<sup>36</sup> FIREDMAN, Lawrence - REHBINDER, Manfred, *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens* (Colonia, 1976), pp. 15-30; GREGER, Reinhard - ENEGENHARDT, Mattias, *Take Mediation seriously or face the consequences*, en *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 1 (2003), p. 4.

<sup>37</sup> Comp. BULL, Hans, *Nicht-förmliche Beratung und Konfliktlösung durch unabhängige Stellen als Alternative zu förmlicher Streitentscheidung durch Gerichte*, en BLAKENBURG - GOTTWALD - STREMPER (editores), *Alternativen*, cit. (n.1), p. 109.

<sup>38</sup> IHERING, Rudolf, *Der Kampf ums Recht* (Viena, 1872), p. 14

<sup>39</sup> *Ibidem*; cfr., por cierto, con PUCHTA, Wolfgang Heinrich, *Ist der Vergleichversuch in Rechtsstreitigkeiten zweckmässig in die Hände der Gerichte gelegt?*, en *AcP.* 19 (1836), p. 214.

Muchos factores como el “sentimiento íntimo de justicia” del requirente fueron ignorados y justamente ello fue objeto de estudio del movimiento de psicología social de la “*procedural justice*” en la década del 70.<sup>40</sup> En muchas culturas ya milenarias (China y Japón como ejemplos) revelaron el éxito de mecanismos no jurídicos y amistosos de cooperación. El costo y desgaste individual y social del enfrentamiento lleva a valorar las vías alternativas como una oferta plausible, quedando la justicia estatal como la posibilidad última deseada<sup>41</sup>.

#### IV. PANORAMA DE LOS DIFERENTES MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

##### 1. *La institucionalización de los MARC.*

El impulso alcanzado por los medios alternativos de resolución de conflictos condujeron en los últimos años al incremento de la oferta que va desde el arbitraje (en esencia similar al proceso judicial) hacia las vías amistosas y de negociación, mediación, conciliación pasando por mecanismos intermedios que combinan ambos polos como los *mini trials*.

a) Arbitraje. Este mecanismo aun cuando se pueda tratar de una especie no estatal, en determinados casos y legislaciones, en su estructura y resultado se asimila al proceso jurisdiccional y por esa razón no cabe incluirlo en los MARC. No en vano en los últimos tiempos fue apartado. Los tribunales arbitrales asumen la calidad de tribunales privados fundado en la autonomía de la voluntad de las partes que contractualmente deciden antes o con posterioridad al surgimiento del conflicto someterlo a aquellos y sustraerlos de la jurisdicción judicial<sup>42</sup>. Son reconocidos legislativamente no solo en los distintos ordenamientos procesales nacionales, sino además han tenido un grado de institucionalización en reconocidos centros de arbitraje internacional<sup>43</sup>. Se asimila sin embargo con el proceso judicial arribando luego de un contradictorio a un resultado que es en definitiva una sentencia. Las diferencias pueden reducirse a dos: primero su nacimiento fundado en la autonomía de la voluntad como fuente constitutiva y segundo en ciertas limitaciones que deben ser auxiliadas y/o suplidas por la justicia estatal: así en el ejercicio de coerción (falta de comparendo de un testigo), medidas cautelares y ejecución de los laudos.<sup>44</sup>

b) Vías de resolución amigables. Los MARC sí difieren sustancialmente en su estructura y finalidad con el proceso judicial, incluso con el arbitral. La multiplicidad de formas y combinaciones existentes resultan a esta altura imposable

<sup>40</sup> Comp. MORGAN, William - SAWYER, John, *Equality, Equity, and Procedural Justice in Social Exchange*, *Social Psychology Quarterly* 42 (1979), p. 1 y, posteriormente, LIND, Alan-TYLER, Thomas, *The Social Psychology of Procedural Justice* (New York, 1988), *passim*. En el mismo sentido, LAMM, Henry - SCHWINGER, Thomas., *Need Consideration in Allocation Decision: Is it just?*, en *Journal of Social Psychology*, 119 (1986), pp. 205-209.

<sup>41</sup> PRÜTTING, Hanns, *Schlichten*, cit. (n. 1), pp. 261, 263.

<sup>42</sup> WAGNER, Gerhard, *Prozessvertrage. Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Tübingen, 1998), pp. 427 y ss.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

de enumerar<sup>45</sup>. Los elementos emocionales, psicológicos y anexos reciben un trato preferencial que son irrelevantes para el proceso jurisdiccional arbitral y judicial<sup>46</sup>. Estos mecanismos han recibido también una institucionalización a gran escala rodeado de una áurea como prometedores de la solución deseada de conflictos y como una válvula de escape de la abarrotada justicia estatal<sup>47</sup>. La participación de profesionales no necesariamente formados en derecho mejoran la capacidad comunicativa, de cooperación directa y decisión de los interesados.<sup>48</sup> El ámbito de aplicación exitoso de la mediación depende del área, a saber: muy elevado en derecho de familia y menores, y laboral, más bajo en derecho patrimonial civil y comercial y desde hace algún tiempo en derecho penal y administrativo<sup>49</sup>.

Siendo los principales interesados las partes, quienes mejor conocen lo que desean para sí, son quienes pueden sopesar con mayor calidad y criterio la posibilidad y vías para arribar a una solución. Si bien no será el que inicialmente aspiraron, al menos será un resultado que se asentará en un consenso que dará legitimidad a ese resultado. El consenso de las partes elimina toda argumentación jurídica, siendo el simple interés el motor y límite de lo que propongan, acepten o rechacen<sup>50</sup>. Finalmente, la solución amistosa juega un especial rol no sólo sobre lo que se decide de acuerdo al pasado, sino para qué y su posibilidad de realización en el futuro. La solución a encontrarse es de común acuerdo sobre lo pasado pero orientada hacia el futuro<sup>51</sup>. Así se logra siempre un acuerdo de costo positivo “*win-win solution*”<sup>52</sup>.

c) Las dudas en torno a los MARC. Las advertencias sobre algunas falacias y críticas contra los MARC no se hicieron esperar. Por de pronto se sostuvo que el propio fundamento de aquellos llevarían a su ruina. No toda solución consensuada implicaba necesariamente una solución justa. La posibilidad de disparidad entre los sujetos interesados podría llevar a un “sí” del más débil inducido por el más fuerte. Este detalle no revestiría importancia y podría en definitiva arribarse a una justicia de “segunda clase”, donde la cuota de satisfacción por un resultado aceptable se combinaría con la resignación de un resultado “justo”.<sup>53</sup>

<sup>45</sup> PRÜTTING, Hanns, *Schlichten*, cit. (n. 1), pp. 261, 264.

<sup>46</sup> JANSEN, Nicola, *Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15a EGZPO*. (Gardez, 2001), 20-45.

<sup>47</sup> STÜRNER, Rolf, *Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus juristischer Sicht*, en *Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag* (Zürich, 1994), pp. 273 - 286.

<sup>48</sup> Gottwald, Walther, *Modelle*, cit. (n. 1), pp. 1257, 1260.

<sup>49</sup> Ver STUMPF, Christoph A., *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht* (Tübingen, 2006), pp. 10-23.

<sup>50</sup> FELSTINER, William - ABEL, Richard - SARAT, Austin, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming*, en *Law and Society Review* 15 (1980-81), num. 3.4.

<sup>51</sup> VOLPE, Maria R. - PETER, Maida, *Sociological Practice: Conflict Processing* (Michigan, 1992), pp. 10-20; TIDWELL, Alan, *Conflict Resolved? A Critical Assessment of Conflict Resolution* (New York, 1998), p. 2.

<sup>52</sup> Ver supra nota 7 bibliografía allí citada.

<sup>53</sup> GREGER, Reinhard - ENEGENHARDT, Mattias, *Take Mediation seriously or face the consequences*, en *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 1 (2003), p. 4.

Un dato adicional es que, aun cuando las vías alternativas ganaron mayor popularidad, la justicia estatal mantiene la confianza de seguridad última y definitiva<sup>54</sup>. En el proceso judicial las propias garantías procesales denominadas del “debido proceso” son estructurales al mismo<sup>55</sup>. Justamente el sentimiento de justicia maneja elementos individuales, pero también sociales, que se reconocen más claros en el debido proceso, noción inexistente y hasta innecesaria en los MARC<sup>56</sup>. El derecho a una tutela efectiva de los derechos parece, al menos desde el punto de vista racional y menos emocional, tener mayor seguridad, independencia, e imparcialidad en la jurisdicción<sup>57</sup>. La *procedural fairness* garantiza el respeto a un resultado no sólo por las partes, sino en la sociedad y la legitimidad que otorga la Justicia Estatal.<sup>58</sup> En Estados Unidos la crítica no se hizo esperar. Los MARC si bien funcionaban exitosamente en la justicia de vecindad, el trasplante del modelo a relaciones de masa con la industrialización y desarrollo tecnológico no resultaba satisfactorio<sup>59</sup>. La visión paradisíaca de la “vecindad” no existe en la ciudad y menos en la metrópoli y muchos ciudadanos prefieren la resolución de conflictos a través de la burocracia judicial<sup>60</sup>. Es que justamente la aspiración a la justicia estatal en los Estados Unidos y las dificultades que ya se describieron fueron el contexto de transpolar la justicia de vecindad a ámbitos demográficos, sociales y culturales más complejos. Esto dio en muchos casos lugar a una “justicia de resignación”<sup>61</sup>.

Los MARC en el proceso de armonización de la Unión Europea han sido impulsados a nivel de directiva comunitaria y finalmente en el Libro Verde<sup>62</sup>. Aun no se arribó a un estadio legislativo más avanzado, lo que sí sucede con la justicia estatal: asistencia gratuita, ejecución de sentencias, proceso de familia, prueba, título ejecutivo europeo, desarrollo en la justicia de menor cuantía y proceso monitorio europeo, reiteración permanente de la celeridad, economía y sencillez procesal<sup>63</sup>. En los hechos, los logros fueron enormes en corto tiempo y tienden a perfeccionarse armonizando y unificando el proceso judicial y simplemente recomendando y delegando a los estados miembros la materia de los MARC.

<sup>54</sup> DÄUBLER, Wolfgang, *Bürger ohne Rechtsschutz, Betriebsberater* (1969), p. 545.

<sup>55</sup> VIDMAR, Neil, *Verfahrensgerechtigkeit und alternative Konfliktbewältigung*, en *ZfrSoz.* (1993), 35-46.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl-Heinz - GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht* (Munich, 2004), pp. 479-490.

<sup>58</sup> ROSS, Marc, *The Culture of Conflict: Interpretations and Interests in Comparative Perspective*, (New Haven, 1993), pp. 5-15.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> WASSERMANN, Rudolf, *Neue Streitkultur ?*, en *NJW.* (1998), p. 1685.

<sup>61</sup> Kapsa, Bernhard, *Die Regel “minima non curat praetor” im Lichte des Verfassungsrecht*, en *Der Zivilprozess und Rechtsstaat*, en *Festschrift Karin Grasshof* (Heidelberg, 1998), *passim*; FECHNER, Erich, *Kostenrisiko und Rechtswegsperrsteht der Rechtsweg offen?*, en *JZ.* (1969), p. 349.

<sup>62</sup> Libro Verde de la Comisión, COM (2002) 196 y Bol. 4-2002, ver en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002\\_0196es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf)

<sup>63</sup> SCHÜTZE, Rolf, *Alternative*, cit. (n.1), pp. 117-122.

## 2. *Algunas notas propias del proceso civil*

Aparte de la estructura y su finalidad que son los datos diferenciadores entre la justicia estatal y la privada, el juego de los denominados “principios procesales” y de la Justicia en el Estado de Derecho Constitucional merecen una breve descripción.

a) Eficacia y eficiencia. La justicia estatal procura también la resolución de los conflictos mediante un mecanismo eficiente denominado proceso jurisdiccional. En ello coincide con los MARC. El conflicto introducido al proceso es tratado y resuelto sólo en aspectos selectivos que procuran en definitiva reducir la complejidad de cuestiones que, aun cuando lo integren devienen en irrelevantes, cuando en vez de “conflicto” comenzamos a hablar de “litis” o de “objeto del proceso”. Si teníamos conflictos entre padres-hijos, médicos-pacientes, empresario-consumidores, trabajador-empendedor, esto se traduce en actores-demandados, partes procesales<sup>64</sup>. Los elementos irrelevantes de carácter personal u objetivos para el proceso serán descartados por impertinentes o inadmisibles<sup>65</sup>. Cabe al juez calificar jurídicamente lo que las partes alegan inquiriendo sobre la causa. Así, poder determinar cuáles hechos de la controversia precisan de prueba y poder en base a su convencimiento decidir cuál norma jurídica resulta aplicable requiere de un mecanismo (el proceso) más sofisticado. De esta manera, el conflicto inicialmente complejo es “filtrado” en sus aspectos relevantes, relativizado si se quiere y minimizado a los efectos de arribar a una decisión jurisdiccional<sup>66</sup>. La necesidad de igualdad como ficción ignora determinados detalles del conflicto en pos de un trato igualitario<sup>67</sup>.

En contraste y justamente en los MARC el conflicto y su contexto es relevante como un todo, incluso psicológicamente pueden descubrirse elementos que eran ignorados por las partes las que pueden contradictoriamente hacerlo más complejo aun. Estas búsquedas de las *underline causes* son a veces contraproducentes. Las causas profundas mediatas e inmediatas, al solo efecto de poder arribar a un consenso, pueden también implicar la construcción de un cimiento de conflicto futuro<sup>68</sup>. La “acción terapéutica” debe acudir obviamente a alternativas de resolución de conflictos que incluyan otras áreas no jurídicas que asumen un rol central pero paralelo, con el riesgo de una mayor utilización de tiempo, dinero y energías.<sup>69</sup>

b) La legitimación mediante el proceso. El proceso judicial es uno de los modos de actuación de una función estatal. Ello implica que en mayor o menor medida la decisión a la que se arribará tiene el respaldo de reglas de juego y principios estructurales-orgánicos y funcionales constitutivos del Estado con

<sup>64</sup> MÄHLER, Hans-Georg - MÄHLER, Gisela, *Gerechtigkeit in der Mediation*, en MONTADA, Dieter (editor) *Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation* (Frankfurt, 2000), pp. 9 y ss.

<sup>65</sup> PROPPE, Helmut - KRAPP, Thea, *Aussergerichtliche Verfahren- Alternative zur Ziviljustiz?*, en JA. (1990), pp. 65-68.

<sup>66</sup> Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren* (Neuwied, 1969), p. 87.

<sup>67</sup> SCHOPFLIN, Martin, *Verhandeln und Mediation*, en JA. (2000), pp. 157-164.

<sup>68</sup> GOTTWALD, Walther, *Streitbeilegung ohne Urteil*, cit. (n. 1), pp. 203 ss.

<sup>69</sup> HENKEL, Wolfram, *Die mündliche Verhandlung im Zivilprozess aus kommunikationspsychologischer Sicht*, en ZZP. 110 (1997), pp. 91-108.

antecedentes de funcionamiento pasado y cierta previsibilidad futura. Esto es reconocido y aceptado en la sociedad gozando de una presunción de legitimidad. Este dato de la tendencia de los grupos sociales a sujetarse a normas formales para la resolución de sus conflictos y así rectificar desviaciones o infracciones al derecho material no pasa desapercibido<sup>70</sup>. Independientemente del resultado por sí, es valorado el plus de la organización y funcionamiento de una sociedad en el Estado de Derecho. Quizás sea que el elemento recóndito en el individuo y los grupos sociales el que integra el misterio y quintaesencia del proceso jurisdiccional y cuya decisión, en su argumentación fundada—sea favorable o no al interés de una de las partes—, es reconocida como legítima y susceptible de generar el deber de acatarla.<sup>71</sup> Incluso se proveen de mecanismos propios para manifestar el descontento (agravio) contra las decisiones adversas y eventualmente pueden ser revertidas. Asimismo, el uso de la coerción actual o eventual es aprehendido como razonable por el individuo, sea en su favor o contra.<sup>72</sup>

Luhmann logró explicar satisfactoriamente al menos uno de los aspectos en los que se fundamenta el proceso, que no es simplemente la necesidad de rito y formalidad. La naturaleza instrumental del proceso ya no es su mera “adjetividad” sino la realización participada y dentro de una de las funciones del estado del valor justicia.<sup>73</sup> Así puede hablarse de un valor *per se* de las normas procesales en términos de Henckel<sup>74</sup>. Con este nuevo punto de partida el denominado “derecho procesal” con dimensión social no es sino la manifestación del pensamiento de tutela estatal predispuesta, efectiva y con minimización del riesgo de error con eliminación de las barreras comunicativas y participativas de las partes y los órganos intervinientes.<sup>75</sup>

Así se desmorona la visión tradicional del proceso como “batalla” en los términos de Klein, “guerra sin Cruz Roja”. La “guerra procesal” entre las partes bajo la visión del juez como mero espectador y observador pasivo de una relación lúdica donde la táctica y estrategia del más inteligente, refinado y fuerte sean suficientes para arribar a una victoria, incluso a costas de un resultado injusto, deja de tener atractivo cuando los derechos fundamentales, entre ellos el procesal, es la medida de adecuación y razonabilidad. Todos estos aspectos fueron precisamente resaltados por las investigaciones del movimiento de la *procedural justice*, donde el valor justicia es puesto como protagonista a tal punto de poderse obtener un resultado adverso para el interés subjetivo de una de las partes, pero que será aceptado por ésta como legítimo y justo, si el mismo fue obtenido de acuerdo a normas adecuadas

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, cit. (n. 66), pp. 87-90.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> PETERS, Bele, *Die Gütergedanke im deutschen Zivilprozess* (Jena, 2004), p. 35; GOTTWALD, Peter, *Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahre*, en *ZZP* 95 (1982), pp. 245-259.

<sup>74</sup> HENCKEL, Wolfram, *Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen* (Göttingen, 1966), pp. 10-60.

<sup>75</sup> Conp. JAUERNIG, Othmar, *Materielles Recht und Prozessrecht*, en *Juristische Schulung* (1971), pp. 329 y ss.; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio, *Direito material e processo*, en MARINONI, Luiz (editor), *Estudios de Direito Processual Homenagem Prof. Moniz* (Sao Paulo, 2005), pp. 404-415.

de juego, discusión, y con una resolución argumentalmente fundada<sup>76</sup>.

c) Aseguramiento y tutela de los derechos individuales. Las ventajas inicialmente difundidas en pro de los MARC no se detuvieron en algunos detalles vinculados a la tutela de los derechos individuales y su realizabilidad. La sola esperanza y sobrevaloración de la solución consensual por las partes interesadas no siempre resultan fundadas. Veamos, los MARC lograron acaparar y suplir la tradicional etapa cognitiva del proceso y apenas modalizar o abrir alternativas a la ejecutiva. Así se explica que ganaron terreno en áreas donde era posible mediante el proceso arribar a una sentencia condenatoria y no donde se llegaba a una mera declaración o constitución. En estas últimas el resultado no precisa de ejecución y la función jurisdiccional se agota con esa resolución imposible de suplir por el mero consenso<sup>77</sup>.

Pero entonces concentremos el análisis en el primer tipo, donde el resultado “condenatorio” en caso de no cumplimiento, debe ser efectivizado con el uso de la coerción estatal que está reservado como monopolio del Estado, al menos en un sistema de Estado de Derecho. Curiosamente el soporte consensual de los MARC tiene un doble límite: primero el arribo a un “consenso” que solucione la controversia y segundo, que lo acordado como solución sea “voluntariamente” cumplido. Sólo satisfechas estas instancias se asegura el éxito de los mecanismos amistosos. El límite de la buena voluntad marca el límite del éxito de estos.

Ahora bien, la tutela efectiva de los derechos implica la posibilidad y realidad de su satisfacción. Esto incluso, asegurando su ejecución aun contra la voluntad de los sujetos implicados e independiente de todo consenso individual y solo dentro del marco participativo del proceso.<sup>78</sup>

El *ex ante* el proceso civil asegura la restauración de la paz jurídica afectada y simultáneamente garantiza el restablecimiento del ordenamiento jurídico ob-

---

<sup>76</sup> TSCHENTSCHER, Axel, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (Baden-Baden, 2000), pp. 153-168; ROHL, Klaus - MACHURA, Steffan, *Procedural Justice* (Dartmouth, 1997), p. 37 ss.; GALLIGAN, Denis, *Due Process and Fair Procedures* (Oxford, 1996), pp. 187-193 y 406-411; SOLUM, Lawrence, *Procedural Justice* (San Diego, 2004), pp. 9-11, 37-45.

<sup>77</sup> La importancia de la sentencia judicial como el resultado culminante del proceso y su contenido argumental con importancias para el litigio que resuelve como para futuros casos puede verse en TARUFFO, Michelle, *La motivazione Della sentenza*, en MARINONI, Luiz (editor), *Estudos de direito processual civil. Homenagem Prof. Moniz* (Sao Paulo, 2005), pp. 166-174. Esta virtud de la sentencia no puede predicarse de los MARC. En la práctica efectivamente tienen efectos de resolver algunos conflictos, pero sin la necesidad de motivar y explicar el porqué se arribó a determinada solución y no a otra. Es suficiente la autonomía de la voluntad como “motivación”. Pero el ámbito de aplicación comparado con la sentencia es mucho menor. Así en los sistemas del Derecho Continental las partes que celebraron un contrato podrán rescindirlo, resolverlo, alguna de sus declaraciones revocarlas, pero nunca podrán “declarar de común acuerdo la nulidad del contrato”. En materia de familia, igualmente conviene distinguir algunos aspectos: el divorcio de común acuerdo requiere aparte del acuerdo cierta intervención (no nos interesa si estamos hablando de jurisdicción voluntaria o contenciosa) del órgano jurisdiccional que disuelve un antiguo estado civil y constituye uno nuevo. El solo consenso no es suficiente. Las materias patrimoniales y extramatrimoniales derivadas de los conflictos de familia (disolución de la sociedad conyugal, alimentos, etc.) son materia diferente aunque consecuyente, y en las que estadísticamente los MARC han tenido mayor éxito.

<sup>78</sup> BRUSSE, Felix, *Schlichten ist besser als Richten*, en *AnwBl.* (1997), p. 519.

jetivo mediante el resguardo de los derechos individuales vulnerados<sup>79</sup> —en esto profundizaremos más adelante—. Las formalidades y previsibilidad de las reglas de juego legitiman el aseguramiento de un grado al menos razonable<sup>80</sup> de solución. La visión *ex post* del proceso también tiene sus ventajas comparativamente al acuerdo al cual se pueda arribar por medios amistosos. La posibilidad de satisfacción en estos, al depender solo de la autonomía de la voluntad de los partícipes deja claro que podrá arribar hacia un sucedáneo del proceso judicial en su faz cognitiva pero nunca ejecutiva<sup>81</sup>. El acuerdo con fuerza ejecutiva podrá en su aspecto práctico ser un equivalente a la sentencia condenatoria y habilitar el acceso a la ejecución, pero esta última actúa justamente independiente de todo acuerdo de voluntades e incluso contra la voluntad de uno. Estas dos ópticas del *ex ante* y *ex post* son inseparables y desde el punto de vista de la legitimidad y aceptación social tienen una actuación conjunta no ignorada por el lego<sup>82</sup>.

Lo antes descrito se torna dramático en los casos de desigualdad de poder entre las partes que intentan arribar a una solución consensual. Hay aspectos que pueden pasar desapercibidos en el acercamiento “terapéutico” de las vías amistosas y que son receptados, no sólo en las leyes de fondo, sino también en las que regulan el proceso: materia laboral, de arrendamiento, protección de consumidores, intereses difusos colectivos, etc.<sup>83</sup> Es aquí donde entran en juego otras virtudes del proceso jurisdiccional como independencia, imparcialidad y *fairness* de la actuación del órgano jurisdiccional y la relación entre las partes. Los filtros que conducen a eliminar las desigualdades materiales de las partes en el proceso permiten que la igualdad formal ante los jueces no sea simplemente ilusoria<sup>84</sup>. No en vano se ha generado la discusión en el derecho procesal civil brasileño y su reforma sobre la eliminación de la categoría de “sentencia condenatoria” a los efectos de que simplemente “la pretensión de condena” al ser reconocida en el proceso de conocimiento inmediatamente sea ejecutada si no hay cumplimiento voluntario de la misma. Es que la pretensión condenatoria aspira a que se satisfaga a quien se reconoce su derecho y no simplemente se “condene” y se vuelva a depender de un nuevo incumplimiento para que recién el beneficiado por la condena deba nuevamente instar para lograr su tutela efectiva<sup>85</sup>.

d) Perfeccionamiento del derecho. Finalmente no puede dejarse de lado la importancia del proceso jurisdiccional en tanto fuente del precedente: ello es no sólo una sentencia para este proceso, sino la posibilidad de una serie de resoluciones posteriores y subsiguientes para situaciones análogas que crean, corrijan, modifiquen y adecuen la realización del derecho material. Sea que a la función jurisdiccional se le atribuya una función creadora, articuladora o

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> EICHELE, Karl, *Obligatorische vorgerichtliche Schlichtung?*, en ZRP. (1997), p. 393.

<sup>81</sup> STÜRNER, Rolf, *Grundfragen richterlicher Streitschlichtung*, en DriZ. (1976), p. 202-205

<sup>82</sup> Prütting, Hanns, *Schlichten*, cit. (n. 2), pp. 263-266..

<sup>83</sup> GOTTWALD, Peter, cit. (n. 1), p. 258-261.

<sup>84</sup> BREIDENBACH, Steffan, *Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele Konsens* (1999), pp. 207-214.

<sup>85</sup> Ver supra nota 76.

simplemente de “aplicación mecánica” del derecho sustancial, la formación del precedente es innegable y desempeña un rol de absoluta relevancia para el Estado de Derecho. Aquí nos referimos al sistema continental donde no rige el *stare decisis* propio del *Common Law*, donde el rol del precedente es aun más fuerte<sup>86</sup>. De precedentes no es posible hablar en los MARC donde no se arriba a ninguna decisión y, de arribarse, carece de fundamentación explícita y pública. Ello no es necesario, basta el mero consenso, su contenido y detalles de cómo se llegó permanecen desconocidos<sup>87</sup>.

El proceso judicial crea precedentes que contienen argumentación y en su acumulación asume un rol público de relevancia que aporta razonabilidad y complementa a la tarea legislativa y ejecutiva y a la propia jurisdiccional<sup>88</sup>. Así, los tribunales no sólo aplican el derecho al caso individual resolviendo conflictos, sino además colaboran para casos futuros<sup>89</sup>. El razonamiento por analogía o diferencia para resoluciones posteriores teniendo en cuenta argumentaciones precedentes perfecciona al ordenamiento jurídico. De esta manera la actividad de la administración de justicia se transforma en un producto social que vuelve a retroalimentarla desde un conflicto particular para su empleo por otros tribunales en casos análogos. El rol de los tribunales superiores en los recursos de casación con su rol de “depuración” y unificación del derecho en las resoluciones de los inferiores es ajeno a los MARC.

#### V. MARC Y PROCESO. LA SUPUESTA ALTERNATIVIDAD

Una pregunta central –aparentemente carente de interés– de los MARC es sobre el adjetivo calificativo de “alternativos” o “alternos”. Así si son alternativos, ¿lo son en relación a qué?

A no dudar, que ese “qué” es la jurisdicción estatal a la que luego se le sumó el juicio por árbitros (según dijimos más arriba), pues comparte su naturaleza jurisdiccional; sin embargo, es en este acápite donde nos cuestionaremos estas supuestas verdades. Incluso al menos diligente de los lectores no se le escapa que, en un primer momento, lo que ahora llamamos medios alternativos eran considerados como modos anormales de terminación del proceso. Esto es si se considera que el modo normal para resolver un conflicto es la sentencia recaída al final de un proceso judicial y, calificando de “anómalos” cuando medios que extinguen

<sup>86</sup> Cfr. DETTERBECK, Steffen, *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, en *AcP.* 192 (1992), p. 325.

<sup>87</sup> Prütting, Hanns, *Schlichten*, cit. (n. 2), p. 263 y s.

<sup>88</sup> SCHULZE, Reiner - SEIF, Ulrike, *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft* (Tübingen, 2003), pp. 1-56; ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (3ª ed. Tübingen, 1974), pp. 5-25; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, en *JuS.* (1989), pp. 161-172; HERGENRÖDER, Curt W., *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung* (Tübingen, 1995), pp. 5-67; ver el excelente trabajo de ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho* (Santiago, 2004), *passim*.

<sup>89</sup> BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos, *Temas de Direito processual otava série* (São Paulo, 2004) p. 30.

el proceso, pero que no son sentencia<sup>90</sup>.

Posterior y paulatinamente, a esos métodos autocompositivos<sup>91</sup> se les fue des-tilando esa nota “patológica” para comenzar a verlos como alternativas al proceso judicial y como medios para descongestionar la justicia estatal<sup>92</sup>. Es posible quizás proponer un nuevo enfoque; consideramos que los anteriores pecan por analizar los institutos de marras desde la mirilla del proceso jurisdiccional del Estado, esto es, “qué son” con respecto a éste, mas evitando el punto de vista externo, considerándolos en sí mismos y no, como suele hacerse, respecto de algo (proceso judicial). En este empeño es que, desde una perspectiva teleológica, analizaremos si los llamados MARC y los medios jurisdiccionales (judicial y arbitraje) comparten o no objetivos y estructura puesto que la supuesta alternatividad sólo estará dada en el caso de resultar afirmativo el interrogante<sup>93</sup>.

### 1. Comparación por la finalidad

a) Generalidades. Se pecaría de miope si se viera en la actualidad, y bajo la enseña de un Estado Social de Derecho, al proceso judicial como mero instrumento técnico destinado a satisfacer derechos subjetivos –postura individualista, resabio de la era sincrética donde el Derecho Procesal carecía de autonomía (procedimentalismo), con la acción como instituto eje de la disciplina– y no con fines públicos, tanto jurídicos (actuación de la voluntad de la ley<sup>94</sup>), como sociales y políticos<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial* (Santa Fe, 1999), II, p. 31.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 395

<sup>92</sup> Debemos alertar sobre el hecho de instituir estos medios como formas de resolver los problemas de la justicia, dado que se correría el riesgo de crear una justicia de segunda y esto es algo que no se puede tolerar (más adelante insistiremos sobre esta cuestión). Conf. BERIZONCE, Roberto, *Derecho procesal*, cit. (n.16), pp. 580-581.

<sup>93</sup> “Alternativo” en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es aquello capaz de alternar con *función igual o semejante*.

<sup>94</sup> CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. esp., Buenos Aires, 1996), sección segunda, título primero: “La jurisdicción”, esp. pp. 174-177. Coincidimos con el maestro florentino en cuanto a que la jurisdicción es una actividad cuyo fin es “garantizar la realización práctica del derecho objetivo” donde se resalta el carácter eminentemente público del proceso y del Derecho Procesal (dice el autor: “el Estado defiende con la jurisdicción su autoridad de legislador” p. 175); no obstante, creemos que resulta una postura estrictamente jurídica (y desde este plano, como se dijo, la aceptamos) y deja de lado otros fines que incluso, tal vez, sean más importantes, como la misión de proveer a la paz social con justicia (ver nota siguiente).

<sup>95</sup> Conf. DINAMARCO, Candido, *A instrumentalidade do processo* (São Paulo, 1994) *passim*, esp. capítulos IV a VII. En este estudio el autor desarrolla una nueva visión instrumentalista del proceso donde éste no se limita a ser el medio de realización de un solo objetivo, el jurídico (actuación del derecho de fondo), sino que posee, además, objetivos políticos (reafirmación de la soberanía estatal, concretizar el valor libertad y la participación ciudadana) y sociales (pacificar con *justicia* y educación sobre los derechos y obligaciones). Coincidimos plenamente con esta óptica eminentemente pública de la disciplina. La pacificación y resolución de conflictos en el proceso judicial son consecuentes de la realización y tutela del derecho material. No puede perderse de vista que existe una diferencia entre dar una debida tutela a las necesidades del derecho material y ejercer la pacificación social entendida solo como la resolución de conflictos. Confundir la causa con la consecuencia no es dato menor (ver WASSERMANN, Rudolf, *Der soziale Zivilprozess*,

Esta reivindicación del publicismo del proceso, implica una trascendencia de éste respecto de los intereses particulares de las personas que acuden al mismo<sup>96</sup>. Así, un conflicto que se judicializa, es la oportunidad para que el Estado ejerza su poder –aquí, *sub specie jurisdictionis*– no sólo para dar a las partes una solución (otorgando o negando el objeto mediato de la pretensión en la medida del derecho que se declare como cierto) que resuelva su contraposición de intereses sino, además, reafirmar su “autoridad como legislador”, reestablecer la paz social con justicia<sup>97</sup>, etc. El proceso no es ya una entelequia *inter partes* con un tercero pasivo, árbitro de las reglas del fair play, y expectante hasta la hora en que decide sobre quién tiene razón y quién carece de la misma. La sociedad actual reclama por jueces activistas<sup>98</sup> y participantes, conscientes de sí mismos como órganos instituidos por el Estado para, a través de ellos, realizar ideales que le son propios.

No requiere un arduo esfuerzo notar que, a través de los ADR/MARC, sólo se realiza uno solo de los mencionados fines (aun cuando quizás sea el más importante), a saber: lograr la paz social y aun no de forma total. Pues, como dijimos, la paz que se realiza por medio del Estado-juez debe ser justa y esta justicia, que no puede basarse en los criterios subjetivos del juzgador, se debe buscar en los parámetros que el legislador objetiviza en la ley<sup>99</sup> mas si sólo a su texto estuviere atento, sin abrirse a las mutaciones y a las presiones axiológicas de la sociedad, correrá el riesgo de apartarse de los criterios efectivamente vigentes en un momento dado de la historia. Incluso más, podríamos agregar que se debe pasar sobre la ley y buscar la mentada pauta en el programa constitucional cuando, aun interpretando histórica/sociológica/valorativamente inexistencia adecuación de la primera con la segunda y consecuentemente resulte injusta (toda vez que la constitución es la cúspide del ordenamiento positivo, la consideramos la objetivación máxima de los criterios de justicia a más que por su vocación a perdurar permite su adaptación histórica).

No obstante lo anterior, en las formas autocompositivas el poder de pacificación es muy efectivo pues no sólo se llega a un equilibrio en la contraposición

(Darmstadt, 1978), pp. 68-78). La realización y tutela adecuada del derecho material se debe fundar en el discurso jurídico que justifique (y legitime) una solución en vez de otra. Esto deviene del imperativo constitucional para con la función jurisdiccional y su vía de actuación que es el proceso judicial. Ver STÜRNER, ROLF, *Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht*, en *NJW*. (1979), pp. 2336.

<sup>96</sup> Incluso esta última afirmación resulta relativa a la vista de la escalada de derechos -medio ambiente, consumidores, moralidad administrativa, etc.- cuya supraindividualidad o la repetición de situaciones similares dan lugar a los procesos colectivos donde el actor, ab initio, es consciente de que no reclama una exclusividad. Dicho de otro modo, en este último caso la trascendencia resulta una cualidad del derecho y no de los objetivos procesales.

<sup>97</sup> Consideramos que la paz social no se logra simplemente con una resolución al conflicto sin importar el contenido de la misma (sólo sería fuente de nuevas decepciones); conf. Dinamarca, Candido, *A instrumentalidade*, cit. (n. 95), p. 161. Aceptarlo significaría una postura autoritaria del tipo “de eso no se habla” y una visión excesivamente formal de la paz, o sea, que no haya discusión, lo que crea el desprestigio del servicio de justicia y la indignación del público.

<sup>98</sup> V. BERIZONCE, Roberto, *El activismo de los jueces*, en *Derecho procesal*, cit. (n. 16), pp. 361 y ss.

<sup>99</sup> Conf. DINAMARCO, Candido, *Instrumentalidade*, cit. (n. 95), p. 293.

de intereses sino, además, a una tranquilidad espiritual<sup>100</sup> dado que la conformidad de los contrincantes es inherente a estos métodos.

b) Cada cosa en su lugar. El hecho de que los medios *sub examine*, teleológicamente, no tengan las mismas funciones que los jurisdiccionales no implica desacreditarlos, sino que obedece a nuestro propósito de diferenciar el cúmulo de institutos capaces de resolver una controversia, en la medida que vayamos colocando a cada uno en su coto respectivo. Lo que queremos decir es que proceso y ADR/MARC responden a necesidades diferentes, de más está decir que en cuestiones de orden público será inevitable la autoridad estatal; mas concentrándonos en materia disponible exclusivamente, los segundos aparecen como medios más eficaces para situaciones donde importa la solución al conflicto humano por sobre la estrictamente jurídica como las de familia<sup>101</sup>; o relaciones de tracto sucesivo, como contratos de larga duración (concesión, distribución, leasing, etc.) donde acudir a la jurisdicción del Estado importaría la ruptura definitiva del vínculo; incluso ciertos diferendos laborales, donde una solución amistosa impedirá el quiebre de la relación empleador/empleado; y en general, para no agobiar con ejemplos, toda especie de situaciones de coexistencialidad.

Vemos que los llamados medios “alternativos” son el lugar propio para resolver asuntos como los ejemplificados<sup>102</sup>, recién ante el fracaso de los mismos, y como *ultima ratio*, es que debe darse el proceso judicial. En esto reside su importancia fundamental: en que, por ejemplo la conciliación/mediación, son los métodos adecuados –en confronte con el proceso– para resolver cierta categoría de conflictos y no, como muchos creen en un palmario yerro conceptual, en la capacidad que eventualmente tengan solo para descongestionar al Poder Judicial<sup>103</sup>. Aun cuando esto último sea una consecuencia positiva, no deja de ser indirecta y nunca puede ser el motivo determinante para la implantación de los mismos bajo riesgo de crear una justicia de segunda e incluso, de hacerlo por regla y con carácter obligatorio como requisito de admisibilidad de la demanda, socavando el acceso a la jurisdicción y el *due process*<sup>104</sup>. En síntesis, la solución a los problemas de la sobrecarga

---

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> BERIZONCE, Roberto, *Derecho procesal*, cit. (n. 16), p. 596.

<sup>102</sup> BERIZONCE, Roberto, *Derecho procesal*, cit. (n. 16), p. 588: “La materia más propia de los métodos de la conciliación-mediación está constituida por ciertos tipos de conflictividad específica, aunque no limitada: en general, las controversias que versan sobre derechos de coexistencialidad, asuntos de familia y menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración en general [...]”.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 580-581.

<sup>104</sup> Así ver artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 18 de la Constitución Nacional. Ver MORELLO, Augusto, *Estudios*, cit. (n. 13), II, p. 874, quien, citando un dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al proyecto del Poder Ejecutivo sobre mediación obligatoria (luego concretizado en la ley N° 24.573), dice: “Esta obligatoriedad no solamente es gravosa sino también irrazonable de establecérsela como etapa o requisito previo de admisibilidad de las demanda, sin cuyo cumplimiento queda obstruido el acceso a la justicia. Y merece fundados reparos en su constitucionalidad, si, además la *mediación debe cumplirse en un ámbito ajeno a los tribunales judiciales*. El desmedro del Proyecto del Poder Ejecutivo que sancionó el Senado se origina en haber implementado la mediación *como paliativo* a la situación de emergencia generada por la sobrecarga de litigiosidad que sofoca la tarea judicial, *es decir, con*

de los tribunales no se deben buscar con parches o paliativos –máxime cuando son exteriores–, sino que se debe tener una política integral de reforma de la justicia que, a largo plazo y desde adentro, reestablezca el prestigio del servicio; desde el otro vértice, se deben reivindicar los “medios alternativos” por su superior capacidad para resolver cierta parcela de conflictividad.

c) *Recapitulación*. Si bien tanto los sistemas jurisdiccionales, como los (supuestamente) alternativos a ellos, son métodos destinados a resolver controversias, los segundos están preordenados pura y exclusivamente a este fin. En tanto que los primeros, en la actualidad, poseen objetivos que trascienden el interés del particular y, llegando más allá, se instituyen como garantes de la justa paz, educan sobre los derechos y obligaciones (objetivos sociales); actúan la voluntad concreta de la ley (objetivo jurídico); y, finalmente, reafirman el poder del Estado, rinden culto al valor libertad (principalmente por medio de la jurisdicción constitucional de las libertades<sup>105</sup>) y la participación ciudadana (objetivos políticos).

Asimismo se diferencian por el hecho de que cierto catálogo de disputas, reclaman soluciones desacralizadas –ajurídicas incluso–; consecuentemente, son la materia prima propia para los denominados MARC/ADR, y sólo frente al fracaso de estas técnicas, es que conviene acudir a métodos jurisdiccionales.

En definitiva proponemos el análisis del *sistema de justicia todo*, en el que se engarzan también los métodos diferenciales, donde cada parcela del mismo tiene su ámbito propio pero no en forma aislada pues, aun en las materias que destacamos como propias de los MARC, la jurisdicción estatal queda latente, en forma subsidiaria y como último recurso ante la eventual frustración de un acuerdo por las vías que aquí estudiamos<sup>106</sup>. Por esto, no dudamos en machacar y repetirnos, cada cosa a su lugar: los medios “alternativos” son métodos que demuestran una aptitud y eficacia mayor que el jurisdiccional para ciertos conflictos; éste, es el quirófano del médico, a donde –para esos conflictos– hay que llegar en última instancia como garantía final del ciudadano; asimismo, frente a ciertas circunstancias, es la vía primaria e insustituible (nos referimos no sólo a los casos en que jurídicamente es necesario el juez estatal como, v. gr. pretensiones declarativas o constitutivas; sino cuando, además de jurídica, lo es *política y socialmente*, como

---

*una finalidad que es externa a este procedimiento*” (bastardillas en el original). Elocuentes párrafos que confirman con cabalidad lo que veníamos diciendo en el texto.

<sup>105</sup> Conf. DINAMARCO, Candido, *Instrumentalidad*, cit. (n. 95), p. 172.

<sup>106</sup> Un ejemplo de esto, resulta la ley N° 11.453 de la provincia de Buenos Aires que incorpora el libro VIII al código ritual de la misma bajo el rótulo “Proceso ante los tribunales colegiados de instancia única del fuero de familia” (arts. 827 a 853). La ley citada establece, con escasas excepciones (art. 828), una etapa previa, de carácter conciliatorio, ante un funcionario adscripto al tribunal que se denomina “Consejero de Familia”. Con acierto, se establece que “en esta etapa todas las actuaciones serán sin formalidades” (art. 828 in fine) y una gran discrecionalidad de este órgano pues -analizando las particularidades del caso-, al recibir la “solicitud de trámite” debe informar en 24 horas sobre la conveniencia de la etapa previa (art. 831). Al respecto puede verse: BERIZONCE, Roberto- BERMEJO, Patricia - AMENDOLARA, Zulma, *Tribunales y proceso de familia* (La Plata, 2001), *passim*; sobre la etapa previa, ver Bermejo, Patricia, *La etapa previa en el proceso de familia en la provincia de Buenos Aires a más de seis años de su implementación*, en *Revista de Derecho Procesal* (2002) 1, pp. 41-64.

en los supuestos que dan lugar a la jurisdicción constitucional de las libertades).

Dando una respuesta parcial (analizamos sólo los objetivos) a la pregunta con que abrimos este apartado (¿son realmente alternativos?), podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que no lo son toda vez que no poseen función igual y por esto insusceptibles de alternar con el proceso jurisdiccional. Lo dicho no obsta a que, en tanto todo el conjunto se destaca como sistema de justicia, se los establezca en forma coordinada y/o en escala sucesiva. Consideramos que la verdadera alternativa es el proceso arbitral, el que –aun cuando no se ejerza por los jueces del Estado– comparte las funciones del proceso judicial<sup>107</sup>: pacifica con justicia ya que declara la voluntad concreta de la ley y permite la participación ciudadana en tanto sus jueces no son funcionarios del Estado, como asimismo, al actuar la voluntad concreta de la ley, también coadyuvan a reafirmar la autoridad de éste como legislador.

## 2. Estructura

a) Generalidades. Dijimos para resolver sobre la “alternatividad” de estos medios debíamos analizar sus objetivos y estructura. Nos abocaremos a lo segundo, dando por sentado que el primer análisis resultó negativo, a excepción de la jurisdicción arbitral, respecto de la cual creemos haber demostrado que constituye la verdadera alternativa.

Desde las primeras lecciones en la materia sabemos que el proceso está constituido por, al menos, tres etapas, a saber: introductoria o postulatoria, de prueba o instructoria y, finalmente, decisoria (eventualmente tendrá una recursiva ordinaria y luego extraordinaria; también, podrá prescindirse de la fase probatoria, no de la prueba, si se declara la causa como de puro derecho). Esto sucede tanto en el proceso judicial como en el arbitral, sea *iuris* o de amigables componedores –aun cuando posean ciertas peculiaridades en el (eventual) estadio recursivo–.

Esquemáticamente podemos decir que un tercero imparcial –nunca indiferente– debe decidir, jurídicamente, la razón de la pretensión del actor o la de la oposición a ésta que realiza el demandado, todo conforme a los argumentos que cada uno desarrolla con los escritos postulatorios y en base a una situación fáctica la cual desconoce; por eso mismo existe, desarrollada por el juez y las partes en recíproca colaboración, una actividad epistémica concretizada en la etapa probatoria, y cuyo fin es el convencimiento<sup>108</sup> judicial sobre esos hechos que las partes

<sup>107</sup> PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 2003) IX, p. 111 y ss.; BERIZONCE, Roberto dice: “...el arbitraje se considera una institución de naturaleza jurisdiccional, por la asimilación esencial de las funciones del árbitro con las del juez en el momento culminante de la decisión. Si bien los árbitros carecen de *imperium* para la ejecución de sus pronunciamientos, los laudos que expiden son ‘equivalentes’ a las sentencias de fondo judiciales.” (*Derecho Procesal...* cit. (n. 16), p. 582). Asimismo MORELLO, Augusto, *Estudios*, cit., (n. 13), II, p. 859): “Ello traduce una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado. Que en verdad tiene la misma eficacia que la sustituida y en razón de disposiciones legales que la estatuyen y reglamentan”.

<sup>108</sup> Tradicionalmente se mencionan, al menos, tres teorías -dos extremas y una media sobre el fin de la prueba: a) la búsqueda de la verdad; b) convicción/persuasión según se mire desde la óptica del juez (lo clásico) o desde la de las partes, esta es la postura mayoritaria; finalmente

alegaron para fundar sus pretensiones (positiva y negativa).

De perogrullo, tal vez, sea aclarar que esto no sucede en los métodos como conciliación/mediación. Bien se tiene dicho, en esta línea, que el acuerdo producto de éstos resulta de la negociación<sup>109</sup> entre las partes y no de una instrucción procesal<sup>110</sup>. Tan es esto así, que, en los institutos que analizamos, ni siquiera importa cómo sucedieron los hechos –lo cual constituye una premisa para que las sentencias y laudos sean intrínsecamente justos– sino equilibrar los intereses y, desde la perspectiva del proceso, se los considera como casos de prescindencia de prueba<sup>111</sup>.

b) Factores influyentes. Tanto en el proceso como en los medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos, existen diversos factores incidentes sobre el producto final e, incluso, sobre el mismo acceso<sup>112</sup>. Ocurre que agentes como el poder (económico y personal), cultura e información, tiempo, incluso meramente circunstanciales (como relación médico paciente), *etc.* tienden a desequilibrar la confrontación; estos factores, en los institutos bajo estudio, cobran una mayor relevancia toda vez que al estar basados en la negociación y no en la razón como en el proceso, hacen que su peso se sienta con más potencia dando la posibilidad a los más fuertes de imponer sus intereses sobre los de la parte débil (téngase siempre en mente que, para que un acuerdo sea verdaderamente tal, deben ser los contendientes quienes libremente dispongan de sus intereses). Agregamos el hecho de existir, en el proceso, la posibilidad del juez para utilizar sus poderes con el fin de reestablecer la igualdad real entre partes<sup>113</sup> (entre muchos ejemplos, imponiendo

quien sostiene que el fin de la prueba es la fijación formal de hechos en la sentencia. Para extenderse sobre el tema, véase WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung* (Tübingen, 1979), pp. 1-6; MARINONI, Luiz - CRUZ ARENHART, Sergio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, (2ª Ed., Sao Paulo, 2005), V, 1, pp. 83-94; FALCÓN, Enrique, *Tratado de la prueba* (Buenos Aires, 2003), II, capítulo III, *passim*.

<sup>109</sup> Por esto es que *la negociación no es encuadrable* dentro de los ADR/MARC; la misma, es la técnica utilizada para llegar al producto de estos medios (acuerdo), de la misma forma que la prueba es la que se utiliza para lograr el del proceso jurisdiccional (la sentencia). Ver STÜRNER, Rolf, *Grundfragen richterlicher Streitschlichtung*, en *DrZ.* (1976), p. 202.

<sup>110</sup> FISS, Owen, *Contra o acordo*, en *Um novo processo civil* (trad. al port., São Paulo, 2004), p. 138; se expresa en estos términos: “Dado o objetivo básico do acordo -evitar a instrução processual-, as assim chamadas ‘conclusões’ e ‘declarações’ são necessariamente produtos da negociação entre as partes, não de uma instrução processual e uma decisão judicial independente”. Véase como el autor considera, como fin de estos institutos, el sortear la fase investigativa del proceso. Nosotros no aceptamos esta postura, como venimos diciendo, el objetivo de los mismos es la resolución de controversias proveyendo a la paz social para determinado tipo de asuntos (coexistenciales); GOTTWALD, Walter, *Modelle*, cit. (n. 1), pp. 1257 ss.; KATZENMEIER, Christian, Recensión de *Günter Hager, Konflikt und Konsens. Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitbeilegung*, *Tübingen 2001*, en *JZ.* (2001), p. 922

<sup>111</sup> FALCÓN, Enrique, *Tratado*, cit. (n. 108), I, p. 158; con mayor detalle GOTTWALD, Walther, *Streitbeilegung ohne Urteil*, cit. (n. 1), p. 67.

<sup>112</sup> Véase, entre muchos otros, CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryan, *Acceso a la justicia* (trad. esp., La Plata, 1983); BERIZONCE, Roberto, *Efectivo acceso a la justicia* (La Plata, 1987), *passim* y EL MISMO, *Algunos obstáculos al acceso a la justicia*, en *Derecho procesal*, cit. (n. 16), pp.131 ss.

<sup>113</sup> Conf. FISS, Owen, cit. (n. 110), p. 126; conf. WAGNER, Gerhard, *Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen*, en *JZ.* 1998, p. 836; STADLER, Astrid, cit. (n. 1), p. 2479.

la carga probatoria a la parte que esté en mejores condiciones de producir determinada prueba); ese juez imparcial mas no neutral, activista conforme lo reclama la sociedad actual, importa una garantía frente a las desigualdades partidarias y, consecuentemente, *es su deber* ser la balanza que las equilibre.

Estas razones nos refuerzan en la idea, adelantada cuando analizamos los diferentes fines del proceso y de los medios no jurisdiccionales, de que los segundos jamás pueden ser un sucedáneo de la jurisdicción. Creer esto implica una postura ultraliberal/privatista del proceso, incompatible con el modelo de Estado actual, como mero instrumento para resolver controversias y una reacción contra el modelo de Estado Social<sup>114</sup>, intervencionista y preocupado por generar el bien común en base a una igualdad real. Insistimos en el peligro de tomar estos instrumentos, no como los medios eficaces para solucionar cierta materia de controversias, sino como verdaderas “alternativas” al proceso pues resulta una toma de posición que implica una vuelta hacia atrás, hacia la igualdad formal y la consideración mercantilista de que cualquier derecho es un bien de cambio –sin considerar las cualidades particulares de los bienes o de los sujetos–; sólo es cuestión de resolver el conflicto, no importa cómo, desde que destrabado se reestablezca el funcionamiento normal del mercado<sup>115</sup>.

Ante lo expuesto, consideramos negativa la implantación de estos mecanismos, en forma general y obligatoria, fuera de la órbita del Poder Judicial<sup>116</sup>, máxime cuando *a priori* ya se reconoce la inexistencia de esa igualdad de armas –en general, los casos de tutela diferenciada y de acompañamiento– como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de lo laboral; aquí, la posibilidad de acuerdo, ofrece mayores garantías cuando se la realiza endoprocesalmente o en una etapa previa ante un órgano adscrito al juez del trabajo, de forma similar a lo que sucede en los tribunales de familia en la provincia de Buenos Aires.

Sobre esto último podemos agregar que los MARC previos al inicio del proceso han dado excelentes resultados en materia de familia y menores, lo que contrasta con el área civil y comercial. Es que en las primeras los elementos contextuales emocionales psicológicos son mucho más relevantes y resultan mejor receptados y procesados por los “medios alternativos”, tal como venimos diciendo. La posibilidad de que el juez inste ya en el proceso a acudir a los MARCS, cuando ya vio *prima facie* las causas, alcances y posibilidades de solución del conflicto es un remedio intraprocesal valioso. Allí se abre la ventana de estos institutos dentro del proceso y con el apoyo del órgano jurisdiccional. No sólo el NCPC de 1995

<sup>114</sup> En este sentido véase FISS, Owen, *Fora do paraíso*, en *Um novo*, cit. (n. 110), p. 150.

<sup>115</sup> Seguimos a MARINONI, Luiz, *Do processo Civil Clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*, en *Génesis. Revista de direito Processual Civil* 30 (2003), p. 774. Dice el citado: “Sendo o princípio da igualdade formal imprescindível para a manutenção da liberdade e do bom funcionamento de mercado, não há como pensar em uma forma de tutela que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes, ou em forma de “tutela jurisdiccional diferenciada”, a revelar a necessidade de conferir “tratamento diferenciado” a diferentes situações e posições sociais”.

<sup>116</sup> Consúltese BERIZONCE, Roberto, *El régimen de mediación en la provincia de Buenos Aires*, en *Derecho procesal*, cit. (n. 16), pp. 601 ss.; comp. DUSS-VON-WERDT, Joseph, *Mediation und Macht*, en *Zeitschrift für Konfliktmanagement* (2000), p. 4.

establece esta posibilidad, sino también la *CPRules* inglesas de 1999 y el ZPO en el § 278.<sup>117</sup>

### 3. *Algunas conclusiones: diferencia estructural y de tésis entre el proceso judicial y los MARC*

Consideramos que hemos llegado a buen puerto en nuestro intento de demostrar que los medios no jurisdiccionales, tanto por sus objetivos como por su estructura, jamás pueden conceptuarse como una verdadera “alternativa” al proceso pues, desde la mira de su eficacia resultan infungibles (materias de coexistencialidad, etc.) dada la destinación particular de los primeros, aunque perfectamente combinables y coordinables; asimismo, aun en cuestiones donde sería posible dicha fungibilidad, el segundo ofrece mayores garantías frente a la disparidad de armas.

## VI. CONCLUSIÓN

Las palabras con las que comenzábamos que “arreglar es mejor que ir a juicio” deben entenderse en el contexto de integración y complemento entre el proceso jurisdiccional y las vías alternativas. Diferencia pero susceptibles de ser integradas. Así quizás pueda reinterpretarse la explicación de “la lucha por el derecho” de Ihering. En esta dialéctica puede revalorizarse los elementos positivos de la confrontación pero no olvidándose de la cooperación.<sup>118</sup> La sentencia judicial cumple una función de rectificación legitimada del derecho material vulnerado<sup>119</sup>. No culmina sus efectos para ese caso sino que se proyecta en forma constitutiva, correctiva, sancionadora y rectificadora para casos futuros en tanto resultado de argumentación jurídica. Pero la pacificación social no solo puede lograrse por el contradictorio, sino también confiando en la cooperación y respeto a la autonomía de decisión y voluntad de colaboración de los interesados. Una teoría de la resolución de conflictos que pretenda abstraerse de la realización de los valores del derecho material subestimando al proceso y viceversa, que desconfíe y subestime la cooperación e intereses que no tienen relevancia jurídica, pero sí de pacificación, es ciega e incompleta<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Ver en detalle STÜRNER, Rolf, en BREIDENBACH - COESTER - WALTJEN - HELL - NELLE - WOLF (editores), *Konsensuale Streitbeilegung*, cit. (n. 1), p.5, 10 ss.

<sup>118</sup> PONSCHAB, Reiner - SCHWEIZER, Adrian, *Kooperation statt Konfrontation* (Colonia, 1997), pp. 5-32; Edelstein, Wolfgang, *Mediation als sozialkognitiver Entwicklungsprozess* (congreso de Bad-Boll, 2000, inédito, *passim*..

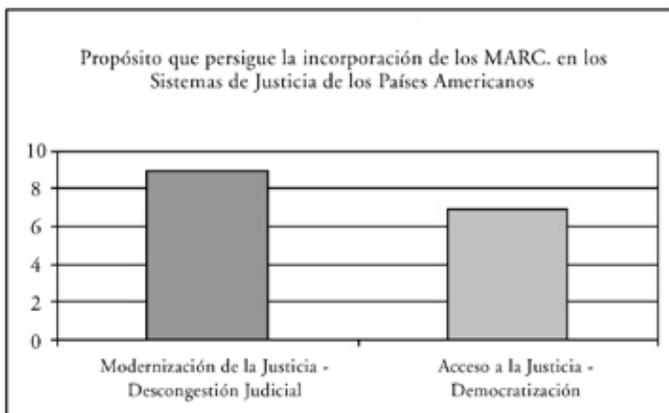
<sup>119</sup> WASSERMANN, Rudolf, *Neue Streitkultur?* en *NJW* (1998), p. 1685; FRIEDRICH, Fabian, *Aktuelle Entscheidungen zum obligatorischen außergerichtlichen Schlichtungsverfahren*, en *NJW* (2003), p. 3534.

<sup>120</sup> PRÜTTING, Hanns, *Mediation und gerichtliches Verfahren – ein nur scheinbar überraschender Vergleich*, en *Betriebsberater* 9 (1999), p. 7.

ANEXO I

*“El dilema entre los MARC y el proceso judicial no es tal. Son diferentes en sus estructuras y finalidades. Ambos pueden conducir a injusticias o resultados justos. La dinámica de los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia está en marcha, y sus urgencias y mayores desafíos tienen que ver con la capacidad del sistema para conocer, asumir y resolver las solicitudes y disputas ciudadanas. El perfeccionamiento y la consolidación de las democracias requieren de sociedades integradas y Estados de Derecho con instituciones legitimadas socialmente”. “Los sistemas de justicia son un pilar fundamental para la gobernabilidad democrática. Los sistemas de justicia, y los procesos de reforma a la justicia, deben comprender tanto el mejoramiento de las instancias judiciales y jurisdiccionales como el acceso a la administración de justicia y el beneficio para todos de la convivencia pacífica”. “Los “sistemas de justicia” y los “planes de justicia” deben integrar y comprender en una sola y gran estrategia estos objetivos. Las modalidades de resolución de conflictos, las expresiones concretas para la desjudicialización de los conflictos, las diferentes realidades de justicia local y comunitaria, etcétera, no son “alternativas” en el sentido de opuestas y contradictorias al sistema de justicia. Ellas pueden ser consideradas y promovidas como parte integrante del sistema y de los planes de justicia. La revisión conceptual basada en análisis de la realidad empírica de los procesos viene demostrando que no es posible “separar para hacer contradictorias” las llamadas “justicia formal y justicia informal”.*

ANEXO II  
ESTADÍSTICA OEA



[Recibido el 23 de mayo y aceptado el 6 de junio de 2006].