

Jesús Ezurmendia Álvarez
DIRECTOR

PRINCIPIOS DE JUSTICIA CIVIL

PRÓLOGO
John Sorabji

Barcelona
2021


BOSCH EDITOR

© DICIEMBRE 2021 JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ

© DICIEMBRE 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel:

ISBN digital:

D.L.:

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

FOREWORD. John Sorabji.....	22
PRÓLOGO. John Sorabji	22
AGRADECIMIENTOS	22
PRESENTACIÓN. Jesús Ezurmendia A.	22
CAPÍTULO 1. Jesús Ezurmendia Álvarez	
DISEÑO INSTITUCIONAL Y MODELO DE JUSTICIA CIVIL SIMBIOSIS OR- GÁNICA Y FUNCIONAL.....	22
1. Introducción.....	22
2. Un preámbulo orgánico indispensable.....	22
3. Modelos de sistemas de Justicia Civil.....	22
3.1. Naturaleza del proceso civil, servicio público o bien privado disponible por las partes.....	22
3.1.1. Proceso civil de lo privado a lo público	22
3.1.2. Consecuencias de un proceso civil con enfoque público.....	22
3.1.2.1. Efecto horizontal de los derechos y ga- rantías.....	22
3.1.2.2. Reformas en aras de costos, tiempo y molestia	22

4.	Reflexiones finales	22
5.	Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 2. María de los Ángeles González Coulon, Paula Nuño Balmaceda

DE LA IDEA DE PADRE A LA DE PARTE: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA DESDE LOS FEMINISMOS JURÍDICOS AL PROCESO CIVIL COMO ADJUDICACIÓN MASCULINA.....	22
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.	Introducción.....	22
2.	Falacias de la Justicia Civil: la pretendida neutralidad y objetividad del proceso civil y la supuesta simetría entre las partes	22
2.1.	La justicia civil está permeada por el derecho civil	22
2.2.	La justicia civil no sólo resuelve conflictos netamente patrimoniales	22
3.	Perspectiva de género para transformar la justicia civil.....	22
4.	Conclusiones	22
5.	Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 3. Jonatan Valenzuela Saldías

EL CAPITAL Y LA JUSTICIA CIVIL: NOTAS SOBRE LA EXISTENCIA DE INVERSIONES DE CAPITAL EN LOS LITIGIOS CIVILES EN CHILE	22
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.	El cometido de la justicia civil.....	22
2.	La reforma a la justicia civil.....	22
3.	La justicia arbitral y el aparente problema del «costo» versus «beneficios»	22
4.	Las inversiones	22
5.	A modo de conclusión	22
6.	Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 4. Diego Gaete Osorio

FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ: UNA ALTERNATIVA PARA SUPERAR LOS TIEMPOS DE CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL	22
1. Introducción.....	22
2. Liberalismo y proceso civil	22
2.1. El ideal rector del proceso civil tradicional	22
2.2. Proceso como resolución de conflictos	22
2.3. Expansión del proceso liberal	22
3. Cambio de paradigmas y necesidad de una alternativa	22
4. Facultades de oficio del juez como respuesta	22
4.1. Delimitación conceptual del principio dispositivo	22
4.2. Actuación de oficio del juez como herramienta compatible con el principio dispositivo	22
5. Consideraciones finales	22
6. Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 5. Ramón García Odgers

EL <i>CASE MANAGEMENT</i> EN LAS REGLAS EUROPEAS DE PROCEDIMIENTO CIVIL ELI/UNIDROIT EN CONTRASTE TEÓRICO CON EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. ¿OBSOLENCIA ANTICIPADA?	22
1. Introducción.....	22
2. Los Principios y Reglas de Procedimiento Civil Transnacional ALI/UNIDROIT	22
2.1. Antecedentes	22
2.2. El case management en los Principios ALI/UNIDROIT	22
2.2.1. Responsabilidad y fines del case management...	22
2.2.2. Herramientas de case management en los Principios ALI/UNIDROIT	22

2.2.3. Cooperación, Flexibilidad y Proporcionalidad en los Principios y Reglas ALI/UNIDROIT.....	22
3. Las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT de procedimiento civil	22
3.1. Antecedentes	22
3.2. El case management en las Reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT	22
3.2.1. Responsabilidad y finalidades del case management.....	22
3.2.2. Herramientas de case management en las Reglas europeas ELI/UNIDROIT	22
3.2.3. Cooperación, Flexibilidad y Proporcionalidad en las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT.....	22
4. Un contraste entre las Reglas ELI/UNIDROIT con las normas del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil	22
4.1. ¿Case management en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil? No, Dirección judicial del Proceso	22
4.2. Cooperación, Proporcionalidad y Flexibilidad en el PNCP.....	22
4.3. Esbozando algunas propuestas para cerrar la brecha...	22
5. Conclusiones.....	22
6. Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 6. Andrés Peña Adasme

UNA APROXIMACIÓN A LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ...	22
1. Introducción.....	22
2. ¿Qué debemos entender por flexibilidad del procedimiento civil? Concepto funcional y estructural de flexibilidad.....	22
3. ¿Por qué razones es necesaria la flexibilidad?.....	22
3.1. La instrumentalidad del Derecho procesal	22

3.1.1. Diversos planos de la instrumentalidad	22
3.1.2. Implicaciones de la instrumentalidad	22
3.1.3. El doble sentido de la instrumentalidad	22
3.1.3.1. El sentido negativo de la instrumenta- lidad: no sobrevalorarás.....	22
3.1.3.2. El sentido positivo de la instrumenta- lidad: eficacia o efectividad	22
3.1.3.2.a. La eficiencia de la justicia civil.	22
3.1.3.2.a.1. Eficiencia como concepto y eficiencia como valor o impera- tivo.....	22
3.1.3.2.a.2. La eficiencia de la justicia civil.....	22
3.1.3.2.a.3. La eficiencia de la justicia civil como fundamento de la fle- xibilidad.....	22
4. ¿Cómo se confiere flexibilidad al procedimiento civil?.....	22
4.1. La vaguedad (del lenguaje) del Derecho	22
4.2. La textura abierta (del lenguaje) del Derecho	22
4.3. Conceptos jurídicos indeterminados de carácter nor- mativo	22
4.4. Los principios jurídicos	22
4.5. Las normas alternativas	22
4.6. Límite a la flexibilidad de las normas procesales.....	22
4.7. La regulación antiformalista de la invalidez procesal ..	22
4.8. Las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento.....	22
4.9. Los acuerdos procesales	22
5. Algunas conclusiones	22
6. Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 7. Roberto Ramírez Barril

<i>IURA NOVIT CURIA</i> DESDE UNA PERSPECTIVA PUBLICISTA.....	22
1. Introducción.....	22
2. Qué es <i>Iura novit curia</i>	22
2.1. Elementos históricos	22
2.2. El lugar del <i>iura novit curia</i> en el sistema procesal.....	22
2.2.1. <i>Iura novit curia</i> en sentido amplio.....	22
2.2.2. <i>Iura novit curia</i> en sentido estricto. 2.2.3. <i>Da mihi factum, dabo tibi ius</i> o aplicación judicial del Derecho.....	22
2.3. Naturaleza de <i>iura novit curia</i>	22
3. Discusión sobre la aplicación judicial del derecho	22
3.1. Posiciones y posicionados	22
3.2. Anatomía de la pretensión.....	22
3.2.1. Pretensión.....	22
3.2.2. Elemento subjetivo	22
3.2.3. Elemento objetivo	22
3.2.3.1. Petición o <i>petitum</i>	22
3.2.3.2. <i>Causa, causa de pedir</i> o <i>causa petendi</i> .	22
3.2.3.2.a. Fundamentos de hecho.....	22
3.2.3.2.b. Fundamentos de Derecho o imputación jurídica	22
3.2.3.2.b.1. Normas jurídicas	22
3.2.3.2.b.2. Argumentaciones jurídicas.	22
3.2.3.2.b.3. Calificaciones jurídicas	22
4. Reflexión personal: instituciones que fundan o limitan la aplicación judicial del derecho.....	22
4.1. Los fines del proceso.....	22
4.2. Aplicación judicial del Derecho y el sistema de justicia.	22

4.3. Debido proceso	22
4.3.1. Derecho a un juez imparcial.....	22
4.3.2. Derecho a la defensa	22
4.3.2.1. Derecho a la contradicción	22
4.3.2.2. Derecho a una sentencia motivada.....	22
5. Conclusiones.....	22
6. Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 8. Raúl Montero López

DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y TASAS JUDICIALES, LA JUSTICIA NO ES GRATUITA	22
------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. Las tasas judiciales en el derecho español	22
2. Las tasas judiciales en el contexto europeo y latinoamericano	22
3. Tasas judiciales en Chile.....	22
4. Derecho a la tutela judicial.....	22
5. Tasas judiciales y tutela judicial.....	22
6. Conclusiones.....	22
7. Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 9. Felipe Rayo Cortés

LOS RECURSOS PROCESALES EN LA NUEVA JUSTICIA CIVIL CHILENA..	22
--------------------------------------------------------------	----

1. Racionalización del esquema de revisión de sentencias judiciales	22
1.1. Introducción	22
1.2. Bases para una propuesta: corte de revisión, doble conforme y principio de deferencia.....	22
2. Rol de la corte suprema: el desarrollo del precedente a través de la selección de casos jurisprudencialmente relevantes	22
2.1. Introducción	22

2.2.	El precedente.....	22
2.2.1.	Origen y contexto de las diferencias en el civil law y en el common law	22
2.2.2.	Naturaleza y magnitud de las diferencias en la actualidad.....	22
2.3.	La casación como problema	22
2.3.1.	La casación chilena y la preocupación del legislador por alcanzar la uniformidad de la jurisprudencia	22
2.3.2.	El recurso de casación habilita a la Corte Suprema a convertirse de facto en un tribunal de tercera instancia	22
2.4.	Filtros de acceso y relevancia pública del caso.....	22
2.5.	Propuesta: corte de precedentes y filtro de relevancia jurisprudencial.....	22
3.	Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 10. Leonardo Cofré Pérez

	EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. APORTES PARA EL DEBATE CONSTITUYENTE	22
1.	Introducción.....	22
2.	El derecho a la asistencia jurídica en la constitución de 1980	22
3.	La asistencia jurídica y el sistema de justicia civil.....	22
4.	Aspectos a considerar para la discusión de la asistencia jurídica en la convención constitucional	22
5.	Aspectos específicos a discutir respecto del derecho a la asistencia jurídica en materia civil.....	22
6.	Conclusiones.....	22
7.	Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 11. Montserrat Castro Matus

<i>THIRD PARTY FUNDING</i> : CONCEPTO Y VIABILIDAD EN CHILE	22
1. Introducción.....	22
2. Concepto de Third Party Funding.....	22
2.1. Third Party Funders o Fondos de litigación	22
2.2. Antecedentes y fuente material del Third Party Funding.....	22
2.2.1. Antecedentes del crecimiento de la industria de Third Party Funding.....	22
2.2.2. Fuente material del Third Party Funding.....	22
3. Naturaleza jurídica del contrato de Third Party Funding.....	22
3.1. Comparación entre Third Party Funding y otros medios de financiamiento de litigios	22
3.1.1. Honorarios legales sujetos al éxito	22
3.1.2. Seguros	22
3.1.3. Cesión de derechos litigiosos.....	22
3.1.4. Préstamos	22
3.2. Acuerdo de Third Party Funding como contrato particular.....	22
4. Efectos del Third Party Funding.....	22
4.1. Beneficios	22
4.1.1. Acceso a la justicia.....	22
4.1.2. Asesoría y experiencia del Third Party Funder .	22
4.1.3. Disuasión	22
4.2. Riesgos y problemáticas.....	22
4.2.1. Litigación frívola y sin mérito	22
4.2.2. Sobrecarga del sistema judicial	22
4.2.3. Conflictos de interés	22
4.2.4. Otros riesgos y posibles soluciones	22

5.	Experiencia comparada.....	22
6.	Third Party Funding en Chile	22
7.	Conclusiones.....	22
8.	Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 12. Sebastián Nicolás Campos Micin

	CONTROL JUDICIAL PREVENTIVO DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y ACCIONES DE CESACIÓN. UNA PROPUESTA PARA EL DERECHO CHILENO.....	22
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.	Introducción.....	22
2.	Control general del contenido de cláusulas no negociadas en el ordenamiento jurídico chileno. Bases para un control judicial preventivo.....	22
3.	Las acciones de cesación como mecanismos de tutela preventiva.....	22
4.	Atisbos de control judicial preventivo en la jurisprudencia nacional	22
5.	Reflexiones finales y algunas consideraciones dogmáticas en relación con el control judicial preventivo.....	22
6.	Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 13. Elina Mereminskaya

	ARBITRAJE EN LA PROPUESTA DE APEC: ODR Y SU POTENCIAL EN EL CONTEXTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	22
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.	Introducción.....	22
2.	ODR y AI.....	22
3.	Negociación directa	22
4.	Mediación.....	22
5.	Arbitraje.....	22

6.	Palabras finales	22
7.	Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 14. Soledad Lagos Ochoa

	REFLEXIONES ACERCA DE LA RESISTENCIA A INCORPORAR LA MEDIACIÓN, COMO MECANISMO ADECUADO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, QUE FORME PARTE DEL CONCEPTO JUSTICIA CIVIL	22
1.	Introducción	22
2.	Noción de controversia versus conflicto	22
3.	Comprensión de los principios que inspiran los mecanismos colaborativos, y sus diferencias con aquellos vinculados a la lógica contradictoria	22
4.	Comprensión del juicio y del arbitraje como procesos, a diferencia de la mediación, que erradamente se visualiza como una decisión voluntaria que se concreta en una sesión convocada al efecto	22
5.	Reducida visualización pública del resultado de los procesos de mediación	22
6.	Incorporación en el abordaje de la mediación de aspectos emocionales propios de los conflictos	22
6.1.	Profundización de la asimetría en las relaciones comerciales, que se evidencia más aun cuando se deben resolver conflictos	22
6.2.	Imposibilidad de resolución temprana de los conflictos en el desarrollo de los negocios, y abordajes preventivos de los mismos desde la vereda del Derecho...	22
6.3.	Formación de los abogados en el ámbito civil y comercial vinculada principalmente a la lógica confrontacional	22
7.	Conclusiones	22
8.	Bibliografía citada	22

CAPÍTULO 15. Javier Maturana Baeza

LA COSA JUZGADA ENTRE LO PENAL Y LO CIVIL ¿VINCULAR O NO VINCULAR? Un breve viaje de ida y de vuelta a través de diferentes sistemas jurídicos 22

1. Introducción..... 22

2. Los principios y valores fundantes de la institución de la cosa juzgada 22

 2.1. La seguridad jurídica, la estabilidad y la paz social 22

 2.2. La coherencia y la protección de la confianza y reputación del sistema de justicia mediante la evitación de fallos contradictorios 22

 2.3. Economía procesal y preservación de los escasos recursos del sistema judicial..... 22

3. La cosa juzgada entre lo penal y civil a través de una mirada comparada 22

 3.1. Inglaterra y Gales: La sentencia penal condenatoria como la base de una presunción refutable..... 22

 3.1.1. El principio de finalidad y las reglas de res judicata en el Derecho inglés 22

 3.1.2. La inexistencia de un efecto vinculante y/o de issue estoppel de las sentencias penales sobre los juicios civiles..... 22

 3.1.3. Las reglas probatorias de la CEA 1968 22

 3.1.4. Las razones que justifican el establecimiento de una presunción refutable en lugar de un efecto vinculante o conclusivo 22

 3.1.5. Las distintas reglas que rigen a las absoluciones penales 22

 3.1.6. El abuso de proceso como herramienta procesal para prevenir ataques colaterales injustificados. 22

3.2.	España: La sentencia penal como un efecto vinculante de cosa juzgada para los juicios civiles posteriores en casos de declaraciones de certeza positiva y negativa ..	22
3.2.1.	La cosa juzgada y el efecto vinculante de las sentencias penales respecto de los juicios civiles en virtud del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	22
3.2.2.	La aplicación del efecto vinculante de cosa juzgada a las sentencias penales con declaraciones de certeza negativa y positiva respecto a los hechos	22
3.2.3.	El derecho de defensa como limitación al efecto vinculante de cosa juzgada	22
3.3.	Estados Unidos de América: La sentencia penal condenatoria como un supuesto de issue preclusion para los juicios civiles posteriores	22
3.3.1.	La res judicata y sus efectos de claim preclusion e issue preclusion	22
3.3.2.	El efecto de issue preclusion de las sentencias penales sobre los juicios civiles subsecuentes	22
3.3.3.	Las limitaciones del issue preclusion de las sentencias penales a los juicios civiles en vista de sus requisitos de aplicación	22
4.	Conclusiones.....	22
5.	Bibliografía citada.....	22

CAPÍTULO 14

REFLEXIONES ACERCA DE LA RESISTENCIA A INCORPORAR LA MEDIACIÓN, COMO MECANISMO ADECUADO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, QUE FORME PARTE DEL CONCEPTO JUSTICIA CIVIL

Soledad Lagos Ochoa
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Master
en Derecho Universidad Pompeu Fabre, España. Profesora Departamento
de Enseñanza Clínica del Derecho. Universidad de Chile

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Noción de controversia versus conflicto. **3.** Comprensión de los principios que inspiran los mecanismos colaborativos, y sus diferencias con aquellos vinculados a la lógica contradictoria. **4.** Comprensión del juicio y del arbitraje como procesos, a diferencia de la mediación, que erradamente se visualiza como una decisión voluntaria que se concreta en una sesión convocada al efecto. **5.** Reducida visualización pública del resultado de los procesos de mediación. **6.** Incorporación en el abordaje de la mediación de aspectos emocionales propios de los conflictos. **6.1.** Profundización de la asimetría en las relaciones comerciales, que se evidencia más aun cuando se deben resolver conflictos. **6.2.** Imposibilidad de resolución temprana de los conflictos en el desarrollo de los negocios, y abordajes preventivos de los mismos desde la vereda del Derecho. **6.3.** Formación de los abogados en el ámbito civil y comercial vinculada principalmente a la lógica confrontacional. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía citada.

1. Introducción

Tradicionalmente en nuestro país la Justicia civil se ha vinculado a mecanismos confrontacionales, sin embargo, diversas voces, tanto a nivel nacional como internacional se alzan intentando impulsar la utilización de los llamados «mecanismos alternativos de resolución de conflictos» que hoy en día se denominan «adecuados», por cuanto la expresión alternativa da la idea de ser excluyente del sistema judicial y no complementaria¹, considerando la necesidad de asegurar el acceso, y garantizar la resolución efectiva y eficiente de las diferencias, en el ámbito civil y comercial.

El concepto adecuado además, dice relación con que el mecanismo permita satisfacer las necesidades e intereses de las partes que están en conflicto, entendiendo que existe una relación, que presupone una interacción entre estas, y que requiere ser abordada de manera pronta, con el menor costo posible, no sólo desde el punto de vista pecuniario, sino considerando todos aquellos elementos propios del tráfico jurídico, como son los llamados «valores intangibles»² de la Mediación que se quieren preservar en el ámbito civil y comercial, como son la asociatividad, la competitividad, la confianza, la confidencialidad, la estabilidad, la fidelización, el liderazgo, la mejora continua, el prestigio, la prevención del conflicto, la productividad, la rapidez, la reparación del daño, la reputación corporativa, la satisfacción, la sinergia, entre otros, y que difícilmente pueden lograrse de manera satisfactoria a través de procesos contradictorios.

Por ello, se ha sostenido la necesidad de que la justicia no se agote en la decisión jurisdiccional, sino que considere otros mecanismos (negociación, mediación, conciliación, buenos oficios, etc.), que se vayan desarrollando secuencialmente, de manera tal que el juicio sea *ultima ratio*.

1 HIGHTON Y ALVAREZ (1996) p. 28.

2 GORJÓN (2017) p. 40.

Sobre esta temática, existe abundante literatura, destacándose el modelo de Tribunal Multipuertas, concebido por el Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard FRANK SANDER, quien en la década del 70 señalaba:

«...habló de las variedades en la resolución de las disputas, y propuso la idea de un tribunal con múltiples puertas o programas de resolución de disputas. Los casos serían atendidos, diagnosticados y derivados a través de la puerta apropiada, o enviados inclusive fuera de los tribunales, para ser sometidos a mediación, a arbitrajes o a evaluación neutral anticipada...»³

Intentando expresar un modelo en el que la justicia sea omnicompreensiva de los distintos mecanismos que se utilizan. Más contemporáneo, el enfoque del profesor inglés NEIL ANDREWS, quién a través de la idea de «justicia de doble hélice», señala:

«...que al igual que la molécula del ADN –compuesta por la unión de dos cadenas entrelazadas– el sistema de justicia civil estaría formado, por una parte, por la cadena del proceso ante los tribunales y por otra, por la cadena de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos...»⁴.

En este orden de ideas, podríamos desarrollar latamente la conveniencia de que se incorporen al concepto de justicia civil los mecanismos adecuados, y particularmente aquellos colaborativos, como la Mediación, sin embargo, creo que ese análisis tanto desde el punto de vista teórico como práctico está sobre abordado, así como el diagnóstico evidentemente deficitario en cuanto acceso en el ámbito civil nacional, por ello en este artículo me interesa reflexionar acerca de las razones o motivaciones de la resistencia sostenida a incorporar un nuevo paradigma en la resolución de los conflictos civiles en Latinoamérica, las que superadas nos permitan avanzar en estas latitudes a un concepto integrador de la justicia civil.

3 ALVAREZ *et al.* (1996) p. 122.

4 VARGAS (2018) p. 195.

2. Noción de controversia versus conflicto

En términos generales los mecanismos confrontacionales entienden las diferencias suscitadas entre las partes desde la controversia, es decir, desde la «cuestión controvertida», que exige en términos generales una pretensión resistida, constituyendo el litigio un presupuesto procesal de existencia jurídica, que será objeto del juicio. La *litis*, por lo tanto, desde la perspectiva adversarial, es el «conflicto» que se debe resolver.

En cambio, tratándose de mecanismos colaborativos «...Una de las cuestiones fundamentales en el estudio del conflicto es el análisis de sus elementos, ya que aquellos factores predominantes en su génesis y desarrollo son esenciales en su resolución. Así, las personas, el proceso y el problema, son los elementos que, interactuando entre sí, se encuentran en cualquier conflicto interpersonal configurándolo...»⁵.

Desde esta perspectiva, el conflicto no exige como presupuesto la contradicción. El conflicto se entiende como un fenómeno complejo, en el que se dan múltiples interacciones, que se desarrollan en el tiempo a través de etapas. Es un proceso dinámico, y su intensidad puede escalar. Así las cosas, «los mediadores intervienen en conflictos que se encuentran en estado latente, emergente o manifiesto, según su grado de organización e intensidad»⁶. Los latentes son aquellos en que existen tensiones subyacentes, y las partes involucradas en él, aún no son necesariamente conscientes del deterioro de la relación. En los emergentes las partes reconocen que hay una disputa, pero no necesariamente saben manejar el conflicto y, por lo tanto, existe riesgo de escalada. Finalmente, en los conflictos manifiestos las partes están inmersas en la continuidad de una disputa, y la polarización radicaliza a las partes.

Evidentemente la intervención de un mediador en una etapa temprana del conflicto permitirá un mejor abordaje de este, y ello explica

5 VILLALUENGA (2009) p. 4.

6 MNOOKIN, *et al.* (1997) p. 120.

que la Mediación opere en los primeros peldaños de la secuencia en se establezcan los diversos mecanismos, sin embargo, es importante tener presente que aún en los conflictos más intensos es posible generar espacios de diálogo (en las trincheras también se negocia), y por ello, siempre debe existir la posibilidad de brindar a las partes esa oportunidad.

En la disciplina de la Mediación encontramos diversas definiciones de conflicto, vinculadas a los llamados «Modelos de Mediación», pero que no se agotan en ellos, por cuanto el análisis, caracterización, y comprensión del conflicto que existe entre las partes, es para el mediador, su principal insumo, al momento de determinar la estrategia de intervención del caso, que no necesariamente será la misma de otros casos sobre materias o cuantías similares, por cuanto, no obstante podamos identificar ciertos patrones en determinadas áreas, cada conflicto tiene una fisonomía propia que exige esta mirada particular, dejando de lado estandarizaciones rígidas y lineales. Conforme a lo dicho, conflicto ha sido definido por PRUITT y RUBBIN como divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan sea alcanzadas simultáneamente⁷, dándose énfasis a la idea de que al tener una diferencia con otro, presuponemos ex antes de que nuestros intereses serán necesariamente contradictorios, o bien se ha conceptualizado por BOARDMAN y HOROWITZ, como «una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social»⁸, relevándose la idea de que los conflictos ocurren en sistemas de interacción, es decir, el campo de la Mediación se refiere a las relaciones interpersonales, entre personas, entre éstas y organizaciones o entre organizaciones, y por ello se sostiene que:

«se considera que el diálogo es necesario, tanto para crear como para abordar las esferas social y pública donde se construyen las instituciones, las estructuras y los patrones de las relaciones humanas. Deben crearse procesos y espacios de tal manera que las personas puedan comprometerse y configurar las estructuras

7 SUARES, 2012 p. 73.

8 SUARES, 2012 p. 73.

que rigen su vida comunitaria, definidas en términos generales. El diálogo es necesario para dar acceso, tener voz e interactuar constructivamente en la formalización de nuestras relaciones, y en la forma como nuestras organizaciones y estructuras se construyen, se comportan y responden»⁹.

Por ello la Mediación dentro del concepto de justicia civil viene en definitiva a permitir un abordaje distinto al del juicio, pero muy necesario conforme a las necesidades de las relaciones que se dan en el ámbito civil y comercial, donde, además, en general prima la autonomía de la voluntad, que nos permite generar nuevos vínculos con otros.

En este orden de ideas por regla general, los conflictos en este ámbito, tienen como rasgo característico un componente patrimonial, que de alguna manera incentiva el enfrentamiento posicional de la divergencia, considerando como sustento de ello el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas, lo que apreciado desde la lógica controversial, podría llevarnos a un abordaje en pro del acuerdo, desde una estrategia transaccional de suma cero, mediante regateo y la división de las diferencias a través de ofertas y contraofertas, sin embargo, analizados desde la perspectiva mediadora podemos afirmar que la problemática civil y comercial es «profundamente relacional», lo que puede justificarse en que las obligaciones alegadas nacen muchas veces de vínculos contractuales que presuponen confianza e intercambios previos entre las partes, siendo lo pecuniario un elemento más a analizar y no el único.

3. Comprensión de los principios que inspiran los mecanismos colaborativos, y sus diferencias con aquellos vinculados a la lógica contradictoria

Los mecanismos no adversariales (negociación, mediación, conciliación, facilitación, buenos oficios, etc.), se vinculan entre sí y tienen un

9 LEDERACH (2009) pp. 24-25.

sustrato común, tanto desde el punto de vista conceptual, como respecto de las herramientas necesarias para su aplicación práctica, recogiendo lo colaborativo, en cuanto presuponen la generación de un espacio de diálogo en el que, a través de un proceso comunicacional, las partes directamente entre sí, o bien ante un tercero imparcial sin poder decisorio, abordan un conflicto. Coherente a ello, los principios que los inspiran y en torno a los que se estructuran¹⁰, difieren radicalmente de la lógica adversarial.

En primer lugar, en estos mecanismos prima la voluntariedad (i), y ello implica que quienes participan en un proceso mediado, no pueden ser obligados a llegar a un acuerdo¹¹. Ello, no debe confundirse con el establecimiento del mecanismo como requisito procesal previo obligatorio para la interposición de acciones judiciales contenciosas. Sobre el particular es importante tener presente, que la mediación –para que se frustre– requiere que la parte solicitada haya sido invitada a participar en el proceso, de manera tal que dicho emplazamiento constituye una garantía procesal, en cuanto tiene el derecho a saber oportunamente que ha sido convocada a intentar resolver una diferencia, que probablemente con posterioridad se judicialice¹².

Esta voluntariedad se manifiesta durante todo el procedimiento de mediación, para ambas partes y por ello en cualquier momento pueden poner término al proceso. Ahora bien, tratándose de mediaciones que se realizan a fin de dar cumplimiento a cláusulas escalonadas, en las que se consagra la mediación y luego el arbitraje, uno tendería a pensar que las partes evidentemente participarán activamente, por cuanto fueron ellas mismas quienes contemplaron una etapa en la que podrían conversar frente a un tercero imparcial que los guíe en la búsqueda de una solución, cuando han fracasado las negociaciones directas, constituyendo una ma-

10 LAGOS (2017) p. 532.

11 LAGOS (2017) p. 532.

12 BARONA (2018) pp. 17-24.

nifestación de su propia voluntad, sin embargo, y contra todo pronóstico muchas veces me ha tocado ver, que se incorpora la cláusula, sin entender lo que ello implica, que no tiene que ver con el cumplimiento meramente formal de un trámite, sino con satisfacer el espíritu de lo pactado, que se refiere a concretar la posibilidad de abordar ante un profesional la diferencia.

En efecto, muchas veces los abogados, manifiestan que ya realizaron una «negociación» previa, pero cuando se les consulta en que consistió esta, generalmente la respuesta es que hubo un mero intercambio, de comunicaciones escritas, qué a todas luces, no cumplen desde la mirada técnica el estándar de un mecanismo colaborativo.

Así las cosas, es importante tener presente que cuando las partes o sus abogados, no están debidamente formados en negociación, la mediación será una excelente herramienta ya que el mediador es el que irá determinando los temas y tiempos de ese espacio negociado. Reafirmando esta falta de profesionalización de la negociación en el ámbito civil y comercial, de acuerdo al trabajo sobre «La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile. Estudio de *lege referenda* a partir de los resultados de encuestas dirigidas a abogados, jueces y empresarios chilenos (Junio-Julio de 2016)»¹³, se les consultó a los abogados si antes de iniciar un juicio o arbitraje suelen reunirse directamente con la contraparte para negociar una solución (omitiéndose la referencia a la Mediación), frente a lo cual, el 14,8% aseguró que jamás se había reunido con la contraparte antes de judicializar el problema; 37,8% afirmó que lo hacía de vez en cuando; el 37% por su parte, aseguró que casi siempre lo hacía; y el 10,4% de los encuestados afirmó que siempre se reúne con la contraparte a negociar.

Además, se les consultó a los abogados si, ante un conflicto ya existente, privilegian la posibilidad de la mediación de un tercero como estadio previo al proceso judicial o arbitral, indicando el 54,5% que nunca

13 JEQUIER (2016) p. 97.

han buscado la mediación; el 37,2% contestó que solo de vez en cuando; el 6,9% aseguró que casi siempre lo hace; y sólo el 1,4% afirmó que siempre busca la mediación de un tercero. Ante estos resultados, y considerando las respuestas previas sobre negociación, llama profundamente la atención que los abogados negocien, pero no participen en mediaciones, ya que son mecanismos absolutamente vinculados tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Por otro lado, estas cifras nos demuestran que, en materia civil y comercial, está sub utilizada la negociación y la mediación, mecanismos que conforme la naturaleza de los conflictos y relaciones que se desarrollan en ese ámbito debieran ser parte de los servicios ofrecidos por los profesionales que asesoran a empresas, ya sea en la celebración de contratos o en la resolución de los conflictos que se suscitan.

En cuanto a la comparecencia de las partes, en materia contenciosa prima la representación, debiendo las partes ser patrocinadas por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, so pena de no proveerse y tenerse por no presentada las solicitudes que se hagan al tribunal sin el cumplimiento del mandato respectivo. En cambio, tratándose de mecanismos colaborativos, la regla general es absolutamente la contraria, por cuanto rige el principio del protagonismo de las partes⁽ⁱⁱ⁾¹⁴, por el cual se exige la comparecencia personal de los directamente involucrados, por cuanto ellas son las que mejor pueden definir sus necesidades e intereses y las que en definitiva tomarán la decisión de llegar o no a acuerdo, sin perjuicio de que en todo momento pueden y es lo recomendable, ser asesoradas por sus abogados. En los juicios o en el arbitraje las partes en conflicto desaparecen para el proceso y son los abogados los que exponen los hechos y sus alegaciones ante el tercero que juzga. El desconocimiento de este principio genera que muchas veces sean los propios abogados los que aconsejen a las partes no participar en la Mediación, y dado que muchas veces ese mismo abogado no ha participado de la relación contractual o de la ejecución del proyecto sobre el que versa el proceso, carece

14 ÁLVAREZ y ORTEGA (2012) p. 17.

de información acerca del conflicto a mediar, haciéndose muy tórpido el desarrollo de la mediación.

Otro principio fundamental, es el de igualdad de las partes (iii)¹⁵. En materia jurisdiccional prima el principio de la Bilateralidad, en virtud del que se entiende que las partes están en igualdad de condiciones cuando tienen los mismos tiempos y oportunidades para hacer valer sus derechos; en cambio tratándose de mecanismos vinculados al diálogo, la igualdad entre las partes no es formal, sino sustancial, en el sentido de que ellas solo estarán en un pie de igualdad, cuando manejan un nivel adecuado y similar de información acerca de los distintos ítems vinculados al conflicto que intentan resolver.

Por ello, si se detecta que una de las partes carece de los elementos necesarios para tomar decisiones, el mediador por ejemplo sugerirá en sesión individual, que recabe la información necesaria antes de adoptar cualquier determinación. La igualdad, entre dos personas, con distintas experiencias de vida, educación, y/o capacidades propias, solo puede alcanzarse a través del manejo y comprensión de la información, siendo el mediador el que debe velar por que ello se dé durante el proceso.

Considerando este principio los abogados asesores son fundamentales, a la hora de contribuir en la mediación con los llamados «Criterios objetivos», estándares independientes de la voluntad de las partes, o procedimientos equitativos determinados en conjunto, que sirven para evaluar la calidad de las opciones de solución, por ejemplo la jurisprudencia reciente sobre un determinado tema, el valor de mercado, la normativa aplicable, los costos, etc., de manera tal, que los argumentos dados en la mesa de negociación por cada parte no respondan a un capricho, sino que se sustentan en antecedentes concretos, siendo indispensables al momento de razonar acerca de la posible solución de nuestra diferencia¹⁶. Asi-

15 BARONA (2011) p. 209.

16 DIEZ Y TAPIA (2006) p. 102.

mismo, este aporte también es necesario, cuando las partes analizan las «Alternativas», es decir, las posibilidades ciertas y concretas de satisfacer los intereses y necesidades de las partes fuera de la mesa de mediación, lo que permitirá decidir si conviene o no cerrar un acuerdo, adoptando la decisión técnicamente, y eligiendo la mejor de mis alternativas frente a la posible opción de acuerdo, que surgió en la mesa.

Sumado a lo anterior, y considerando la primacía absoluta de la publicidad de los procedimientos contenciosos, en los mecanismos colaborativos impera el principio de la confidencialidad (iv)¹⁷, necesaria para que se genere confianza, sin perjuicio de determinadas excepciones justificadas en atención a la protección de bienes jurídicos de mayor entidad (por ejemplo, a fin de evitar un daño a terceros que se encuentren en situaciones vulnerables o ante la amenaza de un peligro inminente).

La reserva se refiere no solo de lo que se ventile en las sesiones de mediación, sino que además cualquier antecedente acerca de los intereses que las partes manifiesten al mediador, el que deberá preguntarles, si es que quieren que dicha información sea transmitida a la otra parte. Los involucrados en el proceso son los dueños de la información¹⁸. Esta confidencialidad se extiende incluso a los terceros que han participado en él. Sin confianza no es posible la conducción e intervención de la mediación.

Finalmente, tratándose de aquellos mecanismos en los que un tercero facilita el diálogo, como en el caso de la mediación o la conciliación, rige el principio de la imparcialidad (v), entendida como no favorecer ni privilegiar a una parte en desmedro de la otra, pero que a diferencia de los mecanismos jurisdiccionales se ve afectada, no solo por causas taxativas o enumeradas (parentesco, amistad, etc.), sino que además, durante el desarrollo del proceso, las partes pueden percibir falta de imparcialidad por el despliegue técnico que hace el mediador, generándose una pérdida de

17 ÁLVAREZ Y ORTEGA (2012) p.16.

18 ÁLVAREZ Y ORTEGA (2012) p. 16.

la confianza en este, sin que sea posible en esa dinámica que el mediador pueda seguir realizando su cometido.

4. Comprensión del juicio y del arbitraje como procesos, a diferencia de la mediación, que erradamente se visualiza como una decisión voluntaria que se concreta en una sesión convocada al efecto

La Mediación también es un proceso, y por lo tanto, no es suficiente sólo preguntarles a las partes ¿van a llegar a un acuerdo? Para esa labor, no sería necesaria la formación de mediadores o conciliadores, ni menos consagrar mecanismos inspirados en principios, sino que bastaría solo con establecer un trámite y un encargado de formular y recibir las respuestas.

La mediación en cuanto proceso, no comienza en la realización de la primera sesión de mediación, sino desde que el solicitante ingresa a consultar y formular su solicitud, debiendo existir personal capacitado para resolver las dudas que se presenten, de manera coherente al mecanismo, acogiendo las inquietudes, a objeto de fomentar la legitimación y adhesión al proceso.

Luego de recibida la solicitud, es fundamental el contacto con los solicitados invitándolos a sumarse, lo que constituye un primer gran desafío, por cuanto la comunicación de la existencia de la mediación no es meramente formal, no se agota con la sola citación, sino que es necesario realizar un trabajo de «Facilitación», por parte del Centro o del mediador, instando la participación del solicitado e informando acerca de las ventajas de sentarse a conversar sobre la problemática que los afecta, lo que muchas veces se puede ver obstaculizado, por ejemplo, por la estructura organizacional de la empresa, ya que habitualmente las distintas áreas

de ella funcionan como estancos separados, sin que las decisiones de una represente necesariamente el sentir de las otras, de manera tal que el contacto para que sea efectivo debe realizarse con quién toma efectivamente las decisiones en la entidad. Es importante tener presente, qué en el ámbito civil y comercial, gran parte de los casos involucran a personas jurídicas, y algunas de ellas estructuradas como empresas, haciéndose complejo este acercamiento.

Habiendo aceptado ambas partes, el mediador fijará la fecha de la primera sesión, que considerando el tipo de conflicto y la situación en que se encuentran las partes puede ser de manera individual (no quieren o no es recomendable aún reunirse), o bien conjunta. Esta etapa se denomina de «Apertura del proceso y creación de confianza», debiendo el mediador a través del «Discurso de Apertura» explicar a los convocados en que consiste, su duración, etapas, y el carácter voluntario de los acuerdos que se adopten. Luego de ello, se avocará a la «Exploración y comprensión del conflicto desde la perspectiva de las partes», quienes al momento de sentarse explicarán su «Posiciones», es decir, los planteamientos o posturas rígidas que inicialmente se adoptan en una negociación o en una mediación, que se identifican con la pretensión y contrapretensión procesal, y que por definición son contradictorias.

El mediador indagará los «Intereses» de las partes, que subyacen detrás de toda posición, y que corresponden a sus necesidades, deseos, preocupaciones, temores, esperanzas, definiendo el conflicto, y que se vinculan con las necesidades humanas básicas, como seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento y control sobre la vida propia.

El mediador debe lograr el tránsito de una posición inicial a los verdaderos intereses de las partes. En la Mediación no se acercan las posiciones, ya que ellas por definición son antagónicas; lo que se negocia son los intereses y ello permite agrandar el abanico de posibilidades de solución al conflicto, ya que las posiciones solo pueden satisfacerse de una sola manera, en cambio los intereses son un concepto más amplio, que permite múltiples posibilidades de satisfacción.

Esta etapa es particularmente subjetiva, ya que frente a una misma posición pueden existir infinitos intereses que son propios de cada persona, y que son únicos en su significado, es decir, cada uno los valora de manera particular (dos personas con una misma posición pueden tener intereses distintos, y no responden a un patrón común), así, por ejemplo, cuando se solicita una indemnización de perjuicio, para unos puede tener por objeto satisfacer un interés de justicia, entendida como sanción, y para otro, el interés de reparación. Diversas técnicas comunicacionales, son útiles en esta fase, básicamente la escucha activa, el parafraseo, las preguntas exploratorias, y resúmenes, cuidando siempre el lenguaje analógico.

Es importante tener presente, que el juicio o el arbitraje son mecanismos esencialmente posicionales, y por ello, demandante y demandado, sostendrán desde el inicio hasta el término del proceso su postura que se circunscribe y se rigidiza al momento de la traba de la litis, lo que evidentemente dificulta la posibilidad de negociar.

Tras tener claridad de lo que cada una de las partes quiere y espera, el mediador deberá determinar cómo abordará el caso, y para ello debe formular su hipótesis acerca del conflicto, que comprende tanto a las personas involucradas en él, como el problema mismo, iniciando una tercera etapa denominada «Intervención del conflicto, y apoyo del proceso de decisión», en la que se trabajarán los ya mencionados Criterios Objetivos y las Alternativas, para concluir con la «Formalización del Acuerdo y cierre», en la que se recogen las opciones propuestas por las partes, y se redacta el acuerdo, a través de compromisos claros, efectivos, equilibrados, y exigibles.

5. Reducida visualización pública del resultado de los procesos de mediación

Ligado al punto anterior, los acuerdos adoptados en Mediación, generalmente se contienen en un contrato de transacción, que las partes mantienen en reserva, de manera coherente a la confidencialidad que se

da durante el proceso, a diferencia de lo que ocurre respecto de los fallos de los Tribunales ordinarios de Justicia, que son públicos, o de los laudos arbitrales, que se ponen a disposición de la comunidad jurídica de manera anonimizada en publicaciones periódicas, lo que evidentemente determina la casi inexistente publicidad de los acuerdos alcanzados en sede mediación, por cuanto lo acordado, se mantiene en dicha esfera.

6. Incorporación en el abordaje de la mediación de aspectos emocionales propios de los conflictos

La mediación es una forma de intervenir conflictos, y para ello es necesario considerar todos los elementos que lo comprenden. Las emociones no son ajenas al fenómeno jurídico, aun cuando no se aborden en la disciplina, e incluso muchas veces se excluyan rotundamente, pero ello ¿es técnicamente posible?, «No hay acción humana, sin emoción que la funde como tal, y la haga posible como acto», no es la razón lo que nos lleva a la acción sino la emoción. Hablamos como si fuese obvio que ciertas cosas debieran ocurrir en nuestra convivencia con otros, pero no las queremos, por eso no ocurren. O decimos que queremos una cosa, pero no la queremos y queremos otra, y hacemos, por supuesto, lo que queremos, diciendo que lo otro no se puede. Hay cierta sabiduría consuetudinaria tradicional cuando se dice «por sus actos los conoceréis». Pero ¿qué es lo que conoceremos mirando las acciones del otro? Conoceremos sus emociones como fundamentos que constituyen sus acciones; no conoceremos lo que podríamos llamar sus sentimientos, sino el espacio de existencia efectiva en que ese ser humano se mueve»¹⁹.

Los conflictos surgen en sistemas de interacciones que se retroalimentan, y en los que las personas que se comunican transmiten contenidos, no solo de forma digital (lenguaje verbal), sino también de forma

19 MATURANA (1990) p. 23.

analógica (para-verbal, esto es, tono, ritmo, volumen, y no verbal, gestos, movimientos, corporales, vestuario), de manera tal, que siendo la mediación un proceso comunicacional, las emociones no pueden ser excluidas del abordaje del conflicto, por cuanto inciden en el comportamiento de los mediados. No existe ningún conflicto en el ámbito jurídico, que no genere emociones, sin embargo, el derecho formal no las aborda, ni en la formación de los abogados, ni en el desarrollo procesos confrontacionales, a diferencia de lo que ocurre en los mecanismos colaborativos, donde se las considera determinantes, debiendo negociadores y mediadores, adquirir herramientas y destrezas comunicacionales para poder reconocerlas, y gestionarlas de manera adecuada.

Sin pretender haber sido exhaustiva, estas son algunas de las razones que podrían determinar la resistencia a considerar dentro del concepto «Justicia civil», los mecanismos adecuados de solución de conflictos, y particularmente los colaborativos, como la Mediación, que en numerosas legislaciones y ámbitos del quehacer jurídico se encuentra firmemente arraigada. Pero, ¿qué consecuencias genera en el quehacer comercial y civil la no utilización de estos mecanismos? En primer lugar, evidentemente el concepto restringido de justicia civil merma el acceso a la justicia. Este derecho considerado como esencial del Estado de Derecho, ha ido tomando relevancia tanto a nivel nacional como internacional con el paso de los años²⁰. Poco a poco, se han ido incorporando conceptos asociados a este derecho que han ampliado la envergadura e implicancias que una política de acceso a la justicia debiese tener, responsabilizando directamente al Estado de organizar un aparato institucional que coordine y permita el acceso igualitario a la justicia. «A partir de esto, diversas iniciativas han buscado efectivizar el cumplimiento de este derecho, siendo los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) la herramienta más utilizada y mejor evaluada, en términos del impacto que generan tanto

20 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2018) p. 37.

en la percepción sobre la administración de justicia como en la efectivización del acceso a esta»²¹.

En este orden de ideas, respecto a la incorporación de los RAC en los sistemas judiciales en Latinoamérica «... la elaboración de políticas judiciales se inserta dentro de lo que se ha venido a denominar un «servicio público de justicia» concebido como uno de los elementos esenciales para el desarrollo de una vida en sociedad. De esta manera, es necesario que este servicio funcione orientado hacia el ciudadano, ofreciendo un servicio eficiente y de calidad...»²². Sin embargo, tratándose de nuestro país, Estado no ha definido una política pública en este sentido, ni ha sido prioridad en cuanto a la destinación de recursos.

Al respecto, PEÑA señala que:

«el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo— no necesariamente judicial— de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir— y de hecho ha conducido en el derecho comparado— a diversificar las formas de resolución, alternando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área— lo que he llamado el problema del óptimo social— creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos»²³.

21 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2018) p. 37.

22 CEJA (2016) p. 28.

23 PEÑA (1997) p. 7.

Como consecuencia de lo ya señalado, la mediación en Chile normativamente se ha alojado en el seno de instituciones que de acuerdo a los objetivos que persiguen no tienen la calidad de ser un tercero imparcial, ni tampoco consideran dentro de sus funciones principales la de resolver conflictos, sino la de fiscalizar o velar por los derechos de un determinado grupo. Así sucede en materia laboral, donde la conciliación individual, la mediación de tutela de derechos fundamentales, o la mediación obligatoria (ex buenos oficios), se desarrolla ante una institución cuyo objetivo principal es la protección de los derechos de los trabajadores, o la mediación en salud en el ámbito público que se realiza ante el Consejo de Defensa del Estado, cuya función principal es la defensa judicial de los intereses del Estado.²⁴

Esta disconformidad relevante, al momento de regular la mediación, y que implica que quién media no cumple el rol de imparcialidad necesario, vulnerando los principios más profundos y propios del mecanismo, grafica muy bien la resistencia a considerar dentro de la «justicia», mecanismos distintos al juicio. En este orden de ideas, si revisamos la Historia de la Ley de Mediación en el ámbito de familia, cuando la Corte Suprema debió informar en el año 2001 su parecer acerca de este proyecto señaló que:

«No hemos avanzado en la aplicación de los sistemas alternativos de solución de conflictos, no obstante que por el aumento considerable de los litigios existen evidentes problemas de solución y respuesta pronta a través del sistema judicial ordinario. Esta realidad –compartida por la mayoría de los países de Iberoamérica– motivó la atención de la VI Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica, celebrada recientemente en Santa Cruz de Tenerife. En su declaración final, respecto a este punto, se acordó expresar, que en el Estado de Derecho, la paz social constituye uno de los anhelos de todas las comunidades y que conscientes de esta responsabilidad, los Poderes Judiciales de nuestros respectivos países, asumíamos el compromiso de propiciar, además de la justicia formal, otorgada por el juez natural, que integra la jurisdicción permanente en los diferentes Estados, la implementación del sistema de solución alternativa de conflictos, como manera de satisfacer, en términos razonables, las demandas ciudadanas de justicia...». Agregando que el proyecto de ley:

24 D.F.L. N°1, de 1993.

«...reconoce la responsabilidad que le cabe al Estado en tan importante función y prevé que esos servicios se dispondrán y regularán por un departamento especializado que se crea al efecto en la Corporación Administrativa del Poder Judicial, organismo que, como se sabe, depende directamente de esta Corte Suprema...»²⁵

Sin embargo, y no obstante este auspicioso anuncio, posteriormente el proyecto fue revisado por las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, donde se escuchó a la Diputada señora GUZMÁN quien *«observó la inconveniencia de que este Departamento dependa de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, debido a la mala evaluación relativa a la capacidad de gestión de esta última, creyendo que sería más adecuado constituirlo como una dependencia del Ministerio de Justicia»*, y al señor Bustos quien indicó *«que no parecía adecuado que si se buscaba desjudicializar un importante número de situaciones, se entregara la administración del sistema precisamente al Poder Judicial, sin perjuicio, además, del riesgo de que este Poder no lo administre con la suficiente independencia y lo considere como un servicio de segundo orden»*. Sumado a lo anterior, expresaron que la supervisión, control, registro y administración de los recursos del sistema de mediación correspondiera al Ministerio de Justicia del cual dependería el Departamento de Mediación y el Ejecutivo acogiendo la proposición de la Comisión, presentó una indicación substitutiva que fue aprobada por unanimidad²⁶.

Así las cosas, la mediación en nuestro país pudo haberse desarrollado al alero del Poder Judicial en el ámbito de la familia, lo que habría favorecido que su utilización se expandiera a otras áreas, permitiendo su incorporación, desde el punto de vista de la cultura jurídica de los operadores en el concepto de Justicia, sin embargo, ello no sucedió, y habiendo transcurrido casi 20 años, el mecanismo ha estado siempre fuera del Poder Judicial, lo que ha acentuado aún más su prescindencia. Esta lejanía, y la idea precon-

25 LAGOS (2018) p. 532.

26 LAGOS (2018) p. 532.

cebida de que la mediación solo tiene por objeto procesar grandes volúmenes de causas, para que los jueces puedan dedicarse con más tiempo a sus labores, no considerando razones que justifican la utilización del mecanismo por el carácter adecuado del mismo según el tipo de conflicto, es tan arraigada en nuestro sistema jurídico, que frente a la situación de pandemia recientemente vivida se permitió²⁷ que los procesos contenciosos se desarrollaran *on-line*, pudiendo omitirse la realización de la mediación previa obligatoria o cualquier otra exigencia, cuyo cumplimiento se tornara difícil de satisfacer, en razón de las restricciones impuestas por la autoridad o de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, como en el caso de la conciliación individual previa al procedimiento monitorio en materia laboral, que se sustancia ante la Inspección del Trabajo, de manera tal que la presentación de la demanda durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, se realizara sin necesidad de acreditar el cumplimiento de dichos procesos no adversariales, pero ¿Qué mecanismo sería el más adecuado frente a una situación de esta naturaleza?, ¿el juicio o la mediación *on-line*?. Evidentemente, la Mediación *on-line*, por cuanto ya se tenía información concreta acerca de la suspensión de los probatorios, entonces considerando el carácter adecuado de los mecanismos ¿es desde el punto de vista técnico correcto, instar a que las partes judicialicen de forma más expedita sus diferencias?, ¿no habría sido más adecuado favorecer las instancias de diálogo online previas al juicio?, a la espera de que los juicios puedan avanzar en su tramitación.

De esta manera, hoy nos encontramos con un gran volumen de casos civiles y comerciales judicializados que se encuentran paralizados, y muchos otros que ni aún en situación de normalidad habrían ingresado al sistema, sumado a que no tenemos una ley de mediación en el ámbito civil y comercial.

Dicho lo anterior, resulta necesario averiguar cómo afecta a las relaciones en el ámbito civil y comercial la ausencia del mecanismo mediación:

27 Ley N° 21.226, de 2020.

6.1. Profundización de la asimetría en las relaciones comerciales, que se evidencia más aun cuando se deben resolver conflictos

La mesa de mediación presupone que ambas partes deben sentarse y superar las asimetrías que las afectan, a fin de generar el diálogo necesario que les permita transformar el conflicto y co-construir un acuerdo, pero para que dicho ejercicio pueda realizarse es necesario que se encuentren instaladas capacidades de negociación, lo que no sólo es resorte de los abogados, sino que debe permear el comportamiento de los operadores, de manera tal que sus acciones sean coherentes a buenas prácticas en el ámbito de las empresas, acordes al concepto de Sostenibilidad, entendido como la vinculación de esta con su medio, y que no sólo considera el ámbito medio ambiental, sino además buenas prácticas con co-contratantes, clientes, autoridades, socios, grupos de interés externos, y la comunidad, lo que presupone conductas empresariales dialogantes y colaborativas, que consideran el acceso oportuno a mecanismos adecuados, es decir, que existan espacios de diálogo previamente establecidos, para intentar resolver las diferencias que surjan en la relación, ya sea directamente entre las partes a través de una negociación colaborativa, o bien acudiendo a un tercero imparcial, ya que la confrontación daña irreparablemente la relación, afectando la eficiencia de la cadena de valor. Desde esta perspectiva dar una nueva estructura a los negocios, dotando a las partes de herramientas concretas de diálogo, permite que todos los involucrados puedan analizar las problemáticas que los afectan, se pueden mejorar los procesos, evitar situaciones similares, y fortalecer la relación entre las partes.

Así mismo, estas asimetrías no solo se producen entre privados, sino también en la actividad que vincula al privado con el Estado, por ejemplo, cuando estamos frente a Estado mandante, donde es aún más fuerte la resistencia a consagrar espacios de diálogo, reduciéndose al máximo toda posibilidad de acercamientos entre las partes, cuando se trate de conflictos que vinculan a la administración, en circunstancias que los proyectos presentan problemáticas y conflictos al igual que en el ámbito privado. Esta exclusión

nace de concepción misma del Derecho Público en cuanto ámbito normativo en el que no rige la autonomía de la voluntad, primando una interpretación restrictiva de competencias y potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico en una relación de subordinación, que en atención al principio de legalidad, y la representación de intereses generales, no permitirían la generación de espacios colaborativos, dejando de lado la eficacia y eficiencia, y reduciendo la modernización del Estado sólo a ciertos tópicos, pero no recogiendo aquellos que se vinculan a la simetría de las relaciones, ni a la necesidad de profundizar la democracia en todos los ámbitos del quehacer.

Reflejo de ello las cifras de litigiosidad y éxito de las entidades que defienden los intereses fiscales, que en general no son favorables en ámbitos civiles y comerciales al particular, quién debe enfrentarse a entidades especializadas en la defensa de estos, entonces ¿para qué cambiar esta forma de resolver estos conflictos, si una parte los gestiona obteniendo resultados exitosos de su labor? La forma en que la autoridad se relaciona con el particular, se vincula con el ejercicio del poder, y la concepción tradicional de autoridad, en la que el diálogo solo surgirá en la medida en que se obedece lo prescrito por la superioridad jerárquica. Las órdenes se acatan y solo así, es posible que se genere algún espacio de conversación; si ello no se da, solo cabe el enfrentamiento, con todo el costo que ello significa.

6.2. Imposibilidad de resolución temprana de los conflictos en el desarrollo de los negocios, y abordajes preventivos de los mismos desde la vereda del Derecho

Existen numerosos estudios acerca del retardo de la justicia formal, y de las consecuencias de ello, no siendo el ámbito civil y comercial la excepción, existiendo estudios y cifras sobre este punto en el ámbito inmobiliario, financiero, de seguros, y de la construcción, entre otros, que se refieren al costo de no resolver las diferencias y judicializarlas.

Así, por ejemplo, de acuerdo con un estudio publicado por la Cámara Chilena de la Construcción, luego de un análisis de un conjunto de

999 contratos en el periodo 2014-2016, se concluyó que en uno de cada dos contratos presentó algún tipo de conflicto que no pudo ser resuelto directamente entre las partes, y de los cuales, el 43% se resolvió con la intervención de terceros y el 57% tuvo que ser resuelto por vías jurisdiccionales (las mayores divergencias fueron en contratos de Suma Alzada, seguidos por los de Precios Unitarios).²⁸ Este preocupante escenario que se visualiza hace años, socava la cooperación entre los actores, afectando el desarrollo de los proyectos y finalmente impacta negativamente en el desarrollo del país, siendo el litigio como mecanismo de solución de controversias, especialmente inapropiado, ya que son extremadamente largos y costosos, llegando al extremo en que la resolución final de los casos, no pocas veces se dilata a tal punto, que las partes pierden el sentido y la motivación de esperar por ella.

La mediación, al incorporar a los directamente involucrados permite que la resolución del conflicto genere un efecto virtuoso, en el sentido de que el proceso permita comprender las causas de los conflictos, de manera que podamos tomar medidas para evitar su reiteración, permitiendo además la intervención oportuna de la disputa, antes de que esta adquiera un nivel de intensidad que complejice su abordaje.

Respecto del último punto, la gestión adecuada del conflicto no solo debe incorporar la resolución de este a través de mecanismos idóneos al tipo de disputa cuando esta emerja, sino que también fomentar la instalación de capacidades en las organizaciones –ya sea que esta tenga el rol de mandate o proveedora– para prevenir, y resolver tempranamente esas problemáticas, siendo fundamental que las personas que administran la relación cuenten con herramientas y capacidades para la resolución y que la organización cuente con protocolos para instar a la resolución de los mismos, que incorporen mecanismos colaborativos –como la negociación asistida, la mediación y los *dispute boards*, de manera previa a la utilización de mecanismos adjudicativos, como el arbitraje y el juicio.

28 Cámara Chilena De La Construcción (2016), p. 12.

6.3. Formación de los abogados en el ámbito civil y comercial vinculada principalmente a la lógica confrontacional

El ámbito de los negocios presupone relaciones en la que se genera confianza y colaboración. Todo ello claramente no sintoniza con la primacía en el sistema legal de los mecanismos de confrontación, y que determina que la enseñanza de los alumnos de Derecho esté vinculada exclusivamente en el ámbito procesal al mecanismo juicio.

Las mallas curriculares en el contexto iberoamericano no consideran los mecanismos RAD, sino solo a través de electivos de acotada duración, ni tampoco abordan el concepto conflicto en términos amplios, sino solo reducido a la controversia, acotando las diferencias entre las partes a la posibilidad de ganar o perder el juicio. Ello trae como consecuencia que los abogados a nivel local desconozcan los fundamentos teóricos y las herramientas necesarias, para desarrollar procesos de negociación o de mediación exitosos, entendiéndose por tales aquellos en los que es posible lograr acuerdos sostenibles en el tiempo. No obstante, los últimos años, los vertiginosos cambios sociales que han venido a sentar otros paradigmas, nos han enfrentado a nuevos desafíos, en los que «...los abogados han empezado a darse cuenta de que el modelo de confrontación les deja una única herramienta en sus manos, lo que puede recordarles el refrán: 'si tu única herramienta es un martillo, todo parece un clavo». Todos los problemas de sus clientes empiezan a parecer clavos, al ser el martillo de la confrontación el único enfoque'. Pero el caso de cada cliente es único, y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de resolución de disputas se ha convertido en una necesidad para la práctica de la buena abogacía...²⁹».

29 RAY, et al (1996) p. 229.

7. Conclusiones

El concepto Justicia civil en Latinoamérica se ha vinculado principalmente a la lógica confrontacional, ya sea a través del juicio o del arbitraje, excluyendo la utilización de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos. Esta resistencia persiste, no obstante existir numerosos estudios y textos que recomiendan su utilización. Podemos encontrar distintas razones para dicho fenómeno: la distinción entre la noción controversia, versus conflicto, lo que determina formas de abordaje distintas; el desconocimiento de los Principios que inspiran los mecanismos colaborativos, y sus diferencias con aquellos vinculados a la lógica contradictoria; la comprensión del juicio y del arbitraje como procesos, a diferencia de la Mediación, que erradamente se visualiza como una decisión voluntaria que se concreta en una sesión convocada al efecto; la reducida visualización pública del resultado de los procesos de Mediación; y la incorporación en el abordaje de la Mediación de aspectos emocionales propios de los conflictos.

Las consecuencia de esta exclusión, no solo incide en el acceso de las personas a una tutela y protección efectiva de sus derechos, sino que además ha propiciado en el derecho local, la consagración normativa de la Mediación en instituciones que carecen de la imparcialidad necesaria para desarrollar dicha función, o bien que derechamente no exista normativa que permita la resolución pacífica de las diferencias, como ocurre en el ámbito civil y comercial, cerrando la posibilidad de que se generen espacios que permitan desarrollar la confianza y colaboración entre los operadores, lo que acentúa las asimetrías entre los diversos actores; impide la resolución temprana de las problemáticas; y desincentiva la formación de los abogados en conocimientos y herramientas colaborativas.

Por ello, «se necesita una nueva forma de entender los conflictos legales. El sistema basado en el principio del imperio de la ley, que es conquista de la Ilustración y que hoy sigue siendo uno de los fundamentos del orden democrático y social, fue concebido fundamentalmente para proscribir la arbitrariedad del sistema aristocrático que desconocía los de-

rechos inalienables de las personas», «Pero en el siglo XXI, la forma de entender el derecho y el sentido de lo justo entra en un nuevo ciclo. Los ciudadanos y las sociedades complejas actuales tienen la necesidad de disponer de mecanismos de justicia adecuados para la gestionar y resolver sus conflictos cotidiano»³⁰.

En el mismo sentido, se ha señalado que la utilización de la Mediación constituye la aparición «...al lado de una justicia violenta, de una justicia no violenta, cuya principal característica es ser una justicia de escucha, y después de diálogo, para llevar al otro a la visión debida de su situación y, por lo tanto, a la aceptación de las consecuencias de sus actos. Se trata de otorgar responsabilidades para sentar sobre nuevas bases reconocidas y comprendidas las acciones futuras. Así se esboza una justicia de paz»³¹.

La Mediación es una expresión de nuestra sociedad actual, dando en consecuencia un nuevo contenido al concepto Justicia civil.

8. Bibliografía citada

ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena; y JASSAN, Elías (1996): *Mediación y Justicia*. Buenos Aires, Ediciones De Palma, pp. 122.

ÁLVAREZ, Viviana y ORTEGA, Pamela (2012). La mediación como medio idóneo en la resolución de los conflictos familiares. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile.

BARONA, Silvia (2011). «Los ADR en la justicia del siglo XII, en especial la mediación». *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. Sección ensayos. Año 18, n°1.

BARONA, Silvia. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

30 ORTUÑO (2018) pp. 17-18.

31 RAY (2003), p. 18.

- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN (2016): *Relación entre Mandantes y Contratistas. Encuesta año 2016*. Disponible en [HTTP://BIBLIOTECA.CCHC.CL/DATAFILES/38853-2.PDF](http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/38853-2.pdf) [Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2021].
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2016): *Guía para la implementación de Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el Acceso a la Justicia*. Santiago de Chile, pp. 28.
- DIEZ, Francisco, y TAPIA, Gachi (2006): *Herramientas para trabajar en mediación*. Argentina, Editorial Paidós, pp. 102.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2018): *El Rol de la Política Pública en el acceso a la justicia y la resolución alternativa de conflictos (RAC)*. Revista DECS, Chile, pp. 37.
- GORJÓN, Francisco Javier (2017): *Mediación, su valor intangible y efectos operativos*. Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, primera edición, pp.40.
- HIGHTON, Elena, y ALVAREZ, Gladis (1996): *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, segunda edición, pp. 28.
- HOROWITZ, Sara (1997): «Conflicto y negociación», en Mnookin, Robert (edit), *Mediación. Una respuesta Interdisciplinaria* (Editorial Universitaria de Buenos Aires), pp. 111-194.
- JEQUIER, Eduardo (2016). «La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile. Estudio de *lege referenda* a partir de los resultados de encuestas dirigidas a abogados, jueces y empresarios chilenos», en Vásquez, María Fernanda (edit), *Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes, y propuesta de soluciones* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 97.
- LAGOS, María Soledad (2018): *Institucionalización de la mediación familiar en Chile, a más de 10 años de su establecimiento*, en Vásquez, María Fernanda (edit), *Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes, y propuesta de soluciones* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 532.
- LEDERACH, Jhon Paul (2009): *El pequeño libro de transformación de conflictos* (trad. María de los Angeles Alba Olvera y María Lucía Zapata, Bogotá, Colombia, Editorial Good Books), p. 24-25.
- MATURANA, Humberto (1990). «*Emociones y Lenguaje en Educación y Política*». Chile J.C. Saez Editor, pp. 23.

- PEÑA, Carlos, «Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos», p.7. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf [Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2021].
- RAY, Larry (1996): «El sistema legal descubre nuevas herramientas: Las técnicas de resolución de disputas», en *La mediación y sus contextos de aplicación* (trad. María Angeles Garoz, España, Paidós, primera edición).
- SUARES, Marinés (2012): *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Editorial Paidós, octava reimpresión, pp. 73.
- VARGAS, Macarena (2018). «*La Justicia Civil de doble hélice hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede civil*». *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, pp. 202. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000200195&lng=pt&nrm=iso&tlng=es
- VILLALUENGA, Leticia (2009). *Mediación en comunidades universitarias: la experiencia de la Universidad Complutense*. *Revista Conflictology*, N° 1, editada por la UOC, pp. 63-69. Disponible en <https://xdoc.mx/documents/conflicto-y-mediacion-universidad-complutense-de-madrid-5f5547437bcff> [Fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021].

Normas citadas

1. D.F.L. N°1, Ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado. Diario Oficial, 28 de julio de 1993.
2. Ley N°21.226, Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile. Diario Oficial, 2 de abril de 2020.