

MICHELE TARUFFO

PÁGINAS SOBRE JUSTICIA CIVIL

Traducción de
Maximiliano Aramburo Calle

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

La consideración adecuada de la naturaleza pública de los intereses involucrados en las controversias electorales podría llevar incluso a una consecuencia adicional, es decir, a configurar el poder del juez para extender su determinación de los hechos incluso más allá de las circunstancias específicas alegadas por las partes. Esto es, el vínculo ordinario del juez a los *alligata partium* debería relajarse, no eliminarse del todo, con el fin de permitir al juez tener en cuenta las violaciones de las reglas de legitimidad de las operaciones electorales que se deriven también de circunstancias no alegadas específicamente, cuando el juez llegue de cualquier modo a conocerlas en el curso del procedimiento. No se trata, ciertamente, de transformar al juez electoral en un inquisidor sin límites. Se trata, por el contrario, de reconocer que si en el ámbito de un proceso surgen hechos no alegados que de todas formas implican la violación de los derechos electorales, el juez debe poder extender también a estos hechos su labor de determinación, y eventualmente también su decisión final. En materias como la electoral, en efecto, es difícil establecer un vínculo riguroso del juez con las alegaciones de hecho realizadas por las partes, de tal manera que sólo la voluntad de éstas sea apta para delimitar el ámbito dentro del cual la eventual ilegitimidad que afecta al fenómeno electoral puede ser descubierta y eliminada.

Una vez más, por el contrario, la naturaleza pública del interés fundamental que está tutelado por medio del proceso electoral requiere que en él se proceda a una determinación posiblemente completa y objetiva de la ilegitimidad eventualmente cometida, y al restablecimiento de la legalidad en todos sus aspectos.

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

1. ASPECTOS DE LOS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. PROBLEMAS DE LAS ALTERNATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LA JURISDICCIÓN COMO ALTERNATIVA

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

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

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

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

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

4. EL PROCESO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ALTERNATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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