

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Instituto de Derecho Público



Los valores subyacentes a las vías alternativas a la jurisdicción

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Patrocinante: Andrés Bordalí Salamanca.

Alumno: Alejandra Ivón Coronado Labbé.

Valdivia, Diciembre de 2006

Valdivia, diciembre 26 de 2006

**Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile de doña **ALEJANDRA IVÓN CORONADO LABBÉ**, titulada "Los valores subyacentes a las vías alternativas a la jurisdicción".

El trabajo de la alumna parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar cuáles son los valores que inspiran las denominadas vías alternativas a la jurisdicción.

El lenguaje y las formas gramaticales han sido correctamente utilizados, lo que permite una fácil lectura y una comprensión adecuada de todos los extremos de la cuestión estudiada.

En cuanto a la bibliografía utilizada ésta es completa y actualizada y se encuentra bien citada.

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de la hipótesis propuesta por la alumna memorista. El tema es de máxima actualidad en nuestro medio jurídico, toda vez que desde hace algunos años, la coalición de gobierno ha venido impulsando activamente la utilización de vías alternativas a la tradicional tutela estatal jurisdiccional. Prueba de ello son las diversas salidas alternativas al juicio oral penal; la mediación en materia de procesos de familia y la propuesta de reforzar la institución arbitral, entre otros.

El trabajo contiene un análisis crítico de los valores que informan la tutela jurisdiccional desde su moderna configuración liberal. Esos valores son los de igualdad y seguridad jurídica. Es con ellos mismos que la alumna confronta las vías alternativas a la jurisdicción, concluyendo que éstas se inspiran en valores diferentes, como son los de eficiencia, flexibilidad, menor costo y autonomía privada.

Es de destacar una de las conclusiones más relevantes a la que arriba la autora. Como el proceso jurisdiccional y las vías alternativas a éste no siempre comparten los mismos fines, estas últimas no pueden considerarse en todo caso como alternativas efectivas al proceso. Hay fines del proceso que estas vías jamás podrán asumir, como lo constituye el respeto del principio de juridicidad en el Estado de Derecho.

Se trata en definitiva de un estudio crítico y completo muy novedoso en nuestro medio jurídico, lo que debe ser valorado muy positivamente.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Aprobada para empaste"
con nota 6.7 (seis coma siete).

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. B. Salamanca', with a long horizontal flourish extending to the right.

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRIMERO	
EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	3
1. La jurisdicción en el Estado Liberal de Derecho y en el Estado Constitucional de Derecho.....	3
2. El movimiento de las vías alternativas a la jurisdicción.....	6
2.1 Contexto y causas del surgimiento de las vías alternativas a la jurisdicción.....	7
A. Crisis del Derecho.....	8
B. Crisis de la administración de justicia.....	9
C. Nueva forma de Justicia.....	10
2.2 Conclusiones de esta parte.....	12
CAPITULO SEGUNDO	
VALORES QUE INFORMAN LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	14
1. Igualdad.....	14
2. Seguridad Jurídica.....	19
CAPITULO TERCERO	
VALORES QUE INFORMAN LAS VIAS ALTERNATIVAS A LA JURISDICCIÓN...	23
1. Eficiencia.....	24
2. Flexibilidad.....	28
3. Menor costo.....	31
4. Autonomía privada.....	33
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFIA.....	40

INTRODUCCIÓN

El conflicto es un elemento que siempre ha estado presente en la sociedad. Para su tratamiento se han creado distintos medios¹:

- a) La autodefensa.
- b) La heterocomposición.
- c) La autocomposición.

La autodefensa es el medio más primitivo de resolución de conflictos que consiste en la imposición de la solución, por la fuerza, de una persona sobre otra. El Estado, con el objetivo de lograr la paz social, ha monopolizado el uso legítimo de la fuerza y ha prohibido la autotutela, permitiéndola sólo en casos específicamente regulados como la legítima defensa.

Sin embargo, el Estado ha asumido el deber de colocar a disposición de las personas otro método, que logre resolver pacíficamente los conflictos. Éste es la heterocomposición.

La heterocomposición es una forma de resolver conflictos en la cual un tercero al cual acuden las partes formula una solución, la que es obligatoria para ellas. El proceso, junto con el arbitraje, es el método heterocompositivo por excelencia.

En la autocomposición, son las partes las que, cediendo en sus posiciones, logran llegar a un acuerdo para solucionar el conflicto. En este acuerdo puede intervenir un tercero (sin poder de decisión), como es el caso de la mediación y la conciliación, o pueden sólo participar las partes, como en la negociación.

Hasta mediados del siglo XX, el proceso era la forma habitual de resolución de conflictos. Los métodos autocompositivos eran modos anormales de terminación del proceso, ya que lo normal era que éste terminara en una sentencia. Posteriormente y ante la necesidad de descongestionar los tribunales, se les dejó de considerar anómalos para pasar a ser una alternativa a la jurisdicción².

Las vías alternativas a la jurisdicción más frecuentemente utilizadas y populares son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. También se han creado otras vías que son menos masivas como el minijuicio, la evaluación neutral previa, los expertos neutrales y nuevas formas de arbitraje (unilateralmente vinculante, de la última oferta y no vinculante)³.

En la negociación, los involucrados en el conflicto lo resuelven por sí mismos o por medio de sus abogados, haciéndose concesiones mutuas para lograr un acuerdo que los satisfaga a los dos. En la mediación, participa un tercero neutral que colabora y dirige el proceso de búsqueda de

¹ Vid. Aldea Moscoso, Rodolfo. *De la autocomposición: una contribución al estudio de la solución de los conflictos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989. p. 26.

² Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del Derecho material v/s la resolución de conflictos?” en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVII. Valparaíso, 2006. pp. 174-175.

³ Vid. Stella Álvarez, Gladis. “Mecanismos de resolución alternativa de disputas (RAD)” en *Conferencia de presidentes de Cortes Supremas de América*. Corporación Administrativa del Poder Judicial de Chile. Santiago, 1995. p. 51.

la solución, pero sin poder de decisión y con la limitación de que no puede proponer soluciones. En la conciliación, el tercero imparcial, además de dirigir el procedimiento, puede proponer soluciones, aconsejar a las partes o emitir opiniones. Finalmente en el arbitraje, las partes eligen un árbitro, lo dotan de las facultades que consideren mejor para que resuelva el conflicto y su decisión es vinculante para las partes⁴.

La implementación de las vías alternativas a la jurisdicción no sólo ha significado la creación de variadas posibilidades de resolver los conflictos de acuerdo a las particularidades de cada caso, sino que, más profundamente, ha expresado un cambio de valores en nuestra sociedad, ya que, como se sostiene en este trabajo, proceso y vías alternativas se encuentran inspirados por distintos valores.

Comienzo analizando en el primer capítulo, la transformación de la tutela jurisdiccional del Estado liberal de Derecho decimonónico al Estado constitucional de Derecho, característico de nuestra época; para después desarrollar el surgimiento, contexto y causas del movimiento de las vías alternativas a la jurisdicción. En el capítulo segundo se expondrá los valores que inspiran al proceso y sus manifestaciones. Y, finalmente en el tercer capítulo, examino los valores que subyacen a las vías alternativas y cómo ellos han significado un cambio en la tutela de los derechos y en la resolución de los conflictos que se suscitan entre los ciudadanos.

⁴ Vid. Bates Hidalgo, Luis. “Justicia de los acuerdos” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*. Ministerio de Justicia. Año 3. N° 6. Santiago, septiembre de 2004. p. 10.

Capítulo Primero

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

1. La jurisdicción en el Estado liberal de Derecho y en el Estado constitucional de Derecho

Antes de analizar específicamente el tema de este primer apartado, es necesario explicar qué se entiende por Estado de Derecho. Siguiendo a Elías Díaz⁵, es “el Estado sometido a Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad viene regulados y controlados por la ley”. Y añade que el criterio para considerar a un Estado como tal es el control jurídico que el Derecho ejerce sobre el poder y actividad del Estado⁶.

Las diferentes ideologías sobre el papel del Estado tienen influencia en la visión de la administración de justicia y la configuración de los procedimientos⁷, lo que se puede apreciar al analizar el nacimiento y evolución del Estado liberal y constitucional de Derecho.

Una vez constituidos los Estados modernos, bajo la forma de un poder absoluto, el Estado reclama para sí, entre otras, la potestad jurisdiccional, excluyendo de esta forma que los particulares resuelvan privadamente sus conflictos, especialmente a través del arbitraje, que en una época anterior gozaba de amplia difusión⁸.

El rey no sólo estaba libre de las leyes, sino que estaba por encima de ellas⁹. Efectivamente existían controles que limitaban su poder, tales como controles religiosos, morales o la ley natural, pero éstos no eran jurídicos¹⁰.

El nacimiento del Estado de Derecho se produce simultáneamente con el Estado liberal, por lo que se vinculan íntimamente¹¹. Surgen en el siglo XIX, producto de la lucha entre la burguesía y la monarquía absoluta, con el objetivo de asegurar la libertad individual y limitar el poder. El primer hito lo constituye la Gloriosa Revolución Inglesa de 1688, siguiendo la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa.

El Estado se apoya en el principio de legalidad, también conocido como “imperio de la ley”¹², por el cual la ley era considerada como el máximo acto normativo. En el plano político, figuraba como expresión de la centralización del poder¹³. Consecuencia de este principio es la igualdad de todos los individuos ante la ley, en oposición a la situación anterior en la cual existía

⁵ Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Taurus. Madrid, 1998. p. 29.

⁶ Cfr. *Ibid.* p. 30.

⁷ Vid. Damaska, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. pp. 21-23.

⁸ Vid. Schilling Fuenzalida, Mario. *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 1999. p. 26.

⁹ Vid. Kaplan, Marcos. “El Estado de Derecho: una perspectiva histórico-estructural”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*. UNAM. Año XXXII. N° 94. México D.F., enero- abril 1999. p. 79.

¹⁰ Vid. Díaz, Elías. *Op. Cit.* p. 30.

¹¹ Vid. *Ibid.* p. 31.

¹² Término usado por Elías Díaz. *Ibid.* p. 29.

¹³ Vid. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 1997. 2ª edición. p. 24.

una multiplicidad de sujetos sometidos a distintos órdenes. Ahora hay sólo un sujeto de derechos¹⁴.

Otro principio que servía de pilar al Estado liberal de Derecho era la libertad. Ésta definía la relación de la Administración y los ciudadanos con la ley. En cuanto a la Administración, la ley establecía lo que podía hacer, concibiéndose sus actuaciones como una excepción, siempre que estuviera autorizada por la ley; en conclusión, para la Administración lo que no estaba permitido estaba prohibido. Para los ciudadanos regía la regla contraria: el principio de autonomía; la ley regía como un límite externo, por lo tanto, para los ciudadanos lo que no estaba prohibido estaba permitido¹⁵.

La esencia de la ley en el Estado de Derecho era la generalidad, la que aseguraba a su vez la moderación del poder estatal, la separación de poderes y la igualdad ante la ley. Al aplicarse a todos los sujetos de derecho, sin hacer distinción, se logra garantizar la imparcialidad del Estado respecto de los grupos de la sociedad¹⁶.

El código era el modelo normativo, pues reunía todas las características de la ley, tales como ser la voluntad del legislador, su aplicación sin distinción de personas y a todo el territorio, para la realización de un proyecto político, además de ser general, abstracta y plena¹⁷.

La Constitución, compromiso entre el rey y la burguesía, era considerada para el Parlamento como un punto de partida, no como un límite de la actuación legislativa. En este sentido, la Constitución podía ser modificada legislativamente, configurándose como una norma más bien flexible e inferior, al igual que los demás actos del Estado. Su labor más significativa consistía en evitar el regreso al absolutismo¹⁸.

La separación de poderes tiene un sentido histórico e ideológico que consiste en evitar la concentración del poder, especialmente en manos del ejecutivo, para asegurar el respeto de los derechos de los individuos. En este sentido, particular importancia cobra la independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes, en consideración a su labor de fiscalizador de los actos de la Administración¹⁹.

En cuanto al proceso, el propósito que persigue en materia civil durante el Estado liberal es la resolución de conflictos, en el cual las partes tenían en sus manos la dirección del proceso desde su inicio hasta su fin²⁰. El proceso mira a una libre competencia entre las partes, que es

¹⁴ Vid. Bordalí, Andrés. *Vías alternativas a la jurisdicción*. Valdivia, 2005. p. 2. (Documento inédito)

¹⁵ Vid. Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* p. 28.

¹⁶ Vid. *Ibíd.* p. 29.

¹⁷ Vid. *Ibíd.* p. 32.

¹⁸ Vid. *Ibíd.* p. 31.

¹⁹ Vid. Díaz, Elías. *Op. Cit.* p. 47.

²⁰ Vid. Damaska, Mirjan. *Op. Cit.* p. 164. El autor hace una clasificación del Estado, basado en la idea sobre su misión, entre Estado reactivo y activista. El primero tiene como única labor mantener el equilibrio social, por lo que la administración de justicia y el proceso se asocian con la resolución de conflictos. El segundo se preocupa de gestionar la vida y conducir a la sociedad, por lo que la administración de justicia y el proceso se dedican a la implementación de las políticas del Estado (pp. 25 y 26). Después de analizar los dos tipos de estado y los objetivos del proceso judicial, los relaciona con los procesos que han surgido a través de la historia, encuadrando el proceso civil del *Laissez Faire*, como él llama al Estado liberal de Derecho, con el proceso de resolución de conflictos (p. 360).

expresión de la gran estimación que se le dio a la autonomía de la voluntad²¹, y en la cual habrá necesariamente sólo un ganador, que es el que se supone tiene la razón, y un perdedor²².

El rol del juez en el siglo XIX se limita a ser un mecánico aplicador de la única solución correcta dada por la ley a los casos concretos, con el fin de garantizar la igualdad, legalidad y evitar su arbitrariedad²³.

Después de la II Guerra Mundial se critica el Estado liberal de Derecho por profundizar las desigualdades en la sociedad y se postula un Estado de contenido social. Por otro lado, se comienza a considerar la Constitución como norma jurídica aplicable por los tribunales, creándose con este objetivo los tribunales constitucionales²⁴.

Se produce una profunda transformación, que se hace extensiva incluso a la concepción del Derecho²⁵. El lugar ocupado por la ley en el Estado liberal decimonónico es ocupado en el Estado constitucional de Derecho por la Constitución.

Este cambio también afecta a la relación de la Administración y los ciudadanos con la ley, ya que la Administración asume una función garantizadora a través de actos individuales y concretos y la gestión de grandes intereses públicos, como la salud y la educación²⁶, para los cuales la autorización previa legislativa es un obstáculo que retarda su actuación. En cuanto a los particulares, hay sectores del Derecho en los cuales se establecen prohibiciones generales como principio, que son removidas en situaciones específicas, todo en perjuicio de la libertad²⁷.

La ley va perdiendo su labor de ser instrumento de estabilidad, lo que se ve acentuado por el pluralismo de las fuerzas políticas y sociales que se expresan en los diferentes valores e intereses plasmados en la ley. El principio de legalidad entra en crisis, dando lugar a normas caóticas, contradictorias, oscuras e incoherentes²⁸. El parlamento pierde su poder absoluto sobre la ley, ya que ésta debe concordar con los preceptos de la Constitución²⁹.

En este contexto, la Constitución se erigió como el remedio necesario frente estos efectos negativos del Derecho. La Carta Fundamental reúne los principios y valores superiores de la convivencia política y social, sobre los que existe un consenso suficiente, que los deja fuera de discusión y los hace indisponibles incluso para el legislador³⁰, contribuyendo así a la seguridad jurídica que se estaba perdiendo.

En cuanto a la labor del proceso y del juez en el Estado constitucional de Derecho, no tienen como único fin la resolución de conflictos, sino que persiguen la realización, en última

²¹ Vid. Taruffo, Michele. "La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?", en *Corrupción y Estado de Derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 1996. p. 137.

²² Vid. García, Lucía. *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Editorial Dykinson. Madrid, 2003. p. 115.

²³ Vid. Bordalí, Andrés. *Op. Cit.* p. 4.

²⁴ Vid. García Pelayo, Manuel. "Estado legal y Estado constitucional de Derecho" en *El tribunal de garantías constitucionales en debate*. Fundación Friedrich Naumann. Lima, 1986. p. 28.

²⁵ Vid. Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* p. 34.

²⁶ Vid. *Ibid.* p. 34.

²⁷ Vid. *Ibid.* pp. 35-36.

²⁸ Vid. *Ibid.* pp. 37-39.

²⁹ Vid. García Pelayo, Manuel. *Op. Cit.* p. 29.

³⁰ Vid. Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* pp. 39-40.

instancia, de la Constitución³¹. Los tribunales se constituyen así como los garantes de los derechos fundamentales, de la primacía de la Constitución y de la legalidad³².

2. El movimiento de las vías alternativas a la jurisdicción

En el Estado liberal, el derecho de acceso a la justicia era el que tenían las personas para litigar o defenderse en juicio, sin preocuparse por la situación de aquellos que no podían ejercer este derecho por obstáculos económicos, entre otros³³. En la actualidad la acción es considerada un derecho humano esencial³⁴, ya que constituye la llave para ejercitar con igualdad y justicia los demás derechos³⁵.

El movimiento de las vías alternativas a la jurisdicción nace dentro de un movimiento más amplio: el acceso a la justicia, el cual consta de tres oleadas. En la primera se buscó mejorar el acceso a la justicia a través del asesoramiento gratuito de letrados a personas que carecían de recursos para proveerse uno por sí solas. La segunda oleada se dedicó al estudio e implementación de medidas para la representación de los intereses difusos o colectivos, como de los consumidores y ambientales, los cuales accedían de manera deficiente a la jurisdicción debido fundamentalmente a que los procesos tradicionales estaban configurados para la participación de sujetos individuales. Finalmente, la tercera oleada tuvo una visión más integral del tema, preocupándose, sin olvidar las anteriores, del rol del juez, los procedimientos y otras formas de resolución de conflictos distintos de la jurisdicción³⁶. Esta corriente se centra en el justiciable como “consumidor” del sistema jurídico, sin descuidar a los operadores del Derecho (jueces, abogados, auxiliares de la administración de justicia, etc.)³⁷.

Los métodos de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) pueden ser analizados desde dos perspectivas³⁸:

- Perspectiva externa al proceso: se constituyen como una alternativa al mismo, de tal manera que las partes pueden decidir a cuál método de resolución recurrir.

³¹ Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”, en *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Volumen XVI. Valdivia, julio de 2004. p. 171.

³² Vid. *Ibid.* p. 172.

³³ Vid. Gozaíni, Osvaldo. *Introducción al nuevo Derecho Procesal*. Editorial Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1988. p. 184.

³⁴ El derecho de acción ha sido consagrado por numerosos tratados internacionales, como por ejemplo el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; y el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

³⁵ Vid. Fournier Facio, Arturo. “Las reformas jurídicas en América Central”, en *Fortalecimiento de la justicia en Nicaragua: prioridades, perspectivas y soluciones*. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Managua, 2001. p. 21.

³⁶ Vid. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryan. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de cultura económica. México D.F., 1996. p. 24.

³⁷ Vid. Gozaíni, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 183.

³⁸ Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 167.

- Perspectiva interna al proceso: implica la existencia de un juicio, por lo que son alternativos a la decisión final o sentencia.

Durante el desarrollo de esta investigación me abocaré al estudio de las vías alternativas externas al proceso.

2.1 Contexto y causas del surgimiento de las vías alternativas a la jurisdicción

La utilización de las vías alternativas a la jurisdicción surge en Estados Unidos en los años 60 y 70 del siglo XX, producto de una orientación de la sociología jurídica. La idea es que las partes dispongan de distintas opciones a la hora de resolver sus conflictos, no sólo de la justicia estatal³⁹. Sin embargo, la tendencia a su implementación varía mucho de un país a otro, debido a la experiencia interna de su aplicación y al grado de la crisis de la administración de justicia⁴⁰.

Las causas que favorecieron su surgimiento son esencialmente la crisis del Derecho, la crisis de la administración de justicia y un cambio en lo que se entiende por justicia (en materia procesal penal es conocida como justicia restaurativa). Frente a esta situación se plantea que es necesario acudir a los métodos alternativos de resolución de disputas, pues son más rápidos, baratos, simples y cercanos a las necesidades y modos de sentir de las partes del conflicto. Beneficiarían también a la justicia estatal que podría dedicarse de forma exclusiva y eficiente a las materias más importantes, donde su actuación es irremplazable.

También se postula como un argumento a su favor la afirmación de que alcanzan soluciones de mejor calidad, en especial en problemas que involucran a personas que van a continuar relacionándose, tales como en asuntos entre arrendador y arrendatario, de familia, de trabajo, etc.⁴¹

Una postura moderada aboga por la utilización de los métodos de ADR sólo respecto de los derechos disponibles para las partes, ya que ellos constituyen la privatización del conflicto, al fundarse en el hecho de que se negocia de tal manera que ambas partes ceden en sus derechos⁴².

La posición más radical sostiene que los problemas que sufren el ordenamiento jurídico y el sistema procesal, antes mencionados, no tienen solución, por lo que hay que abandonar la idea de

³⁹ Vid. Taruffo, Michele. *Op. Cit.* p. 144.

⁴⁰ Vid. *Ibid.* p. 145. A pesar de esto, es posible encontrar caracteres recurrentes entre las distintas vías alternativas, tales como:

a) Privatización de la relación jurídica, por lo tanto, sólo puede tratarse de derechos disponibles.

b) Se busca una solución de compromiso en que ambas partes renuncian a parte de sus pretensiones, más que quien tiene la razón.

c) Falta de garantía para las partes, por el desconocimiento del proceso y por las injusticias que podría ocasionar un acuerdo producto del engaño o coacción

d) Falta de garantía de independencia e imparcialidad del tercero que interviene en el procedimiento. (pp. 145-146)

⁴¹ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. "Problemas de los MARC como alternativa de política pública en el sector judicial", en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia. Op. Cit.* pp. 68-69.

⁴² Vid. Bordalí, Andrés. "Justicia privada". *Op. Cit.* pp. 180-181.

la utilización de la justicia estatal⁴³. A esta postura se le ha criticado que la huida de la jurisdicción no es deseable, pues es necesario tener un parámetro, como la ley, para poder planear nuestra conducta⁴⁴.

Analizaré cada una de las causas del nacimiento de las vías alternativas, para luego señalar las críticas que se le han realizado a este movimiento.

A. Crisis del Derecho

Como se señaló anteriormente, la concepción de ley, entendida como “expresión de la voluntad general”⁴⁵, y del Derecho en general, ha sufrido una evolución desde su origen en el Estado liberal hasta nuestros días.

Liborio Hierro⁴⁶ señala que son cuatro los factores que han producido la crisis del imperio de la ley:

- a) Diversificación de las leyes y competencia entre leyes: Este factor ha cuestionado que la ley sea única y originaria y que exprese la voluntad de un sólo poder soberano.

El primer quiebre al imperio de la ley se produce con la creación de los Estados federales, en los cuales hay un doble legislador y una doble legislación: a nivel estatal y federal. También ha contribuido a esta crisis la mayor cantidad de funciones que se le atribuyen al Estado contemporáneo que han desembocado en una desordenada actividad legislativa, que suele carecer de verdadero contenido normativo y ha perdido su generalidad y abstracción por la creación de “leyes medida” aplicables a situaciones y personas concretas. Por último, la creación de diferentes categorías de leyes con procedimientos y quórum de aprobación especiales han generado discusiones tales como si la relación existente entre ellas y las leyes ordinarias es de jerarquía o competencia, lo que finalmente influye al momento de su aplicación por los tribunales.

También han influido las presiones que ejerce el electorado en el Poder Legislativo, el cual para no eludir sus promesas, suele crear normas vacías, ambiguas o contradictorias y carentes de técnica jurídica, con el objetivo de lograr respuestas rápidas, pero irreflexivas⁴⁷.

- b) Expansión de la fuerza normativa de la Constitución: El hecho que marca este factor es la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Marbury v/s Madison* (1803), en la cual el juez Marshall resolvió que los tribunales podían ejercer el control de la

⁴³ Vid. Taruffo Michele. *Op. Cit.* p. 144. Taruffo hace una crítica a los autores que consideran que la crisis de la administración es irreversible y que se debe renunciar a la vía jurisdiccional.

⁴⁴ Vid. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryan. *Op. Cit.* p. 71.

⁴⁵ Díaz, Elías. *Op. Cit.* p. 39.

⁴⁶ Cfr. Hierro, Liborio. “Imperio de la ley y la crisis de la ley”, en *Estado de Derecho. Problemas actuales*. Editorial Fontamara S.A. México D.F., 2001. 2ª edición. pp. 23-40.

⁴⁷ Vid. Pedraz Penalva, Ernesto. “Crisis y alternativas en la justicia civil” en *Corrupción y Estado de Derecho. Op. Cit.* p. 154.

constitucionalidad de las leyes, postulando, en el fondo, que la Constitución limitaba al Congreso.

Así la ley pierde su exclusividad a la hora de resolver los conflictos, constituyéndose una fuente más a disposición del juez y en posición de subordinación a la Constitución.

- c) Expansión de la fuerza normativa de los principios: Los principios, antes considerados fuente última del Derecho por ser vagos y generales, comienzan a ser utilizados por los tribunales para justificar una decisión jurídica, volviendo más incierta la resolución de los tribunales.

B. Crisis de la administración de justicia

Este tema ha sido analizado también bajo el nombre de obstáculos al acceso a la justicia⁴⁸, entre ellos se encuentran:

- a) Costos del litigio: Si bien el Estado se hace cargo de las remuneraciones de los jueces y de los funcionarios del Poder Judicial⁴⁹, hay otros gastos que deben soportar las partes al litigar.

Una de las barreras más importantes la constituyen el sistema de pago de costas conocido como “el ganador lo lleva todo”, en el cual el perdedor paga los gastos procesales en que ha incurrido el ganador, además de los suyos. Su valor puede ser tan excesivo que desincentiva a litigar.

Un costo importante también lo constituyen los honorarios de los abogados y peritos.

En las reclamaciones pequeñas, el costo del juicio puede superar el monto de la demanda o ser tan alto que la vuelva inútil.

El retraso en la tramitación puede incrementar el costo de una parte, en especial cuando la inflación es muy alta, o ejercer presión para que abandone el juicio o acepte llegar a un acuerdo en el que obtiene menos de lo que le corresponde.

- b) Demora y desconfianza: En la sociedad se suelen generar más disputas de las que los tribunales pueden resolver. La cantidad de causas atrasadas reduce el tiempo dedicado a cada una y provoca más atrasos en las tramitaciones, lo que incentiva a incumplir las obligaciones, al saber que la pretensión del demandante tendrá una satisfacción tardía, que podría transformarse en inútil, y, a su vez, genera más conflictos, creando un círculo vicioso del cual es difícil salir.

⁴⁸ Vid. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryan. *Op. Cit.* pp. 14-23; en Chile, Rodríguez Grez, Pablo. “¿Crisis de la justicia?”, en *Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. N° 12. Santiago, julio de 2005. pp. 12-21; Chodosh, Hiram. “Mediación judicial y cultura jurídica” en *Mediación judicial y tribunales*. Sección de información y cultura de la Embajada de Estados Unidos de América. Santiago, 1999. pp. 5-10; respecto de los intereses difusos: Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 179.

⁴⁹ Vid. Gozáni, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 188.

Por otra parte, el mejoramiento de la situación económica y mayor acercamiento al sistema financiero de más sectores de la población provoca más juicios (especialmente juicios ejecutivos, medidas preparatorias, apremios, etc.), ante lo cual el sistema es incapaz estructuralmente de darles solución rápida y eficiente, lo que también ocasiona la baja calidad de la argumentación de las resoluciones.

Este defecto del sistema se ve aún más difícil de abordar cuando se le asignan recursos escasos al Poder Judicial, situación que puede interesarle al Poder Ejecutivo por razones económicas, pero también para debilitar el control que la jurisdicción efectúa sobre él⁵⁰. Pero el retardo en la tramitación de las causas no suele imputarse por la sociedad a los defectos del sistema, sino a la actividad de los jueces, los cuales se llevan toda la responsabilidad, generándose desconfianza hacia ellos.

- c) Diferencia entre el poder de los litigantes: Se puede deber a ventajas estratégicas tales como su situación económica, la eficiencia para reconocer y hacer valer sus derechos (educación, experiencia, condición social, etc.) o por tratarse de litigantes frecuentes, que pueden disponer de un equipo jurídico especializado y con costos relativamente menores a los del litigante no habitual.
- d) Intereses difusos o colectivos: La justicia estatal con sus tiempos, costos y complejidad no ha sido capaz de otorgar una tutela efectiva respecto de estos “nuevos” derechos. En esta situación el interés de cada individuo es tan pequeño que no es motivo suficiente para iniciar una acción y, en caso de acumulación de demandas, pueden producirse otros problemas, como por ejemplo: la falta de acuerdo entre los interesados o que se aprovechen de los resultados del juicio personas que no participaron en él.
- e) Mala imagen del Poder Judicial: Se considera, con razón, que el retardo en los juicios es denegación de justicia; que la justicia está al servicio de las personas con mejor situación económica y que estar involucrado en un juicio es una situación tensa. A esto hay que agregar que la resolución del juez suele no coincidir con la realizada por los medios de comunicación, debido a que no están inspirados por los mismos valores, entre otros el más polémico es el principio de inocencia en materia penal.

C. Nueva forma de Justicia

Un sector de la doctrina, a favor de un nuevo concepto de justicia, conocido como justicia coexistencial, ha criticado la vía adversarial por no resolver la disputa real, entendiéndose como aquella que trasciende al conflicto jurídico y que afecta las relaciones interpersonales. Por otra parte, sostienen que tampoco deja satisfechas a ninguna de las partes, ni siquiera a la ganadora. Señalan que los estudiosos del proceso sólo se han preocupado de sus formas, descuidando el

⁵⁰ Vid. Pedraz Penalva, Ernesto. *Op. Cit.* p. 154.

contenido⁵¹. Además se tiene la sensación de que, una vez puesto el conflicto en conocimiento de los tribunales, el problema es del juez⁵² y es él que tiene que dar la solución.

El estudio científico del conflicto ha planteado que se trata un fenómeno mucho más amplio, concluyendo que su tratamiento no debiera limitarse sólo a su ámbito jurídico-judicial, sino que debe abarcarlo en su integridad⁵³.

Este movimiento sostiene que los métodos de A.D.R. han humanizado la justicia, ya que consideran las necesidades de las personas, las cuales influyen directamente en la toma de las decisiones que los afectan⁵⁴, y permite que los involucrados dejen de considerarse enemigos o acentúen sus diferencias para pasar a ser colaboradores el uno del otro, con el objetivo de mantener una agradable relación, duradera en el tiempo⁵⁵. Se trata de una justicia en la que ya no hay un perdedor, pues todos ganan.

En materia penal, esta nueva justicia se le conoce como justicia restaurativa, en oposición a los modelos clásicos liberales: retributivo, basado en el castigo de la conducta ilícita, y resocializador⁵⁶. El método de resolución alternativa de conflictos utilizado usualmente en este ámbito es la mediación penal.

Este modelo de justicia ha estado presente en las comunidades más primitivas e incluso sus orígenes más remotos se atribuyen a Asia y África⁵⁷. Durante la formación de los Estados nacionales en Europa, las monarquías optaron por la justicia retributiva, pues así podían controlar la aplicación de la regulación en los conflictos. El rey pasó a reemplazar a la víctima, por lo tanto, los delitos, más que una ofensa al afectado por él, eran una ofensa a la tranquilidad del rey. El tratamiento del delito se centró en el castigo por la violación de una norma, más que en la reparación del daño causado a una persona específica⁵⁸.

En nuestra tradición jurídica, la justicia restaurativa, que ha tenido mayor aplicación en la justicia penal juvenil, se ha desarrollado gracias a la influencia de movimientos como el abolicionismo y la victimología. El primero postula prescindir del concepto de delito para dejar la resolución del asunto netamente en manos de la víctima y el infractor, excluyendo cualquier participación del Estado; al abolicionismo se le critica por desconocer los derechos y garantías que otorga el sistema penal y prescinde del Derecho. La victimología, por su parte, hizo notar la

⁵¹ Vid. Ares de Giordano, Consuelo. *Mediación, conflictos y soluciones razonables*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2004. p. 62.

⁵² Vid. Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo & Padilla, Roberto. *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997. p. 41.

⁵³ Vid. Arias, Randall & Paris, Hernando. "Elementos para una política de justicia y promoción de la resolución alterna de conflictos: la experiencia de Costa Rica" en *I Jornadas de Mediación y Políticas Públicas*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, 1999. p. 23.

⁵⁴ Vid. Ares de Giordano, Consuelo. *Op. Cit.* p. 170.

⁵⁵ Vid. Lorca Muñoz, Lorena. "Técnica de negociación: Análisis a partir de las herramientas del modelo de negociación de Harvard" en *Derecho y Humanidades*. Universidad de Chile. N° 8. Santiago, 2000-2001. p. 116.

⁵⁶ Vid. Blanco, Rafael et. al. "Justicia restaurativa. Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de políticas públicas", en *Colección de Investigaciones Jurídicas de Universidad Alberto Hurtado*. Universidad Alberto Hurtado. N° 6. Santiago, 2004. p. 15.

⁵⁷ Para mayor profundización del tema: *Ibid.* pp. 21-24.

⁵⁸ Vid. *Ibid.* p. 17.

falta de participación activa de la víctima en el proceso penal, lo que producía su insatisfacción y la sensación de que el proceso y la pena no eran justos⁵⁹.

También en este ámbito se puede hablar de una crisis específica del sistema procesal penal cuyas manifestaciones son la incapacidad de los Estados de hacerse cargo de la seguridad ciudadana y la represión de la criminalidad, y el fracaso de la política de rehabilitación⁶⁰.

Las ideas centrales son la inclusión de nuevas partes, además de la víctima y del ofensor, la familia y la comunidad; y la participación de ellas para que, a través del diálogo de los hechos y emociones, se llegue a un acuerdo para la reparación del daño que satisfaga a todos⁶¹.

Esta nueva forma de entender la justicia es beneficiosa para la víctima, pues el expresar sus sentimientos al infractor le puede ayudar a superar el impacto del delito, y para el infractor, pues toma más conciencia del daño que realizó. Ambas partes sienten el procedimiento como más justo, lo que contribuiría a aumentar el respeto del Derecho y reducir la reincidencia⁶².

Por lo tanto, el punto clave en la justicia restaurativa es la reparación de la víctima directa del delito⁶³, concepto utilizado fundamentalmente en el área civil, sin necesidad de prescindir totalmente del Estado, a diferencia de los postulados del abolicionismo, buscando dar mayor espacio a la sociedad para resolver sus conflictos⁶⁴.

2.2 Conclusiones de esta parte

Este movimiento de las vías alternativas a la jurisdicción considera que éstas son menos antagónicas, más económicas y flexibles que el proceso judicial. La participación activa de los involucrados hace que sean más conciliatorias, francas en la discusión y productivas en las soluciones; además pueden controlar la solución final, adaptándola a sus intereses y necesidades e incentivando su cumplimiento voluntario⁶⁵.

Las principales críticas que se le formulan a este movimiento se pueden resumir en que se trataría de una justicia “de segunda clase” a la que se recurre por la incapacidad del Estado de satisfacer las demandas de justicia “de primera clase” o estatal; favorece a las personas con mejor posición económica y educacional que tendrán mayor poder negociador que los que no cuentan con estos factores, lo que podría transformarse en la “compra” de los derechos de los más débiles; permiten burlar las leyes, lo que acarrea una vulneración al derecho a la igualdad; y no se

⁵⁹ Vid. Larrauri Pijoan, Elena. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en *Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. Año LXIV. Vol. LXI. N° 138. Medellín, junio de 2004. p. 58.

⁶⁰ Vid. Blanco, Rafael et. al. *Op. Cit.* p. 18.

⁶¹ Vid. *Ibíd.* p. 10.

⁶² Vid. Larrauri Pijoan, Elena. *Op. Cit.* p. 62.

⁶³ Vid. Díaz Gude, Alejandra. “Justicia restaurativa: conceptos y modelos prácticos” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia. Op. Cit.* p. 23.

⁶⁴ Vid. Larrauri Pijoan, Elena. *Op. Cit.* p. 65.

⁶⁵ Vid. Chodosh, Hiram. *Op. Cit.* p. 7.

garantiza el derecho a defensa, en especial cuando no intervienen abogados o los terceros imparciales son de una profesión distinta a la legal⁶⁶.

Cappelletti y Garth⁶⁷ han destacado que este movimiento ha impulsado un “cambio en la jerarquía de valores de los procedimientos civiles”. Sin embargo, en su opinión, no se debería sacrificar los valores fundamentales de la justicia estatal, que han tenido dos siglos de desarrollo y han logrado –en cierta forma– evitar las arbitrariedades e injusticias.

⁶⁶ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* p. 70.

⁶⁷ Cfr. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryan. *Op. Cit.* pp. 98-99.

Capítulo Segundo

VALORES QUE INFORMAN LA TUTELA JURISDICCIONAL

El proceso llevado a cabo por los tribunales de justicia es el medio ideado por el Estado de Derecho para otorgar tutela a los derechos y dar resolución a los conflictos entre los ciudadanos. Es un método heterocompositivo de resolución de conflictos a través de la aplicación del Derecho, que se le entrega a un tercero imparcial, en este caso el juez⁶⁸.

Como ya se señaló en el primer capítulo, la vía jurisdiccional ha sido la consecuencia de un desarrollo de, por lo menos, dos siglos, los cuales con sus diferentes ideologías han contribuido a la configuración de lo que es en la actualidad nuestra justicia estatal.

Estas ideologías no sólo han tenido influencia en la disposición del proceso, en cuanto a sus trámites o su aspecto formal, sino también, y muy especialmente, en los valores que lo inspiran.

Ahora pasaré a analizar estos valores: igualdad y seguridad jurídica, señalando también sus expresiones concretas en el proceso.

1. Igualdad

La igualdad es uno de los grandes valores, junto con la libertad y la fraternidad, que fueron propugnados por la Revolución Francesa.

Tiene su garantía, especialmente, en la generalidad de la ley, ya que ella da un tratamiento uniforme a todos, sin hacer distinciones, y en caso contrario –que se establezca alguna diferencia– debe apoyarse en un fundamento objetivo y razonable⁶⁹. Se trata de un mandato dirigido de forma especial al legislador. Esta igualdad es conocida por la doctrina como “igualdad en la ley”⁷⁰ y en nuestro país se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental bajo el epígrafe de “igualdad ante la ley”.

Sin embargo, este valor así concebido quedaría sin utilidad práctica si se permitiese que los órganos encargados de la aplicación de la ley no lo respetaran al cumplir con su cometido⁷¹. Para evitar esta situación se ha entendido que la garantía de la igualdad también abarca la “igualdad en la aplicación de la ley”, que en nuestra Constitución se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 como “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y que se trata de un mandato dirigido especialmente a los órganos encargados de tutelar judicialmente los derechos.

⁶⁸ Vid. Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín & Gimeno Sendra, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Colex. Madrid, 1997. 2ª edición. p. 277.

⁶⁹ Vid. Ollero Tassara, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. p. 33.

⁷⁰ Vid. *Ibid.* p. 19.

⁷¹ Vid. ° Egaña, José Luis. “La igual protección de los derechos” en *Revista chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 9. N° 3. Santiago, septiembre-diciembre de 1982. p. 521.

Este último sentido de la igualdad –en la aplicación de la ley– es el que nos interesa para el desarrollo de este trabajo.

Sería conveniente preguntarse por qué es importante hacer esta distinción entre igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, además, por supuesto, de los fines de esta investigación.

Un primer aspecto relevante de esta distinción radica en el hecho de que puede producirse una transgresión a la igualdad sólo en uno de los aspectos de ella, no necesariamente a ambos⁷².

En segundo lugar, los mecanismos de tutela de ambos son diferentes: si se trata de igualdad en la ley, es una norma la que vulnera la igualdad, por lo tanto, los medios de impugnación que contiene nuestro sistema jurídico son el control preventivo de las leyes y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ambos de competencia del Tribunal Constitucional⁷³. En cambio, si se trata de la aplicación de la ley, el instrumento será el recurso de casación de competencia de la Corte Suprema.

Ahora, centrándonos en la igualdad en la aplicación de la ley, la analizaré desde dos perspectivas:

- 1) La igualdad como valor en el proceso asegura un trato parejo a las partes por los funcionarios de la administración de justicia, lo que se ve reafirmado por el hecho de que el legislador les otorga iguales facultades y cargas procesales; se preocupa de equilibrar a los que no se encuentran en igualdad de condiciones, ya sea por diferencias de carácter económico, de educación o de otra índole; y repudia toda discriminación arbitraria⁷⁴, basada por ejemplo en razones de raza, sexo, situación socioeconómica, entre otros, que favorezca a una parte en perjuicio de la otra⁷⁵.

Así entendida la igualdad se relaciona con la justicia⁷⁶, comprendida como la regla de que se debe tratar igual a los que son iguales y desigual a los que son desiguales⁷⁷. Esta relación fue manifestada por Aristóteles, que distinguió dos clases de justicia que contenían postulados de igualdad: la justicia conmutativa, que personifica la igualdad

⁷² Como sería en el ejemplo de una ley que es discriminatoria, pero su aplicación no lo es o viceversa. Vid. Figueroa, Rodolfo. “Igualdad y discriminación” en *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Cuaderno de Análisis Jurídicos. Serie Publicaciones Especiales N° 10. Universidad Diego Portales. Santiago, octubre de 2000. (Disponible en Web: [<http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/10/figueroa.pdf>]) Consultada el 12 de noviembre de 2006). p. 33.

⁷³ Vid. *Ibid.* p. 33.

⁷⁴ No es una discriminación arbitraria el otorgamiento por parte del Estado de asistencia jurídica gratuita a quien no puede procurárselo por sí sólo cuando carece de medios económicos suficientes.

⁷⁵ Vid. Vásquez Espina, Marcos. “El debido proceso, una perspectiva procedimental práctica” en *Revista del abogado*. Colegio de abogados de Chile. N° 29. Año 8. Santiago, noviembre de 2003. p. 13.

⁷⁶ La relación de la igualdad con la justicia es aceptada de forma general y tratada por muchos autores. Vid. Montt Rettig, Paulo. “El valor de la igualdad en los fallos judiciales: ¿Discriminación arbitraria de nuestros tribunales?” en *Derecho y Humanidades*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. N° 8. Santiago, 2000-2001. p. 109; Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de cultura económica. México D.F., 1951. pp. 31-45; “El fin del Derecho” en *Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma del México. México D.F., 1960. 3ª edición. pp. 96-105; Streeter Prieto, Jorge. “Justicia e igualdad” en *Justicia y Libertad en Chile*. Corporación Libertas. Santiago, 1992. pp. 91-102; Fernández González, Miguel Ángel. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2001. pp. 30-33.

⁷⁷ Vid. Montt Rettig, Paulo. *Op. Cit.* p. 109. Este autor señala que “la igualdad es un concepto axiológicamente neutro, y que es la justicia lo que le da valor a la igualdad (...)”.

absoluta entre una prestación y contraprestación, y la justicia distributiva, que encarna la igualdad proporcional en el trato dado a distintos sujetos⁷⁸.

- 2) El segundo aspecto de la igualdad en el proceso está constituido por la aplicación del Derecho en la resolución del asunto sometido al conocimiento del tribunal. En este sentido, igualdad se identifica con legalidad⁷⁹.

La ley pone fin al debate político, el que no puede ser reabierto en la fase judicial. Esta limitación a la actividad del juez se garantiza con su sujeción a la ley⁸⁰, excluyendo cualquier otra consideración, como su opinión personal en el asunto sometido a su conocimiento, e impidiendo que en litigios sustancialmente iguales, en los que se aplica una misma norma, un tribunal pueda dar arbitrariamente soluciones distintas.

Siguiendo en esta línea, el respeto al precedente constituye una garantía de la igualdad en la aplicación de la ley⁸¹, porque es el medio idóneo que asegura que las personas obtengan de los tribunales soluciones iguales a las otorgadas anteriormente a otras personas, cuando entre ambos juicios existe una similitud que amerite que se le dé un trato semejante. Dicho de otra forma, que un tribunal decida de una forma diferente a la resuelta en un caso previo, cuando entre ambos existe una similitud sustancial, es una vulneración a la igualdad en la aplicación de la ley, en definitiva, una arbitrariedad.

El precedente obliga al juez en razón de su sujeción al Derecho y dentro de éste se encuentra el derecho de todas las personas de ser tratadas de igual manera en la tutela de sus derechos, asimismo se configura como un límite a la arbitrariedad de su actuación. Con todo, esto no excluye de forma definitiva la posibilidad del juez de apartarse de la decisión anterior. El juez puede resolver de forma diferente siempre y cuando justifique suficiente y razonablemente el motivo para hacerlo⁸².

El respeto al precedente se constituye también como garantía de la seguridad jurídica, como se desarrollará en el apartado siguiente, ya que predetermina la solución judicial a la decisión pronunciada con anterioridad, permitiendo la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de una conducta.

La casación es otra institución jurídica que tiene como objetivo tutelar la igual aplicación del Derecho, que actúa, a petición del afectado, una vez que este derecho ha sido vulnerado con el objetivo de reestablecerlo. Sin embargo, hay que tener en consideración que el objetivo de la casación ha sido un punto muy debatido por la doctrina, la cual se divide entre la función ya señalada o uniformadora, la función de velar por la correcta aplicación e interpretación de la ley o nomofilaquia, y la de obtener justicia al caso concreto o función dikelógica⁸³.

⁷⁸ Vid. Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 31-32.

⁷⁹ Vid. Fernández González, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 31.

⁸⁰ Vid. Ollero Tassara, Andrés. Op. Cit. pp. 16-17.

⁸¹ Ollero sostiene que “la conexión entre la igualdad “en la aplicación de la ley” y el respeto al precedente llega así a convertirse en obvia.” (p. 76)

⁸² Vid. *Ibid.* p. 20.

⁸³ Sobre las funciones de la casación: Vid. Carocca, Alex. “Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema” en *Ius et Praxis*. Volumen 4. N° 1. Talca, 1998. pp. 214-218.

La casación tiene sus orígenes remotos en Francia durante el Antiguo Régimen. En este período se trataba de un instrumento que tenía por objetivo velar por que los jueces respetaran las ordenanzas reales, por eso se le concedía sólo al rey la posibilidad de accionar en casación, la que era conocida por el *Conseil des parties*. Con el tiempo se les confirió a los particulares la posibilidad de recurrir por sí mismos de casación⁸⁴.

Pero no sería sino hasta la Revolución Francesa donde se configuraría la casación como se conoce hoy en día⁸⁵. Durante la Revolución, la casación se concibió como el medio apropiado para garantizar los postulados de la ley como manifestación de la voluntad general y la separación de poderes frente a los posibles abusos de los jueces al aplicar la ley⁸⁶. Esta función es conocida por la doctrina con el nombre de “nomofilaquia” o defensa de la ley. Por lo tanto, en su comienzo se trató de un instrumento político cuyo propósito era resguardar al Legislativo, representante del Pueblo, de los ataques que el Poder Judicial podía realizar en su labor de resolver los conflictos⁸⁷. Esto se puede comprobar a simple vista tomando en consideración que el Tribunal de Casación francés en sus orígenes revolucionarios estaba dentro de la organización del Poder Legislativo con carácter autónomo, pues los constituyentes estimaron que no podía estar dentro del mismo poder que estaba destinado a vigilar⁸⁸.

La evolución de la casación francesa culmina con la ley de 1º de abril de 1837. Esta ley transforma la casación en un recurso jurisdiccional de competencia del máximo órgano judicial, la Corte de Casación, en el que se revisaba el Derecho y no los hechos, cuya principal finalidad era servir a la unificación de la jurisprudencia⁸⁹.

En conclusión, la casación surge como un instrumento político para controlar la labor del Poder Judicial y evoluciona hacia un recurso jurisdiccional que los ciudadanos tienen en sus manos para solicitar que se les aplique correctamente la ley al caso concreto.

En cuanto a la función que actualmente cumple la casación, considero que la nomofilaquia es una función que ha ido perdiendo importancia, ya que son precisamente los tribunales de justicia los que se erigen como los defensores de los derechos fundamentales, la legalidad y la Constitución. Por lo tanto, resulta paradójico resguardar la ley de sus propios garantes. La función de uniformar la jurisprudencia es, a mi entender, la más representativa del recurso de casación. Sin embargo, es necesario tener en consideración que esta función no se basta a sí misma, sino que tiene como fin último el velar por el respeto del derecho a la igual aplicación de la ley, lo que se confirma por el hecho de que la casación sea un recurso concedido al afectado por una resolución judicial y sea él quien en definitiva decida si lo interpone o no. Esto es sin perjuicio de las hipótesis previstas por la ley para casar de oficio.

⁸⁴ Vid. Latorre Florido, Cecilia. “El recurso de casación civil: Antecedentes históricos y perfil actual” en *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. N° 12. Santiago, diciembre de 2004. pp. 105-106.

⁸⁵ Vid. *Ibíd.* p. 100.

⁸⁶ Vid. Morón Palomino, Manuel. *La nueva casación civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001. p. 30.

⁸⁷ Vid. Latorre Florido, Cecilia. *Op. Cit.* p. 111.

⁸⁸ Vid. Arteaga Vial, Ángela & González Aracena, Benita. “Corte Suprema: ¿Tribunal de Casación?” en *Revista chilena de Derecho*. Volumen 13. N° 1. Santiago, enero-abril de 1986. p. 113.

⁸⁹ Vid. Morón Palomino, Manuel. *Op. Cit.* p. 37.

En apoyo de lo sostenido, se ha señalado que la unificación de la jurisprudencia constituye el fin inmediato del recurso de casación y que la seguridad jurídica y la igual aplicación de la ley serían sus fines mediatos⁹⁰.

En Chile, como ya se señaló, la igualdad en la aplicación de la ley se encuentra recogida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución con el nombre de “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. La interpretación que la doctrina le ha atribuido a esta norma es que cualquier persona tiene derecho a recurrir ante los tribunales o cualquier otra autoridad para ser atendido con arreglo a unas mismas normas y a un mismo procedimiento y es deber del Estado remover los obstáculos que impidan su ejercicio⁹¹.

La Corte Suprema, al resolver un recurso de inaplicabilidad, ha manifestado los dos aspectos de este derecho que se analizaron anteriormente (igualdad en el trato y aplicación del Derecho) al señalar que esta garantía “implica juzgar por idénticas normas y aplicar igual tratamiento en juicio a todos aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones”⁹².

En opinión de Palomo Vélez⁹³, este derecho sería “excesivamente formal (de poca sustancia) y de escasa operatividad práctica”, ya que no constituye un derecho a la tutela jurisdiccional por estar restringido sólo a la igualdad. Hay que considerar que este autor sostiene esta idea dentro del desarrollo de un trabajo más amplio que se refiere a las garantías procesales en la normativa constitucional. Por esto, en mi opinión, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sí se encuentra suficientemente recogido en nuestra Constitución, pero, compartiendo la apreciación de este autor, no es apto para constituir un verdadero derecho a la tutela judicial, que por ser un derecho más amplio que la igualdad, requiere que a nivel constitucional se reconozcan otras garantías como, por ejemplo, la imparcialidad del juez, que no está consagrada expresamente en la Constitución, pero que se integra al bloque de constitucionalidad gracias al artículo 5 del mismo cuerpo normativo.

En cuanto al alcance que tiene esta norma se ha señalado por un sector de la doctrina, en base al estudio de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que ella no se restringe sólo al Poder Judicial, sino a toda autoridad y, aún, órgano de la comunidad ante el cual se solicite la protección de un derecho⁹⁴.

⁹⁰ Vid. Arteaga Vial, Ángela & Benita González Aracena. *Op. Cit.* p. 113.

⁹¹ Vid. Palomo Vélez, Diego. “Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi” en *Ius et Praxis*. Volumen 8. N° 2. Talca, 2002. p. 268; Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho, Constitucional. De los derechos y los deberes constitucionales*. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. p. 142

⁹² Fallo de Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad “Francisco Covarrubias Fernández”, de 13 de diciembre de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 97. N° 3. Segunda parte. Sección primera. Considerando 4°. p. 239.

⁹³ Palomo Vélez, Diego. *Op. Cit.* p. 268. Sostiene que el derecho garantizado por la Constitución en su artículo 19 N° 3 es necesario complementarlo, en virtud del artículo 5° de este mismo cuerpo normativo, con la Convención Americana de Derechos Humanos, que contiene un catálogo más exhaustivo de las garantías procesales en su artículo 8 numeral 2.

⁹⁴ Vid. Silva Bascuñán, Alejandro. *Op. Cit.* p. 143; Cea Egaña, José Luis. “Marco constitucional del proceso justo” en *Revista chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 9. N° 1. Santiago, enero-mayo de 1982. p. 74.

Para terminar con este apartado y resumiendo lo señalado precedentemente, es preciso señalar las expresiones del proceso que se inspiran en el valor de la igualdad en la aplicación de la ley⁹⁵:

- Respecto a la situación del juez, la igualdad hace necesaria su imparcialidad frente a las partes y su independencia respecto de los demás poderes públicos. También determina su sujeción al Derecho y el respeto del precedente.
- Respecto de las partes, la igualdad exige que el derecho de acción se encuentre asegurado de manera universal.

El respeto del precedente también es relevante en este punto, ya que se constituye en garantía para las partes de que serán tratadas de igual manera y tendrán idéntica solución a su conflicto que la otorgada a otras personas que recurrieron con anterioridad a los tribunales, si entre ambos existen similitudes que ameriten que se le dé igual trato.

Por otro lado, garantiza la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso de tal manera que ninguna tenga más facultades que la otra, el derecho a ser oído y a defensa, y el derecho a interponer recursos contra la resoluciones del juez, en especial el recurso de casación.

- Respecto del proceso propiamente tal, este valor se refleja en la gratuidad de los servicios de los abogados y otros gastos judiciales (servicios de receptores, notarios, conservadores, etc.) para las personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes para pagarlos; además constituye un deber del Estado, que ha prohibido la autotutela, eliminar todos los obstáculos al acceso a la justicia.

2. Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica es un valor que se constituye en pilar de todo el Derecho y que, por lo tanto, tiene influencia también en el proceso. Se relaciona íntimamente con la igualdad y sus expresiones suelen coincidir como se verá más adelante. Su importancia radica en la necesidad de la sociedad de tener modelos normativos claros y precisos en que la continuidad esté, en cierta forma, garantizada⁹⁶.

De forma general se le define como posibilidad de prever las consecuencias que en el Derecho tendrá su conducta o la de los demás y poder planificar su actuación conforme a ellas. Por lo tanto, sería un ataque a la seguridad jurídica situaciones como normas contradictorias entre sí, normas que no se aplican o se dejan de aplicar en casos particulares, etc.⁹⁷

⁹⁵ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Conflicto social, Derecho y proceso*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 1980. pp. 63-75.

⁹⁶ Vid. Bacigalupo, Enrique. "Jurisprudencia y seguridad jurídica" en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001. p. 131.

⁹⁷ Vid. Hierro, Liborio. "Seguridad Jurídica y actuación administrativa". en *Estado de Derecho. Problemas actuales*. *Op. Cit.* p. 60.

De su definición se puede intuir la relación que tiene este valor con la libertad, ya que uno de sus requisitos mínimos para hacerla realidad en un Estado de Derecho consiste en poder prever las actuaciones de las demás personas y de los poderes públicos, y conforme a ellas poder decidir como actuar⁹⁸.

Radbruch⁹⁹ ha señalado que el sólo hecho de la positivización del Derecho es una garantía de seguridad jurídica. También ha sostenido que la seguridad jurídica exige la generalidad de las leyes, ya que es la única forma de regular previamente la mayor cantidad de situaciones.

Esto no implica la inmutabilidad del Derecho a favor de una seguridad jurídica irrestricta, sino por el contrario, las modificaciones al mismo son una realidad y también una necesidad, que se producen a través de unos procedimientos conocidos y regulares¹⁰⁰. En este sentido, cobra importancia como garantía de este valor la publicidad de las leyes¹⁰¹, ya que es necesario conocer las leyes para planificar la propia conducta y prever la de los demás.

Hay principios, técnicas e instituciones jurídicas que están inspiradas en la seguridad jurídica como por ejemplo la jerarquía normativa, la irretroactividad de las normas, la derogación especialmente la expresa, la inexcusabilidad del error de derecho y la prescripción¹⁰².

No sólo en la actividad legislativa la seguridad jurídica se constituye como base de su actuación, sino también en la aplicación judicial del Derecho, pues es indispensable que ella resulte previsible y calculable. Por lo tanto, la seguridad se refiere tanto a las normas en abstracto, como aplicadas al caso concreto¹⁰³.

La seguridad jurídica como valor de la tutela jurisdiccional de derechos consiste en la posibilidad que tienen las personas de prever la actividad de los órganos judiciales y las consecuencias de sus propias actuaciones ante ellos.

Por esto las normas procesales no constituyen meros obstáculos rituales que impiden una justicia rápida, en definitiva, inútiles, sino por el contrario permiten garantizar la seguridad jurídica y otros derechos como el derecho a defensa. En este sentido, la celeridad y simplificación excesiva del proceso podrían sacrificar derechos fundamentales indispensables en un Estado de Derecho¹⁰⁴.

No obstante, producto de la evolución del Estado de Derecho de liberal a constitucional, la seguridad jurídica ha variado de significación. Ya no es un valor que se encuentre presente en igual nivel que en el siglo XIX cuando se concebía la ley como una norma general y abstracta.

⁹⁸ Vid. Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.* p. 139.

⁹⁹ Cfr. Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* *Op. Cit.* p. 40.

¹⁰⁰ Vid. Delos, J.T. *Op. Cit.* p. 68.

¹⁰¹ La publicación de las leyes en un diario de carácter oficial es el método universalmente aceptado para dar cumplimiento a la publicidad de las leyes. Vid. Reyes Olmedo, Patricia. "Informática, seguridad jurídica y certeza en el conocimiento del derecho" en *Revista chilena de Derecho Informático.* Universidad de Chile. N° 1. Santiago, 2002. (Disponible en Web: [http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_articulo/0,1433,SCID%253D10850%2526ISID%253D291,00.htm] Consultada el 11 de noviembre de 2006).

¹⁰² Vid. Hierro, Liborio. "Seguridad Jurídica y actuación administrativa". *Op. Cit.* pp. 60-61.

¹⁰³ Vid. Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.* p. 134.

¹⁰⁴ Vid. Pedraz Penalva, Ernesto. *Op. Cit.* pp. 163-162.

En opinión de Zagrebelsky¹⁰⁵, la fijeza, que es un aspecto de la seguridad jurídica, ya no es una característica de los actuales sistemas jurídicos, pero la constante transformación de la legislación no debiera permitir que se pierdan otros valores como la igualdad, la previsibilidad y la interdicción de la arbitrariedad de la actuación de los órganos estatales. La falta de fijeza del Derecho influye en la aplicación judicial de la ley, pero, sostiene este autor, no es responsabilidad de los jueces, sino de la falta de uniformidad en la sociedad en cuanto a los principios que rigen al Derecho.

La garantía de la seguridad jurídica también tiene unas exigencias para que ella se realice en la práctica¹⁰⁶, a saber:

- Respecto de la situación del juez, este valor exige la previa determinación del órgano judicial competente para resolver el litigio o, como también es conocida esta garantía, el derecho a un juez natural. En nuestra Constitución este derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política, que prescribe que “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. El Código Procesal Penal también lo reconoce en idénticos términos en su artículo 2°.

La independencia del juez, tanto interna como externa, también juega un rol importante respecto de la seguridad jurídica, ya que garantiza que el juez que la resolución del juez esté exenta de presiones y consideraciones ajenas a la tramitación del proceso.

También se requiere la sumisión del juez a la ley y la necesidad de fallar siempre, que se conoce como principio de inexcusabilidad y que se encuentra consagrado en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental en los siguientes términos: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

Además, inspira el principio *iura novit curia*, del conocimiento del Derecho por parte de los jueces, haciéndose innecesaria, por lo tanto, su prueba¹⁰⁷.

- Respecto a la situación jurídica de las partes en el proceso, la seguridad jurídica el conocimiento de la pretensión de la parte contraria.
- Otras exigencias relativas a la seguridad jurídica en el proceso son la existencia de un procedimiento judicial previo y determinado por la ley, que en nuestra Constitución se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 5°; la publicidad de las actuaciones procesales; su constancia documental; la posibilidad de impetrar medidas cautelares para asegurar el resultado del juicio y la certeza de las decisiones judiciales.

En cuanto a este último punto, la certeza de las decisiones judiciales¹⁰⁸, se hace efectiva mediante la exigencia de:

¹⁰⁵ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* pp. 146, 148-149.

¹⁰⁶ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Op. Cit.* pp. 79-93.

¹⁰⁷ Vid. Reyes Olmedo, Patricia. *Op. Cit.*

¹⁰⁸ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Op. Cit.* pp. 93-98.

- Motivación de las resoluciones, que permite que la sociedad tenga acceso a una resolución y controle la aplicación de la ley, y respecto de las partes permite que, en caso de que la motivación no sea suficiente o acorde a Derecho, interpongan el recurso que el sistema jurídico le concede.
- La firmeza, cuyo instrumento de concreción es la institución de la cosa juzgada, en especial la excepción de cosa juzgada, y que tiene por objetivo evitar un nuevo juicio entre las mismas partes, sobre un mismo objeto y con una misma causa de pedir, en el cual pudiera producirse una solución distinta a la pronunciada en el primer juicio.

La inexistencia de la cosa juzgada en un ordenamiento jurídico acarrearía una interminable sucesión de juicios donde la última palabra la tendría el que cuente con los recursos suficientes como para costear un juicio que se prolonga indefinidamente en el tiempo, con el consecuente desgaste de la administración de la justicia.

- El control extraordinario de las sentencias ejecutoriadas. Aquí se presenta un conflicto entre dos exigencias de la seguridad jurídica: por un lado, la cosa juzgada, y, por otro, la realización del Derecho; en el cual el legislador ha optado, cumpliéndose los requisitos, por romper la fuerza de la cosa juzgada para revisar un asunto en el cual se puede haber cometido error o fraude en su resolución, como ocurre en el recurso de revisión.
- La unidad y continuidad de la jurisprudencia –o respeto al precedente– que como se señaló en el primer punto es una exigencia también de la igualdad en la aplicación de la ley. Aquí tampoco es la seguridad jurídica un valor absoluto, ya que cede ante la justicia, pues se acepta el cambio de precedente, siempre que este sea justificado suficiente y razonablemente¹⁰⁹.
- El cumplimiento forzado de las sentencias definitivas constituye también una exigencia de la seguridad jurídica, porque el demandante puede prever desde que inicia un juicio que si obtiene un pronunciamiento favorable de parte del tribunal podrá ver satisfecha materialmente su pretensión, aún en contra de la voluntad del demandado.

¹⁰⁹ Vid. Ollero Tassara, Andrés. *Op. Cit.* p. 63.

Capítulo Tercero

VALORES QUE INFORMAN LAS VÍAS ALTERNATIVAS A LA JURISDICCIÓN

Habiendo analizado los valores de la tutela jurisdiccional, se puede sostener que las vías alternativas a la jurisdicción no se encuentran inspiradas en la misma medida por estos principios.

En relación a la igualdad, sí ha tenido importancia en la regulación de las vías alternativas a la jurisdicción, ya que el legislador generalmente le otorga al tercero imparcial, que interviene en el procedimiento de resolución del conflicto, facultades para equilibrar la posición de las partes cuando éstas se encuentran en distintas condiciones, y cuando no es posible lograr el equilibrio, existe el deber del tercero, que puede ser ético si no está regulado, de terminar el procedimiento¹¹⁰.

Las vías alternativas también consideran como un principio la imparcialidad del tercero, imponiendo el deber a éste, que puede ser ético o legal, de retirarse del procedimiento si tiene algún interés en el conflicto o alguna relación con las partes. El respeto de este principio tiene vital incidencia en el logro de la confianza, elemento estructural en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos¹¹¹.

Sin embargo, las A.D.R. no establecen la sujeción del tercero o de las partes al Derecho. La ley es un criterio más dentro de muchos otros, ni siquiera el más relevante, y el principal objetivo de estas vías de resolución alternativa es encontrar o ayudar a las partes a encontrar la solución adecuada al caso, sin necesidad de respetar sus decisiones o proposiciones anteriores en casos similares. Por esto en las A.D.R. es perfectamente posible que se den dos soluciones totalmente distintas en casos iguales. La consecuencia que se produce es que las vías alternativas no crean precedente y, por lo tanto, no respetan, en este sentido, el valor de la igualdad.

Respecto de la seguridad jurídica, como los involucrados en el conflicto y el tercero imparcial que interviene en su resolución no tienen el deber de respetar la legalidad en el acuerdo o solución, no se logra garantizar este valor. La sujeción del juez a la ley es un presupuesto determinante para garantizar la seguridad jurídica. Por lo tanto, si las vías alternativas no consideran al ordenamiento jurídico como parámetro objetivo y categórico en la solución del conflicto no pueden estar inspirados por la seguridad jurídica.

Por el contrario, es precisamente la rigidez de la ley como pauta general y abstracta aplicable a los casos concretos, sin consideración a los elementos particulares del caso, lo que se pretende superar con la implementación de las formas de resolución alternativa de conflictos.

¹¹⁰ Vid. Gómez Barboza, Paulina. “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial” en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XX. Valparaíso, 1999. p. 392.

¹¹¹ La Rosa Calle, Javier. “Los principios de la conciliación y la ley 26.872” en *Derecho PUC*. Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 52. Lima, diciembre de 1998-abril de 1999. pp. 109-110.

Entonces cabe preguntarse cuáles son los demás valores que inspiran las vías alternativas a la jurisdicción. En esta investigación sostengo que estos valores son la eficiencia, la flexibilidad, el menor costo y la autonomía privada.

1. Eficiencia

La eficiencia es un valor que se refiere a la relación medios-fines. Una institución es eficiente si cumple con los fines para los cuales fue creado con la mayor economía de los medios¹¹².

El fin que comparten el proceso y las vías alternativas es la resolución pacífica de conflictos y los medios de que disponen son los recursos humanos y materiales. El proceso, contando con más recursos que las vías alternativas, no es capaz de dar una solución oportuna, adecuada e integral a algunos conflictos. En cambio, las vías alternativas a la jurisdicción, según sostienen sus partidarios, tratan el problema abarcando todas sus aristas, en menor tiempo, con menor costo económico y emocional, y considerando los intereses de los involucrados¹¹³.

En el valor de la eficiencia subyace un componente económico: el “óptimo de Pareto”, en virtud del cual al repartir un bien entre dos partes hay un punto de equilibrio que produce el máximo de satisfacción y una mejora en cualquiera de ellas produce la insatisfacción de la otra¹¹⁴. Esto es más evidente en la negociación, la mediación y la conciliación, pues el acuerdo que se producirá será fruto de las cesiones de ambas partes con el objetivo de satisfacer al máximo sus intereses.

En definitiva, el tema de la eficiencia es una comparación entre proceso y vías alternativas. Si se postula que las vías alternativas son eficientes, en el fondo se dice que son más eficientes que el proceso.

Por esto primero analizaré por qué se considera que la vía jurisdiccional no ha sido eficiente en la resolución de conflictos, para luego destacar por qué las vías alternativas sí lo han sido y exponer las críticas que se han realizado a propósito de este valor.

Como ya se señaló en el capítulo primero, el surgimiento de las vías alternativas se debe, en parte, a la crisis que sufría la administración de justicia. Esta crisis presenta dos consecuencias fundamentales que inciden en la tutela de derechos que reclaman las personas. Una consecuencia es la inaccesibilidad al sistema de justicia, en especial, pero no sólo de ellas, de las personas que no tienen los recursos para pagar sus costos; este obstáculo se ha tratado de superar con sistemas de asistencia jurídica gratuita. Y una segunda consecuencia, una vez que se ha sorteado el problema de la inaccesibilidad, es la ineficiencia de la jurisdicción, sobre todo en sus tiempos.

¹¹² Vid. Pérez Perdomo, Rogelio. “Informe sobre Venezuela” en *Situación y políticas judiciales en América Latina*. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 2. Universidad Diego Portales. Santiago, 1993. p. 546.

¹¹³ Vid. Arias, Randall & Paris, Hernando. *Op. Cit.* p. 25.

¹¹⁴ Vid. Stella Álvarez, Gladis. *Op. Cit.* pp. 56-57.

El retraso de la jurisdicción en dar solución a los conflictos se debe a su estructura rígida que impide que se omitan etapas innecesarias en el caso concreto y se ve acentuado cuando el procedimiento es escrito. La importancia de la rapidez en la resolución de disputas radica en que una respuesta desfasada del conflicto que la originó puede no satisfacer el interés procesal en el momento en que se acoge¹¹⁵.

Respecto de ciertos conflictos (familiares, laborales, entre vecinos, etc.) el proceso suele ser más perjudicial para la relación humana existente, ya que su estructura adversarial profundiza las diferencias entre los involucrados, en vez de propiciar una mejora de su calidad. Por esa razón el proceso no es la vía más eficiente para tratar estos conflictos.

Otra manifestación de la ineficiencia de la justicia estatal se produce en el cumplimiento de las resoluciones, las que, por regla general, no son ejecutadas voluntariamente por el perdedor, lo que hace necesario que el vencedor inicie un nuevo procedimiento de cumplimiento forzado con el consiguiente tiempo de tramitación y los costos adicionales que ello implica.

Para hacer frente a estos problemas de ineficiencia de la administración de justicia, según Silvia Barona, se han propuesto diversas soluciones¹¹⁶:

- a) El aumento de los medios materiales y personales del Poder Judicial.

Algunos autores han sostenido que la crisis de la administración de justicia no se soluciona con la creación de más tribunales, porque al mismo tiempo que aumenta la cantidad de tribunales aumenta también la demanda de justicia y se produce un fenómeno regresivo¹¹⁷. Para estos autores las vías alternativas no serían propiamente alternativas, sino la única solución a la crisis de la justicia, proponiendo abandonar de una vez y para siempre el recurso a la justicia estatal¹¹⁸.

- b) El mejoramiento de la actividad legislativa procesal. Estas soluciones, en opinión de Barona, suelen caracterizarse por no abordar el tema con la profundidad que se requiere, no logrando acabar con la crisis, o por tratarse de instituciones tomadas de otros países que no se condicen con la cultura jurídica del país en que se implementan.
- c) La solución de los conflictos fuera de la jurisdicción, es decir, la creación de vías alternativas a la jurisdicción.

Ante una jurisdicción incapaz estructuralmente de atender las reclamaciones de la sociedad¹¹⁹, en definitiva, poco eficiente y que produce soluciones

¹¹⁵ Vid. Pedraz Penalva, Ernesto. *Op. Cit.* p. 170.

¹¹⁶ Vid. Barona Vilar, Silvia. *Solución extrajudicial de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p. 15.

¹¹⁷ Vid. Gómez Barboza, Paulina & Fernández Saldías, Marcela. "La mediación: una política de justicia horizontal a escala humana" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social.* Sociedad chilena de Filosofía Jurídica y Social. N° 21. Valparaíso, 2003. p. 280.

¹¹⁸ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* p. 66; Taruffo, Michele. *Op. Cit.* p. 144. Estos autores exponen en sus trabajos este argumento de la doctrina a favor de las vías alternativas, para posteriormente realizar una crítica de él.

¹¹⁹ Vid. Rodríguez Grez, Pablo. *Op. Cit.* p. 13.

inoportunas, se hace necesario huir de la jurisdicción para encontrar soluciones fuera de ella, así surge la resolución alternativa de conflictos.

Por otro lado, la implementación de las vías alternativas tiene como efecto secundario el descongestionamiento de los tribunales¹²⁰, aportando a la eficiencia del proceso, pues al tener menos recarga de trabajo los jueces pueden dedicarse de forma más intensiva a las cuestiones en las cuales su labor no puede ser suplida, disminuyendo sus tiempos y mejorando la calidad de sus decisiones. También se busca limitar la intervención del Estado en conflictos esencialmente privados cuando se trata de derechos disponibles para las partes, cuyas consecuencias no trasciendan a la comunidad, como en conflictos civiles y comerciales¹²¹.

La acción del Estado debiera limitarse a conflictos en los cuales es necesario uniformar la jurisprudencia, tutelar derechos fundamentales, cuando hay interés de la sociedad en el conflicto o es necesario el uso de su poder coactivo. También es irremplazable la labor del Estado cuando lo que se necesita es la declaración de un derecho o constitución de un estado o situación jurídica¹²². La doctrina a favor de las vías alternativas plantea que la justicia estatal debiera constituirse en el sistema residual de resolución de conflictos¹²³, para lo cual las vías alternativas actuarían como filtro para seleccionar qué conflictos son “dignos” de la intervención del Poder Judicial¹²⁴.

Ahora bien, la eficiencia en las vías alternativas a la jurisdicción se manifiesta en que ellas:

- Buscan la satisfacción de los intereses de las partes, ya que, en primer lugar, los considera durante el procedimiento y, segundo, se inspira en ellos para la solución del conflicto.
- Dan soluciones de mejor calidad en conflictos en los que subyace una relación coexistencial o duradera en el tiempo entre los involucrados, como es el caso de las relaciones de familia, de vecindad, laboral, entre arrendatario y arrendador, y en los contratos de larga duración en general. En estos conflictos no es tan relevante pronunciarse sobre una situación pasada como resolver para el futuro¹²⁵, por ello la comunicación de las partes es un pilar fundamental del procedimiento de resolución alternativa.

El conflicto de familia se considera como el primer candidato a mediación¹²⁶ por lo complejo que resulta su tratamiento, en el cual influyen no sólo los aspectos jurídicos, sino principalmente emocionales.

- Al emanar la solución del conflicto de los propios interesados, su cumplimiento suele ser voluntario, ya que se comprometen a realizar lo que están dispuestos a cumplir¹²⁷.

¹²⁰ “El descongestionar el Poder Judicial es una consecuencia positiva, pero indirecta y no debe ser el motivo determinante de la implantación de los MARC, pues crea una justicia de segunda clase e incluso con carácter obligatorio restringe el acceso a la justicia.” Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 177.

También en este sentido: Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* pp. 66-68; Gómez Barboza, Paulina & Fernández Saldías, Marcela. *Op. Cit.* pp. 281-282.

¹²¹ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* pp. 67-68.

¹²² Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 172.

¹²³ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* pp. 67-68.

¹²⁴ Vid. Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo & Padilla, Roberto. *Op. Cit.* p. 45.

¹²⁵ Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 161.

¹²⁶ Vid. Bordalí, Andrés. *Vías alternativas a la jurisdicción. Op. Cit.* p. 11.

- Los derechos cuya tutela no ha sido la más adecuada por parte de los tribunales, principalmente los derechos colectivos y las causas de escaso valor económico, encuentran un real y eficiente acceso a la justicia a través de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos¹²⁸, porque tienen menor costo y, por su flexibilidad, son procedimientos más adaptables a las particularidades de estos derechos.
- En materia penal, se ha justificado la utilización de vías alternativas debido a que la justicia estatal no ha sido capaz de disminuir los niveles de criminalidad a pesar de que los recursos invertidos han aumentado (crisis de la efectividad)¹²⁹.

Las vías alternativas ponen en contacto al agresor con la víctima, para que éste dimensione el daño que le ocasionó y en un futuro no reincida.

- Son más rápidas, porque generalmente son procedimientos orales¹³⁰, de estructura breve y sencilla, no rígida y que se desarrollan en una o más sesiones sucesivas, dependiendo del tiempo que las partes necesiten para llegar a un acuerdo. De tal modo que la rapidez del procedimiento va a depender de la disposición de las partes para llegar a consenso¹³¹.
- Respecto del arbitraje, se considera un medio más rápido, sencillo y económico que el proceso¹³². Especial aplicación tienen en temas técnicos cuyo conocimiento es común que los jueces no manejen y que se requiera para su solución la decisión de un experto en el tema.

La afirmación de que las vías alternativas son más eficientes que el proceso merece algunos reparos.

En relación con el tema de la crisis de la administración de justicia, considero que la crisis se debe abordar de forma integral, contemplando todos los factores que influyen en ella, no sólo la ineficiencia de nuestros tribunales, por lo que la sola creación de vías alternativas a la jurisdicción no es la salida definitiva a la crisis; es necesario también mejorar la calidad de la jurisdicción. También es necesario tomar en cuenta que la jurisdicción es irremplazable en determinadas cuestiones y su total abolición colisionaría con los postulados e ideales del Estado de Derecho.

Por otro lado, la implementación de vías alternativas a la jurisdicción no debiera considerar como la razón principal el descongestionar los tribunales, creando una especie de justicia “de segunda clase”, sino que se debiera buscar poner a disponibilidad de los usuarios de la justicia una mayor cantidad de medios para resolver sus conflictos para que ellos puedan decidir, conforme a sus intereses y necesidades, cuál es el que más les conviene¹³³.

¹²⁷ Vid. Chodosh, Hiram. *Op. Cit.* p. 7.

¹²⁸ Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 179.

¹²⁹ Vid. Blanco, Rafael et. al. *Op. Cit.* p. 19.

¹³⁰ Vid. Gozaíni, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 197.

¹³¹ Vid. Gómez Barboza, Paulina. “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial”. *Op. Cit.* p. 389.

¹³² Vid. Schilling Fuenzalida, Mario. *Op. Cit.* p. 268.

¹³³ Vid. Gómez Barboza, Paulina & Fernández Saldías, Marcela. *Op. Cit.* pp. 282-283.

Estas críticas no niegan que las vías alternativas a la jurisdicción sí pueden ser más eficientes que el proceso como forma de resolución de conflictos. No obstante, no hay que olvidar que, como se señaló en el capítulo primero, el proceso tiene otros fines, como la tutela de los derechos fundamentales y asegurar el respeto de la legalidad y de la Constitución. Respecto de estos fines las vías alternativas no pueden ser más eficientes que el proceso, pues no los consideran en su configuración, por lo tanto, la actividad de la jurisdicción en su consecución es irremplazable¹³⁴.

Por otra parte, hay que considerar que la eficiencia también es un ideal del proceso. Su presencia se nota en el hecho de que el conflicto una vez introducido al proceso es tratado sólo en aspectos selectivos para reducir su complejidad. Sólo se considera el interés jurídico; los demás intereses son irrelevantes. En los mecanismos alternativos, en cambio, el conflicto es relevante en su totalidad, lo que puede retardar su solución o producir en el futuro nuevos conflictos¹³⁵, lo que viene a demostrar que, en este aspecto, las vías alternativas son menos eficientes que el proceso. El proceso también está inspirado por el valor de la rapidez, lo que se evidencia en instituciones como la acumulación de demandas¹³⁶.

En relación con el arbitraje, que sea más rápido que el proceso no es una cuestión que esté tan clara, ya que en él se pueden plantear una serie de incidentes, por ejemplo con motivo del nombramiento del árbitro o de la ejecución del laudo, que pueden provocar que su tramitación sea incluso más larga que un proceso¹³⁷.

2. Flexibilidad

La flexibilidad surge como reacción ante la excesiva rigidez y formalismo en la aplicación de la ley reguladora del proceso y de la solución al conflicto. Se le ha criticado al sistema adversarial no hacerse cargo del problema de fondo, de la relación humana, sino sólo del jurídico, no dejando satisfechas a las partes¹³⁸.

La flexibilidad en la tramitación del conflicto consiste en que no hay etapas ni plazos obligatorios, y tiene como objetivo lograr la celeridad, pues se ha constatado que los procesos regulados legalmente no se adecuan a las particularidades del caso y pierden el tiempo en ritualidades inútiles y dilatorias.

En la solución al conflicto, este valor incide en la consideración de los intereses de los involucrados como principal criterio, no limitándose a la regulación legal del asunto que puede no coincidir con los intereses de las partes y no dejar satisfecha a ninguna de las dos. Se ha

¹³⁴ Pérez Ragone y Copani señalan que los M.A.R.C. no son realmente alternativos, pues no cumplen los mismos fines del proceso. Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 179.

¹³⁵ Vid. *Ibid.* p. 172.

¹³⁶ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Op. Cit.* p. 72.

¹³⁷ Vid. Schilling Fuenzalida, Mario. *Op. Cit.* p. 270.

¹³⁸ Vid. Ares de Giordano, Consuelo. *Op. Cit.* p. 62.

sostenido que las reclamaciones de los ciudadanos no tienen por qué recibir soluciones universales y permanentes¹³⁹. Lo que se pretende es buscar una solución justa al caso concreto que no tiene necesariamente que coincidir con la solución jurídica, con lo que la sociedad en general considera como justo¹⁴⁰. Por esto mismo las soluciones de las vías alternativas no requieren argumentación, a diferencia de las sentencias de los tribunales de justicia, pues el consenso es el elemento legitimador de los acuerdos¹⁴¹.

Las soluciones producto de una vía alternativa a la jurisdicción son un “traje a la medida”¹⁴² o, como también se le ha denominado, “justicia a escala humana o interindividual”¹⁴³, que se ajusta a las necesidades e intereses de las partes. No se trata de declarar quien gana y quien pierde, sino de encontrar posiciones intermedias de reconciliación. Lo más importante es resolver el conflicto, no importa si se respeta o no el derecho sustantivo¹⁴⁴.

La función de la norma en la solución de un conflicto por un método alternativo es un tema que no está zanjado en la doctrina. Lo que está claro que la norma no es un criterio rígido, obligatorio o determinante en la solución, pero esto no significa que se excluya totalmente. Hay autores que señalan que la ley que regula el conflicto es un marco que sirve de referencia para encontrar la solución según un criterio de justicia¹⁴⁵.

Entonces hay que preguntarse en que situaciones se aplica la ley sustantiva y en cuales no. En mi opinión, si la ley otorga una solución conforme a los intereses de las partes y las deja satisfechas, entonces se aplica y si la ley no cumple con estos requisitos la solución debe buscarse fuera de ella.

Lo que no es objeto de discusión es la exclusión de la ley procesal, ya que es de la esencia de las vías alternativas no tener procedimientos regulados. Es verdad que tienen una estructura más o menos clara, pero flexible y adaptable a las particularidades del conflicto que se intenta resolver.

Un factor que favorece la flexibilidad de estas vías es su privacidad, en oposición a la publicidad del proceso. La confidencialidad impide el control de la solución por el resto de la sociedad, permitiendo que las partes acuerden lo que mejor les parezca. La consecuencia negativa es que al no haber control se pueden vulnerar más fácilmente los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico, sin que nadie externo a la resolución del conflicto tome conocimiento de ello.

Una de las etapas del proceso que tiene más importancia y que se no contempla en las vías alternativas, salvo el arbitraje, es la etapa de prueba. La prueba determina el resultado del juicio,

¹³⁹ Vid. *Ibíd.* p. 51. “...si asimilamos el Derecho con la norma, la mediación cae fuera.” (p. 168)

¹⁴⁰ Vid. Muena Bugueño, Luis. *Algunas consideraciones de los sistemas de solución alternativa de conflictos en general y la mediación en particular*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, julio de 2002. p. 57.

¹⁴¹ Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 168.

¹⁴² Burgos Pizarro, Jorge & Pérez Castillo, Sandra. “La mediación comunitaria” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia. Op. Cit.* p. 74.

¹⁴³ Gómez Barboza, Paulina & Fernández Saldías, Marcela. *Op. Cit.* p. 283.

¹⁴⁴ Vid. Damaska, Mirjan. *Op. Cit.* pp. 138 y 178.

¹⁴⁵ Vid. Ares de Giordano, Consuelo. *Op. Cit.* p. 168.

si se ha logrado probar lo que se sostuvo en la etapa de discusión y se desacreditó la prueba de la contraparte, sin duda que esta parte obtendrá una sentencia a su favor.

La flexibilidad ha hecho innecesaria la etapa de prueba, ya que las vías alternativas parten de la confianza en lo que dicen las partes y la solución, a diferencia del proceso, busca componer la relación hacia el futuro sin importar lo que sucedió en el pasado. Los involucrados en el conflicto no tienen que probar nada, no tienen que fundamentar sus posturas, por el contrario muchas veces tendrán que abandonarlas a favor de un acuerdo que beneficie a ambos¹⁴⁶.

Algunos críticos¹⁴⁷ postulan que la realización de este valor en las vías alternativas a la jurisdicción vulneraría algunos postulados del Estado de Derecho, tales como la igualdad y la seguridad jurídica, que se analizaron como valores del proceso. Se sostiene que, como la ley no es un parámetro obligatorio para la decisión, se puede torcer la voluntad del legislador, atentando contra la igualdad de todos ante la ley. Por otro lado, se destaca que, como los medios alternativos no tienen por objetivo crear precedente, no producen el efecto de poder planificar la conducta de acuerdo a sus soluciones, que pueden ser tan distintas en caso similares, impidiendo otorgar seguridad jurídica.

Otra crítica consiste en que los medios alternativos permiten y favorecen la imposición causada por el desequilibrio de poder¹⁴⁸, en especial cuando se permite que las partes no estén asesoradas por abogados que le informen los derechos que les asisten, y más aún cuando el tercero imparcial no tiene conocimientos jurídicos. En esta situación es más recurrente que se llegue a acuerdos, en aras de la flexibilidad, en que las partes –por ignorancia– renuncien a derechos que les están asegurados legalmente. Por lo tanto, podría plantearse que se trata de un consentimiento viciado, no válido para producir el acuerdo, además de la posibilidad de que el conflicto resurja por insatisfacción de una de las partes, perdiendo eficiencia las vías alternativas como mecanismo de resolución de conflictos. Aún más grave es la situación cuando una de las partes posee conocimiento de sus derechos y la otra no, y utiliza esta ventaja para obtener un acuerdo que le sea favorable en perjuicio de la parte más débil.

Apoyando esta idea, Taruffo¹⁴⁹ ha señalado que el desprecio por las reglas conlleva un peligro para los derechos de los ciudadanos, pero en especial para los más débiles.

En defensa del proceso como sistema de resolución de conflictos, Pedraz Penalva¹⁵⁰ señala que las normas procesales no son un “obstáculo ritual”, sino que son exigencias que permiten garantizar la seguridad jurídica y derechos como el de ser oído o a defensa.

Los sistemas de resolución de conflictos presuponen la situación ideal de que ambas partes están en igualdad. Por lo tanto, para hacer efectiva una flexibilidad que no se transforme en una imposición de una solución de una parte a otra es necesario que se cumpla este requisito. Sin

¹⁴⁶ Vid. Pérez Ragone, Álvaro & Copani, Juan. *Op. Cit.* p. 180.

¹⁴⁷ Vid. Vargas Viancos, Juan Enrique. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁴⁸ Vid. Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo & Padilla, Roberto. *Op. Cit.* p. 49.

¹⁴⁹ Cfr. Taruffo, Michele. *Op. Cit.* p. 135.

¹⁵⁰ Cfr. Pedraz Penalva, Ernesto. *Op. Cit.* p. 162.

embargo, en la práctica es común que no se cumpla, entonces ahí es importante la labor del tercero en la conducción del proceso y sus facultades para nivelar a las partes.

3. Menor costo

La gratuidad de la administración de justicia en su conjunto, no sólo de los jueces, es una exigencia para el Estado que, al prohibir la autotutela y asumir de forma exclusiva la función jurisdiccional, asumió el deber de otorgar una protección gratuita y eficaz de los derechos de todas las personas¹⁵¹.

Sin embargo, el alto costo de la administración de justicia se mantiene y es un gran obstáculo al ejercicio, protección y defensa de los derechos, en especial de las clases más modestas; en definitiva es un obstáculo al acceso a la justicia. Todos los gastos que implica un juicio (abogado, notificaciones, pruebas documentales, fotocopias, etc.) son para no pocas personas un gasto que no es prioritario en relación con otros como alimentación, salud, vivienda, educación, etc.; es más bien un lujo¹⁵². Ante esta situación a ellos no les queda otra opción que renunciar al ejercicio de su derecho¹⁵³.

Entonces cabe preguntarse por qué una vez iniciado un proceso, y a medida que pasa el tiempo y aumentan los gastos, se persevera en él. Las partes piensan que deben continuar con el proceso por todos los recursos que ya han invertido en él¹⁵⁴. El interés por ganar se ve influenciado también por el sistema adversarial en el cual se pierde o se gana todo.

Para acabar con la barrera económica al acceso a la justicia es necesario un tratamiento integral, que abarque no sólo la gratuidad de los costos de la justicia, sino también la simplificación de los procedimientos, la implementación de seguros judiciales, la educación de las personas respecto de sus derechos y la creación de mecanismos alternativos que permitan ahorrar algunos gastos.

Los costos más elevados que tienen que soportar las personas que desean iniciar un juicio son los honorarios de los abogados y peritos. Este gasto es eliminado en las vías alternativas pues, por regla general, a las partes se les permite que puedan representarse por sí mismas y no hay un periodo de prueba en el que se deba presentar un peritaje.

Al no contar con la asesoría de un abogado las partes pueden no llegar a conocer los derechos que el ordenamiento le asegura, pudiendo producirse a su respecto indefensión. Pueden realizar concesiones contrarias a la justicia sin saber a lo que realmente están renunciando. Este problema se dificulta todavía más cuando una de las partes sí cuenta con un abogado y la otra no y no puede procurarse uno debido a que el sistema de asistencia judicial gratuita solo incluye la

¹⁵¹ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Op. Cit.* p. 74.

¹⁵² Vid. Bates Hidalgo, Luis. "Acceso a la justicia" en *Justicia y libertad en Chile*. Corporación Libertas. Santiago, 1992. p. 68.

¹⁵³ Vid. Montoro Ballesteros, Alberto. *Op. Cit.* p. 73.

¹⁵⁴ Vid. García, Lucía. *Op. Cit.* pp. 113-114.

defensa en juicio. Por lo tanto, si una persona quiere resolver un conflicto a través de mediación, por ejemplo, tendrá que pagar un abogado o simplemente actuar sin él.

Por esto es importante poner en la balanza estos valores: menor costo y derecho a la defensa, y ver si realmente la consagración del primero justifica el sacrificio del segundo. En mi opinión no debería ser sacrificado el derecho a defensa, para lo cual creo que es necesario que la asistencia judicial también abarque la asesoría en las vías alternativas, al menos cuando una de las partes sí cuenta con abogado.

Otra situación que suele ocurrir es que la persona que tiene un derecho que reclamar ante los tribunales, pero que no tiene dinero ni tiempo para acceder a ellos, renuncia a lo que obtendría con una sentencia a su favor para acordar con la otra parte menos de lo que por Derecho le corresponde, pero con menores gastos y más rápidamente. Por esto se ha planteado que los costos y tiempos de la justicia estatal son una presión para recurrir a las vías alternativas en búsqueda de una solución al conflicto¹⁵⁵.

Sin embargo, las partes se ven enfrentadas a un nuevo gasto: los honorarios del tercero imparcial. En la justicia estatal los jueces son remunerados por el Estado.

Tratándose de la mediación y la conciliación es común que esta labor la ejerza un tercero voluntario que no recibe dinero a cambio de su servicio o es contratado por el Estado. Respecto de la conciliación, en nuestro país es una vía intraprocesal de resolución de conflictos que realiza el juez después del periodo de discusión, por lo tanto, no es un gasto que solventan las partes.

En el arbitraje¹⁵⁶, el pago de los honorarios del árbitro ha sido una barrera enorme para el acceso a esta vía de las personas de escasos recursos. Esto se debe a que los árbitros son expertos en el tema que poseen los conocimientos técnicos para resolver el conflicto, calificación que aumenta el costo de sus servicios. Además en nuestro país el arbitraje se ha enfocado principalmente al área comercial, en la cual, por regla general, las personas de escasos recursos no tienen conflictos.

En definitiva, para lograr que este valor sea una realidad en la práctica y no sólo un ideal, es necesario la intervención del Estado, no solamente dando los espacios para que se desarrollen los mecanismos alternativos, sino también otorgando los recursos necesarios para que estas vías no se transformen sólo en medios de resolver conflictos de personas que cuenten con los recursos económicos para participar en ellos. Concretamente me refiero al pago de los honorarios del tercero imparcial –sea mediador, conciliador o árbitro– y a la posibilidad de obtener asesoría gratuita de un letrado.

¹⁵⁵ Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 177.

¹⁵⁶ Vid. *Ibid.* p. 169.

4. Autonomía Privada

Una vez constituidos los Estados modernos, el Estado reclamó para sí el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional con el objetivo de poder controlar la resolución de conflictos y la aplicación del Derecho en ellos. Entonces, cómo se explica que los particulares puedan resolver sus propios conflictos sin intervención del Estado.

La posibilidad de resolver privadamente los conflictos se debe a que el Derecho reconoce a las personas la autonomía de la voluntad.

La autonomía privada es un espacio, protegido por el ordenamiento jurídico, en el cual las personas ejercen libremente su voluntad para crear y regular sus relaciones jurídicas¹⁵⁷.

Esta ideología es coherente con el Estado reactivo, que considera que no es su labor imponer a la sociedad una forma de vida deseable, sino que debe limitarse a facilitar y apoyar su reglamentación autónoma¹⁵⁸.

La autonomía privada fue estudiada preferentemente por el Derecho Civil, el que la consagró como principio y constituyó al contrato como su instrumento de expresión por antonomasia, pero no es la única rama jurídica en que tiene aplicación¹⁵⁹.

En materia procesal, específicamente en la resolución de conflictos, el auge de la autonomía de la voluntad se debe a la necesidad de otorgar mayor protagonismo a las partes en el proceso. Por mucho tiempo las partes acudían a los tribunales para dejar en manos de los jueces sus conflictos¹⁶⁰, desligándose totalmente de ellos. Esto generaba como consecuencia que las personas veían la resolución del juez como ajena a su voluntad e intereses, dificultando su cumplimiento.

Por lo tanto, una de las ventajas de las vías alternativas y que inspiró su creación es que las personas pueden resolver por sí mismas sus conflictos, sin necesidad de tener que solicitar la intervención de un tercero que les imponga una solución¹⁶¹.

El conflicto pertenece a las partes y ellas debieran tener interés en solucionarlo, no el Estado. Cuando el Estado se apropia de un conflicto que no le pertenece demuestra desconfianza en las personas y les desconoce el derecho a decidir sobre sus propias vidas¹⁶².

No obstante, no se excluye totalmente la labor del Estado en la resolución de conflictos. El Estado debe intervenir cuando¹⁶³:

- Las partes no pueden solucionar el conflicto por sí solas.

¹⁵⁷ Vid. Pinedo Aubián, Martín. “El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial” en *Revista electrónica Hechos de la Justicia*. Asociación Hechos de la Justicia. N° 2. Lima, enero-marzo de 2004 (Disponible en Web: [<http://hechosdelajusticia.org/2hj/PinedoMartinAUTONOMIADELAVOLUNTAD.rtf>]) Consultado el 15 de noviembre de 2006). pp. 3-4.

¹⁵⁸ Vid. Damaska, Mirjan. *Op. Cit.* pp. 126 y 134.

¹⁵⁹ Vid. Pinedo Aubián, Martín. *Op. Cit.* p. 2.

¹⁶⁰ Vid. Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo & Padilla, Roberto. *Op. Cit.* p. 41.

¹⁶¹ Vid. Burgos Pizarro, Jorge & Pérez Castillo, Sandra. *Op. Cit.* p. 74.

¹⁶² Vid. Beca, Juan Pablo. “Mediación y democracia participativa” en *I Jornadas de Mediación y Políticas Públicas*. *Op. Cit.* pp. 61-63.

¹⁶³ Vid. *Ibid.* pp. 63- 64.

- Se trata de derechos indisponibles para las partes o hay comprometido un interés social en su resolución.
- Hay un desequilibrio entre las partes que impide que la autonomía de la voluntad de una de ellas se desarrolle plenamente.
- Se trata de una vulneración a los derechos fundamentales¹⁶⁴.

Ahora bien, entrando de lleno en el tema de las vías alternativas a la jurisdicción, hay tres situaciones en que la autonomía privada se puede expresar, a saber¹⁶⁵:

- a) La libertad de optar por el medio de resolución de conflictos que desee, ya sea el proceso o alguna vía alternativa a la jurisdicción.
- b) Una vez elegida una vía alternativa, existe la libertad de concurrir o no a las sesiones o reuniones.
- c) La creación del acuerdo, que debe ser fiel expresión de la voluntad de los involucrados. La autonomía privada incluye la posibilidad de no llegar a un acuerdo, pudiendo las partes poner fin al procedimiento en cualquier momento.

El arbitraje constituye una excepción a la libertad de la creación del acuerdo, porque las partes dejan en manos del tercero o árbitro la resolución del conflicto, limitándose su autonomía a la elección del árbitro y de las facultades con que lo dotan.

Este valor tiene influencia en la labor que desempeña el tercero en la resolución del conflicto. En el proceso, como es un medio heterocompositivo, el juez es un tercero con poder de decisión cuya sentencia se impone a las partes, aun en contra de su voluntad. Las vías alternativas, por su parte, se basan en la autocomposición, en la cual son las partes las que deciden cuál es el procedimiento y la solución¹⁶⁶.

No obstante, es necesario destacar que en este punto el arbitraje se asemeja más al proceso por ser también un método heterocompositivo, debido a que, una vez conferido el poder al árbitro, éste tiene la facultad para decidir por las partes cuál es la mejor solución al litigio, dedicándose las partes a convencer al tercero de que ellos tienen la razón.

Para que el ejercicio de la autonomía de la voluntad sea real y efectivo es necesario que las partes cuenten con la información suficiente para conocer sus derechos y obligaciones y así evaluar sus alternativas frente al conflicto¹⁶⁷. Cumpliéndose el presupuesto de la información oportuna y adecuada, las decisiones que tomen las partes serán de su plena responsabilidad, aun cuando sean erróneas¹⁶⁸.

El grado de desarrollo de la autonomía privada varía entre una vía alternativa y otra. En la negociación, este valor tiene mayor desarrollo, ya que las partes mantienen el control tanto del procedimiento como de la solución. En la mediación, las partes delegan la dirección del

¹⁶⁴ Vid. Bordalí, Andrés. "Justicia privada". *Op. Cit.* p. 179.

¹⁶⁵ Vid. Bates Hidalgo, Luis. "Justicia de los acuerdos". *Op. Cit.* p. 10.

¹⁶⁶ Vid. García, Lucía. *Op. Cit.* p. 118.

¹⁶⁷ Vid. Gómez Barboza, Paulina & Fernández Saldías, Marcela. *Op. Cit.* p. 288.

¹⁶⁸ Vid. Gómez Barboza, Paulina. "Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos" en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XX. Valparaíso, 1999. p. 353.

procedimiento en un tercero, disminuyendo su autonomía, pero conservan en sus manos la decisión del conflicto y las facultades para diseñar el procedimiento. En la conciliación, se dota de más facultades al tercero, el cual, además de orientar el procedimiento, puede –a diferencia del mediador– emitir soluciones, opiniones y consejos, sin que sean vinculantes para las partes. En el arbitraje, finalmente, las partes sólo mantienen su autonomía al momento de elegir el árbitro y las facultades que se le otorgan (de derecho o arbitrador), pero una vez iniciado el procedimiento las partes pierden todo poder en su dirección y en la decisión final o laudo¹⁶⁹.

En materia penal es donde tiene mayor incidencia este valor, ya que aporta nuevos matices a la resolución de conflictos. Como ya se señaló, la autonomía privada suele asociarse con el área civil, por eso parece extraño que en el área penal se permita que los particulares adopten acuerdos que excluyan la aplicación de la sanción que según la ley corresponde. Se postula que considerar el delito como un problema entre el Estado y el imputado no era una visión correcta y se estaba excluyendo a la víctima, la verdadera afectada por el delito¹⁷⁰. Gracias a la relevancia que ha ido adquiriendo la autonomía privada, víctima y ofensor recuperan de manos del Estado el conflicto, se convierten en los protagonistas de su resolución, para decidir independientemente cual es la solución más satisfactoria para ellos.

Una de las razones por la cual se justifica que este valor tenga incidencia en la resolución de conflictos, confiriéndoles el poder a los ciudadanos de manejarlos, es el ideal democrático, por el cual las personas, como seres libres y racionales, pueden decidir autónoma y responsablemente como manejan sus asuntos¹⁷¹.

Sin embargo, en mi opinión no está tan claro que esta idea sea acorde con la democracia representativa en la que sistemas políticos contemporáneos están enmarcados, ya que elegimos autoridades para que nos representen en el proceso de creación de leyes generales y abstractas para asegurar la igualdad de todos. Considerar la resolución privada de conflictos, sin aplicación de las leyes como parámetro objetivo, no es un postulado que pueda derivarse tan lógicamente de la democracia, aún más si se piensa que renunciamos a nuestro poder de resolver privadamente los conflictos, conforme a la teoría del pacto social, para entregárselo al Estado, el que los resolverá conforme a las leyes que nosotros mismos nos damos.

Como ya se destacó al analizar el valor de la flexibilidad, en las vías alternativas la necesidad de obtener un resultado más rápido, la falta de conocimiento de los sujetos más débiles sobre sus derechos, la ausencia de un abogado que lo asesore o la inferior posición económica que impide poder solventar en el tiempo los gastos de una negociación más larga que obtenga soluciones que satisfaga sus intereses, son factores que ejercen presión para lograr un acuerdo en el cual se renuncia a parte de lo que podría haberse obtenido si hubiese contado con más tiempo y dinero para demandar ante los tribunales de justicia. Todos esos factores merman la autonomía de la voluntad de esta persona, lo que afecta la calidad del acuerdo y su grado de satisfacción.

¹⁶⁹ Vid. Caivano, Roque; Gobbi, Marcelo & Padilla, Roberto. *Op. Cit.* p. 46; Stella Álvarez, Gladis. *Op. Cit.* p. 52.

¹⁷⁰ Vid. Blanco, Rafael et. al. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁷¹ Vid. Ares de Giordano, Consuelo. *Op. Cit.* pp. 45-46.

También se les ha criticado a las vías alternativas que otorgarle demasiada relevancia a la autonomía en las vías alternativas es privatizar los conflictos, ya que el Estado pierde su poder de aplicar la ley a los casos concretos¹⁷².

Un problema que se presenta al momento de regular cualquier vía alternativa es la elección entre su voluntariedad u obligatoriedad. Constituye una gran tentación para los legisladores establecer su obligatoriedad, en especial en países donde no hay “cultura del acuerdo”, debido a que las personas continúan recurriendo a la vía tradicional, esto es el proceso, no lográndose uno de los objetivos de la legislación: la descongestión de los tribunales.

Para los defensores de la obligatoriedad de las vías alternativas, su imposición es positiva tomando en consideración todas las ventajas que presentan para los involucrados en el conflicto: rapidez, menor costo, solución acorde a sus necesidades, desformalización, etc.¹⁷³

Sin embargo, en consideración a la autonomía de la voluntad como valor subyacente, sostengo que la voluntariedad de las vías alternativas es una característica connatural a ellas. Por otro lado, si no hay ánimo de resolver por una vía alternativa el conflicto, el trámite de asistir a una audiencia de mediación o conciliación constituye una dilatación inútil de la intervención de los tribunales, vulnerándose el derecho de acceso a la justicia¹⁷⁴, derecho que motiva la creación de las vías alternativas a la jurisdicción.

En el Derecho chileno¹⁷⁵, su obligatoriedad constituye una vulneración al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, particularmente al derecho a la tutela judicial y al juez natural, pues impide o retarda la intervención de los jueces y porque el tercero suele ser elegido por las partes para la solución de su conflicto, no por la ley como exige este artículo.

¹⁷² Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 167.

¹⁷³ Vid. Gómez Barboza, Paulina. “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial”. *Op. Cit.* pp. 396-397.

¹⁷⁴ Vid. Mueña Bugeño, Luis. *Op. Cit.* p. 58.

¹⁷⁵ Vid. Bordalí, Andrés. “Justicia privada”. *Op. Cit.* p. 177; Soto Kloss, Eduardo. “Para inconstitucionalidades ¡salud! (a propósito de una sedicente “mediación”/Ley N° 19.966)” en *Ius Publicum*. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 15. Santiago, 2005. p. 132.

CONCLUSIONES

- Las diferentes ideologías políticas tienen influencia en la labor que se le atribuye al proceso. Así, en el Estado liberal de Derecho, la libertad era uno de los pilares de la construcción política, por lo tanto, el propósito del proceso era la libre confrontación de las partes, verdaderas dueñas de él, para la resolución del conflicto.
- La concepción que se tenga del Derecho también influye en el rol del proceso y del juez.

En el Estado liberal de Derecho, regía el principio de legalidad, en virtud del cual la ley era el acto normativo máximo y su aplicación a todos sin distinción buscaba garantizar la igualdad. Por otro lado, la ley era considerada una norma general, abstracta y plena. Por lo tanto, la labor del juez era ser el mecánico aplicador de las normas al caso concreto.

Posteriormente se produce un cambio que motiva el surgimiento del Estado constitucional de Derecho. El principio de legalidad entra en crisis, en parte por la multiplicidad de fuerzas políticas, y la ley deja de ser un instrumento de estabilidad, pasando a ser un conjunto de normas dispersas, especiales, contradictorias y confusas. La supremacía de la Constitución se erigió como la salida a la crisis del principio de legalidad. La Constitución se configuró como un cuerpo normativo que aseguraba un consenso sobre un mínimo de valores e ideales, esenciales para la sociedad, y que eran indisponible para todos los poderes del Estado, incluyendo al Poder Legislativo. Este cambio también afecta la labor del juez, la cual se complejiza, deja de ser el mecánico aplicador de las leyes para pasar a ser el garante de los derechos fundamentales, de la supremacía constitucional y del respeto de la legalidad.
- El movimiento de las vías alternativas surge dentro de las reformas para mejorar el acceso a la justicia, producto de las deficiencias del ordenamiento jurídico y del sistema procesal, y busca crear nuevas opciones de resolución de conflictos que superen los defectos del proceso. Asimismo este movimiento busca que dichas soluciones sean más acorde a las particularidades de cada caso y ayuden a descongestionar los tribunales.
- Los factores que han producido el nacimiento del movimiento de las vías alternativas son la crisis del Derecho, que ha cuestionado que la ley sea única y originaria (diversificación y competencia de las leyes), su exclusividad y superioridad (supremacía de la Constitución), y su plenitud (aplicación de principios del Derecho); la crisis de la administración de justicia por sus elevados costos, sus retrasos, la desconfianza de la ciudadanía hacia los jueces, las diferencias de poder entre los litigantes, y la ineficiencia de la justicia estatal para tutelar intereses difusos; y una nueva concepción de justicia, que superando la forma adversarial,

busca lograr el diálogo entre los involucrados en el conflicto para que juntos logren un acuerdo que satisfaga a ambos, en el que los dos sean ganadores.

- Con el Estado liberal de Derecho se buscó poner fin a la diversificación de ordenamientos jurídicos que impedía que se lograra una verdadera igualdad, para esto se creó la ley como un acto general y abstracto aplicable a todas las personas, sin distinción. Posteriormente, frente a la universalidad de la ley, surge la particularidad de los acuerdos de las vías alternativas. Los partidarios de estas vías sostienen que en un caso particular no es necesario dar una solución genérica. Esto sería un retorno a la situación pre moderna, propia del mundo medieval.
- La igualdad como valor que informa el proceso –igualdad en la aplicación de la ley– posee dos perspectivas: igualdad en el trato otorgado por los funcionarios de la administración de justicia y la igual aplicación del Derecho en la resolución del asunto. Su manifestación más importante es el recurso de casación que, con el objetivo de uniformar la jurisprudencia, logra garantizar la igualdad en la aplicación de la ley al anular la sentencia o proceso en el que no se respetó la ley sustantiva o la ley procesal reguladora del asunto.
- La seguridad jurídica como valor informante del proceso permite poder prever las actuaciones y decisiones de los tribunales y poder planear la conducta conforme a ella. Sus expresiones más relevantes son la cosa juzgada, el cumplimiento forzado de las resoluciones, el derecho al juez natural, el principio de inexcusabilidad y la independencia del juez. Todas ellas buscan garantizar la sujeción del juez al Derecho, evitando que factores ajenos puedan influir en su decisión.
- Que las vías alternativas a la jurisdicción estén inspiradas por la eficiencia no significa que sean más eficientes que el proceso en todos los aspectos.

Las vías alternativas a la jurisdicción fueron creadas únicamente para la resolución de conflictos. Respecto de los demás fines de la jurisdicción, como la tutela de derechos fundamentales y respeto de la Constitución y legalidad, el proceso continúa siendo más eficiente. Por lo tanto, en el logro de estos fines no existe alternativa que pueda sustituir a la jurisdicción.

En relación con el arbitraje, es discutible que sea más eficiente que la vía jurisdiccional, porque su duración puede ser igual o superior a un proceso, debido a los incidentes que en su tramitación pueden promover las partes.

- El valor de la flexibilidad en las vías alternativas a la jurisdicción tiene influencia tanto en el procedimiento, por la ausencia de etapas y plazos obligatorios, como en la solución del

conflicto, en la que se considera el interés de las partes como el principal criterio de decisión. Por lo tanto, en las vías alternativas no existe la sujeción del tercero imparcial ni de las partes a la ley, lo que no es acorde con el respeto de la igualdad y la seguridad jurídica.

- Que las vías alternativas buscan resolver conflicto con menor costo se refleja en el hecho de que en su procedimiento no es necesaria la presencia de abogados y peritos, ahorrándose los gastos de sus honorarios. Sin embargo, se ven enfrentados al pago de los honorarios del tercero imparcial, que en el caso del arbitraje suelen ser muy costosos. Por esto para que este valor tenga más aplicación práctica es necesario que el Estado se haga cargo de los honorarios del tercero imparcial y otorgue la posibilidad de asistencia gratuita de un abogado a las personas de escasos recursos en los métodos alternativos de resolución de conflictos.
- Las vías alternativas a la jurisdicción encuentran su justificación en la autonomía privada de las personas, en virtud de la cual son libres para decidir la vía por la cual resuelven sus conflictos, ya sea por el proceso o alguna vía alternativa, y la solución de ellos, sin necesidad de recurrir a la intervención del Estado.
- La obligatoriedad de la utilización de las vías alternativas a la jurisdicción constituye un menoscabo a la autonomía privada de las personas, porque les impide elegir el método de resolución de conflictos que consideren más adecuado a sus intereses y atenta contra el artículo 19 N° 3 de la Constitución, en especial al derecho a la tutela judicial y al juez natural.
- Más que de una renuncia definitiva a los valores del proceso, se trata de una existencia paralela con los valores de las vías alternativas, compartiendo algunos ámbitos de competencia, como en los derechos disponibles, pero también teniendo ámbitos propios como los conflictos de vulneración de los derechos fundamentales en el caso del proceso.

Efectivamente hay un cambio: creados los Estados modernos, se concibió el proceso como única forma de resolución de disputas; el Estado y las sociedades fueron evolucionando de tal manera que el proceso ya no cubría todas sus necesidades en este aspecto, así se empezaron a apreciar nuevos valores (eficiencia, flexibilidad, menor costo y autonomía privada) que no excluyen los otros (igualdad y seguridad jurídica) y que se materializaron en la creación de las vías alternativas a la jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

- ALDEA, R. *De la autocomposición: una contribución al estudio de la solución de los conflictos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989.
- ARES, C. *Mediación, conflictos y soluciones razonables*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2004.
- ARIAS, R. & PARIS, H. “Elementos para una política de justicia y promoción de la resolución alterna de conflictos: la experiencia de Costa Rica” en *I Jornadas de Mediación y Políticas Públicas*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, 1999.
- ARTEAGA A. & GONZÁLEZ, B. “Corte Suprema: ¿Tribunal de Casación?” en *Revista chilena de Derecho*. Volumen 13. Nº 1. Santiago, enero-abril de 1986.
- BACIGALUPO, E. “Jurisprudencia y seguridad jurídica” en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.
- BARONA, S. *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- BATES Hidalgo, Luis. “Justicia de los acuerdos” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*. Ministerio de Justicia. Año 3. Nº 6. Santiago, septiembre de 2004.
“Acceso a la justicia” en *Justicia y libertad en Chile*. Corporación Libertas. Santiago, 1992.
- BECA, J.P. “Mediación y democracia participativa” en *I Jornadas de Mediación y Políticas Públicas*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, 1999.
- BLANCO, R. et. al. “Justicia restaurativa. Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de políticas públicas”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas de Universidad Alberto Hurtado*. Universidad Alberto Hurtado. Nº 6. Santiago, 2004.
- BORDALÍ, A. *Vías alternativas a la jurisdicción*. Valdivia, 2005.
“Justicia privada”, en *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Volumen XVI. Valdivia, julio de 2004.
- BURGOS, J. & PÉREZ, S. “La mediación comunitaria” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 3. Nº 6. Santiago, septiembre de 2004.
- CAIVANO, R.; GOBBI, M. & PADILLA, R. *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997.

- CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de cultura económica. México D.F., 1996.
- CHODOSH, H. “Mediación judicial y cultura jurídica” en *Mediación judicial y tribunales*. Sección de información y cultura de la Embajada de Estados Unidos de América. Santiago, 1999.
- CEA, J.L. “La igual protección de los derechos” en *Revista chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 9. N° 3. Santiago, septiembre-diciembre de 1982.
 “Marco constitucional del proceso justo” en *Revista chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 9. N° 1. Santiago, enero-mayo de 1982.
- DAMASKA, M. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.
- DELOS, J.T. “Los fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia” en *Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma del México. México D.F., 1960. 3ª edición.
- DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Taurus. Madrid, 1998.
- DÍAZ, A. “Justicia restaurativa: conceptos y modelos prácticos” en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 3. N° 6. Santiago, septiembre de 2004.
- FERNÁNDEZ, M. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2001.
- FIGUEROA, R. “Igualdad y discriminación” en *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Cuaderno de Análisis Jurídicos. Serie Publicaciones Especiales N° 10. Universidad Diego Portales. Santiago, octubre de 2000. (Disponible en Web: [<http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/10/figueroa.pdf>])
- FOURNIER, A. “Las reformas jurídicas en América Central”, en *Fortalecimiento de la justicia en Nicaragua: prioridades, perspectivas y soluciones*. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Managua, 2001.
- GARCÍA, L. *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Editorial Dykinson. Madrid, 2003.
- GARCÍA, M. “Estado legal y Estado constitucional de Derecho” en *El tribunal de garantías constitucionales en debate*. Fundación Friedrich Naumann. Lima, 1986.
- GÓMEZ, P. “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial” en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XX. Valparaíso, 1999.

- “Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos” en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XX. Valparaíso, 1999.
- GÓMEZ, P. & FERNÁNDEZ, M. “La mediación: una política de justicia horizontal a escala humana” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Sociedad chilena de Filosofía Jurídica y Social. N° 21. Valparaíso, 2003.
 - GOZAÍNÍ, O. *Introducción al nuevo Derecho Procesal*. Editorial Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1988.
 - HIERRO, L. “Imperio de la ley y la crisis de la ley”, en *Estado de Derecho. Problemas actuales*. Editorial Fontamara S.A. México D.F., 2001. 2ª edición.
“Seguridad Jurídica y actuación administrativa” en *Estado de Derecho. Problemas actuales*. Editorial Fontamara S.A. México D.F., 2001. 2ª edición.
 - KAPLAN, M. “El Estado de Derecho: una perspectiva histórico-estructural”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*. UNAM. Año XXXII. N° 94. México D.F., enero- abril 1999.
 - LA ROSA, J. “Los principios de la conciliación y la ley 26.872” en *Derecho PUC*. Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 52. Lima, diciembre de 1998-abril de 1999.
 - LARRAURI, E. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en *Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. Año LXIV. Vol. LXI. N° 138. Medellín, junio de 2004.
 - LATORRE, C. “El recurso de casación civil: Antecedentes históricos y perfil actual” en *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. N° 12. Santiago, diciembre de 2004.
 - LORCA, L. “Técnica de negociación: Análisis a partir de las herramientas del modelo de negociación de Harvard” en *Derecho y Humanidades*. Universidad de Chile. N° 8. Santiago, 2000-2001.
 - MONTORO, A. *Conflicto social, Derecho y proceso*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 1980.
 - MONTT, P. “El valor de la igualdad en los fallos judiciales: ¿Discriminación arbitraria de nuestros tribunales?” en *Derecho y Humanidades*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. N° 8. Santiago, 2000-2001.
 - MORENO, V; CORTÉS, V & GIMENO, V. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Colex. Madrid, 1997. 2ª edición.
 - MORÓ, M. *La nueva casación civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001.
 - MUENA, L. *Algunas consideraciones de los sistemas de solución alternativa de conflictos en general y la mediación en particular*. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, julio de 2002.
 - OLLERO, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

- PALOMO, D. “Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi” en *Ius et Praxis*. Volumen 8. N° 2. Talca, 2002.
- PEDRAZ, E. “Crisis y alternativas en la justicia civil” en *Corrupción y Estado de Derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 1996.
- PEÑA, C. “¿Estimular los mecanismos alternativos?” en *Revista Sistemas judiciales. Resolución alternativa de conflictos*. N° 2. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Santiago, diciembre de 2001. (Disponible en Web: [http://www.cejamericas.org/sistemasjudiciales/tema_central.php?revista=2&idioma=espanol&secc=226&TemaNiv2=226])
- PÉREZ, R. “Informe sobre Venezuela” en *Situación y políticas judiciales en América Latina*. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 2. Universidad Diego Portales. Santiago, 1993.
- PÉREZ, A. & COPANI, J. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del Derecho material v/s la resolución de conflictos?” en *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVII. Valparaíso, 2006.
- PINEDO, M. “El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial” en *Revista electrónica Hechos de la Justicia*. Asociación Hechos de la Justicia. N° 2. Lima, enero-marzo de 2004 (Disponible en Web: [<http://hechosdelajusticia.org/2hj/PinedoMartinAUTONOMIADELAVOLUNTAD.rtf>])
- RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de cultura económica. México D.F., 1951.
“El fin del Derecho” en *Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma del México. México D.F., 1960. 3ª edición.
- REYES, P. “Informática, seguridad jurídica y certeza en el conocimiento del derecho” en *Revista chilena de Derecho Informático*. Universidad de Chile. N° 1. Santiago, 2002. (Disponible en Web: [http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_articulo/0,1433,SCID%253D10850%2526ISID%253D291,00.htm])
- RODRÍGUEZ, P. “¿Crisis de la justicia?”, en *Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. N° 12. Santiago, julio de 2005.
- SCHILLING, M. *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 1999.
- SILVA, A. *Tratado de Derecho, Constitucional. De los derechos y los deberes constitucionales*. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- SOTO, E. “Para inconstitucionalidades ¡salud! (a propósito de una sedicente “mediación”/Ley N° 19.966)” en *Ius Publicum*. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás. N° 15. Santiago, 2005.

- STELLA, G. “Mecanismos de resolución alternativa de disputas (RAD)” en *Conferencia de presidentes de Cortes Supremas de América*. Corporación Administrativa del Poder Judicial de Chile. Santiago, 1995.
- STREETER, J. “Justicia e igualdad” en *Justicia y Libertad en Chile*. Corporación Libertas. Santiago, 1992.
- TARUFFO, M. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en *Corrupción y Estado de Derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 1996.
- VARGAS, J. “Problemas de los MARC como alternativa de política pública en el sector judicial”, en *Justicia de los acuerdos. Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 3. N° 6. Santiago, septiembre de 2004.
- VÁSQUEZ, M. “El debido proceso, una perspectiva procedimental práctica” en *Revista del abogado*. Colegio de abogados de Chile. N° 29. Año 8. Santiago, noviembre de 2003.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 1997. 2ª edición.

JURISPRUDENCIA

- Fallo de Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad “Francisco Covarrubias Fernández”, de 13 de diciembre de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 97. N° 3. Segunda parte. Sección 1ª.