

# REEXAMINANDO LA NOCIÓN DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (ADR) EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA ‘NO JURISDICCIONAL’

## REEXAMINING THE NOTION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) IN THE CONTEXT OF THE RIGHT OF ACCESS TO ‘NON-JURISDICTIONAL’ JUSTICE

JULIO-CÉSAR BETANCOURT  
*Doctor en Derecho Privado*  
*Universidad de Salamanca*  
ORCID ID: 0000-0001-8627-2522

Recibido: 10.03.2018 / Aceptado: 03.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4376>

**Resumen:** La noción de “Resolución Alternativa de Disputas”, generalmente conocida como “ADR”, ha recibido una importante acogida por parte de la literatura del *common law* y lo mismo puede decirse en cuanto sus principales categorías (negociación, mediación y arbitraje). ADR, lato sensu, se refiere a la idea de utilizar toda una gran variedad de mecanismos no jurisdiccionales destinados a *prevenir, manejar, resolver* o *solucionar* conflictos intersubjetivos. De modo que la expresión *resolución* alternativa de disputas es, en cierta manera, insuficiente para suministrar una visión integral de todas las opciones (o alternativas) disponibles. Este artículo reexamina la noción de ADR y proporciona una novedosa visión del pasado, presente y futuro de esta relativamente nueva disciplina.

**Palabras clave:** ADR, resolución alternativa de disputas, acceso a la justicia.

**Abstract:** The notion of “Alternative Dispute Resolution”, commonly known as “ADR”, has received considerable attention in common law literature, and the same can be said about the main ADR categories (negotiation, mediation and arbitration). ADR, lato sensu, refers to the idea of utilising a wide variety of non-jurisdictional mechanisms that are intended to *prevent, manage, resolve* or *settle* disputes. Thus, the expression *alternative dispute resolution* is, somewhat, technically insufficient to account for the whole range of options (or alternatives) available. This article re-examines the notion of ADR and provides a novel insight into the past, present and future of this relatively new discipline.

**Keywords:** ADR, alternative dispute resolution, access to justice.

**Sumario:** I. Antecedentes. II. Características. 1. Proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto. 2. Prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado. 3. Utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto. 4. Participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes. 5. Hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto. 6. Limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes. III. Ventajas y desventajas. IV. Utilización: endoprocesal y extraprocesal. V. Los mecanismos no jurisdiccionales como formas de “privatización”. VI. El estado actual. VII. ¿Cuáles son las críticas de mayor notoriedad? VIII. Hacia la reconceptualización del ejercicio profesional de la abogacía. IX. El futuro de los mecanismos no jurisdiccionales.

## I. Antecedentes

1. La «función jurisdiccional»,<sup>1</sup> por excelencia, se halla estrechamente, pero no indisolublemente, relacionada con la tarea de «solucionar» conflictos intersubjetivos.<sup>2</sup> Dicha función se lleva a cabo de manera exclusiva y excluyente por parte del Poder Judicial.<sup>3</sup> Ella tiene lugar en virtud del ejercicio de la «acción» y con la ayuda de ciertos órganos predeterminados<sup>4</sup> que han sido constitucionalmente dotados de «potestad jurisdiccional».<sup>5</sup>

2. En ejercicio de esa potestad jurisdiccional,<sup>6</sup> el Estado, especialmente, por medio de sus órganos jurisdiccionales, se encuentra facultado para dictar y, ulteriormente, para ejecutar decisiones judiciales destinadas a dirimir tales conflictos.<sup>7</sup> Estas decisiones son proferidas con arreglo a un «procedimiento»<sup>8</sup> y en el marco de un «proceso»<sup>9</sup> que sirve de instrumento para la satisfacción de una «pretensión»<sup>10</sup> jurídicamente tutelable.

3. Desde este punto de vista, el «proceso», como «institución jurídica» perteneciente al derecho procesal<sup>11</sup> puede ser visto entonces como el único mecanismo de «solución» de conflictos intersubjetivos de naturaleza puramente jurisdiccional.<sup>12</sup> De manera que, procesalmente hablando, cualquier otro mecanismo de solución de conflictos distinto al proceso, es decir, distinto a ese mecanismo de origen constitucional-estatal, e independientemente de cualquiera que sea su parecido con este último,<sup>13</sup> debería ser estrictamente catalogado como de carácter «no jurisdiccional».

4. En el derecho procesal del derecho continental (*civil law*), han sido muchísimas las discusiones relativas al significado de los vocablos «acción»,<sup>14</sup> «jurisdicción»<sup>15</sup> y «proceso»,<sup>16</sup> discusiones que han contribuido, en primer lugar, con el desarrollo de un importantísimo acervo doctrinario que ha sido contextualizado a partir de esta trilogía<sup>17</sup> y, en segundo lugar, con la acuñación de todo un vocabulario mucho más sofisticado y, sobre todo, impregnado de tecnicismos que, entre otras cosas, permiten que se haga una distinción entre lo «jurisdiccional» y lo «no jurisdiccional».<sup>18</sup>

<sup>1</sup> F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, t. I/Barcelona, JM. Bosch, 1992, p.54.

<sup>2</sup> J. TAJADURA TEJADA, «La Justicia como Servicio Público», en *La Modernización de la Justicia en España: XXIII Jornadas de Estudio, 4, 5 y 6 de septiembre de 2001. El Ambito Privado del Sector Público: XXIV Jornadas de Estudio, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002*/Madrid, Ministerio de Justicia, 2003, pp.44-46.

<sup>3</sup> J. ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal: Parte General*/Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p.48.

<sup>4</sup> M. ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal Civil*/Granada, Aranzadi, 1999, p.19.

<sup>5</sup> V. MORENO CATENA/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*/Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 214.

<sup>6</sup> J. MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional: Parte General*/Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p.37.

<sup>7</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS/I. Díez-PICAZO JIMÉNEZ/J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal: Introducción*/Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p.23.

<sup>8</sup> MJ. MOLINA CABALLERO, «El Proceso como Instrumento de la Función Jurisdiccional», en *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*/Madrid: Tecnos, 2012, p.131.

<sup>9</sup> J. GUASP/P. Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 5ª edn./Madrid: Cívitas., 2002, p.31.

<sup>10</sup> J. GUASP, *La Pretensión Procesal*, 2ª edn./Madrid: Editorial Cívitas, SA, 1985, p.13 et seq.

<sup>11</sup> M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción, Acción y Proceso*/Barcelona, Atelier, 2008, p.251.

<sup>12</sup> B. QUINTERO/E. PRIETO, *Teoría General del Proceso*, t. I/Bogotá, Editorial Temis, 1998, p.183 et seq.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, M. SILVER, «The Uses and Abuses of Informal Procedures in Federal Civil Rights Enforcement», *The George Washington Law Review* 55, 1987, p.499.

<sup>14</sup> R. ORTIZ-ORTIZ, *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*/Caracas, Frónesis, 2004, pp.1-859.

<sup>15</sup> R. ORTIZ-ORTIZ, *Teoría General del Proceso*/Caracas, Frónesis, 2004, p.104.

<sup>16</sup> E. COUTURE, «The Nature of Judicial Process», *Tulane Law Review* XXV, 1951, p.1-28; E. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*/Buenos Aires, Depalma, 1981, p.121 et seq.

<sup>17</sup> J. PODETTI, *Teoría y Técnica del Proceso Civil: Y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*/Buenos Aires, Ediar, 1963, pp.1-421.

<sup>18</sup> K. DOLBEARE, *Trial Courts in Urban Politics*/New York, Wiley, 1967, p.117.

5. En los países del inelegantemente denominado derecho anglosajón (*common law*), por el contrario, el derecho procesal es predominantemente práctico, carente de una teoría general.<sup>19</sup> En él no existe semejante diferenciación, sino solamente una que otra esporádica, acientífica e infrecuente alusión a un foro no judicial (*non-judicial forum*).<sup>20</sup> De modo que, en las páginas siguientes, la noción de mecanismos «no jurisdiccionales»<sup>21</sup> o «extra jurisdiccionales», como algunos otros le han designado,<sup>22</sup> será abordada, *mutatis mutandis*, manteniendo ese tecnicismo terminológico que al derecho procesal del sistema de derecho continental le es inherente.

6. Esta breve comparación entre el *civil law* y *common law* es sumamente importante, puesto que la noción de «mecanismos no jurisdiccionales» se identifica plenamente con una institución foránea que, en los países del *common law*, e incluso, en los Estados Miembros de la Unión Europea,<sup>23</sup> se conoce con el nombre de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, locución que podría ser traducida al castellano como «Resolución Alternativa de Disputas» y que, en algunas ocasiones, particularmente, en los países de habla hispana, ha sido representada a partir de las siglas MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos)<sup>24</sup> y MASC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos).<sup>25</sup>

7. La noción de *Alternative Dispute Resolution*, mejor conocida internacionalmente por sus siglas inglesas ADR, tiene que ver con toda una multiplicidad de mecanismos, distintos al «proceso» y, por lo tanto, «no jurisdiccionales», en los que, generalmente, pero no necesariamente, participa un tercero,<sup>26</sup> es decir, una persona totalmente ajena a la situación de conflicto, a los fines de facilitar la «prevención», el «manejo», la «resolución» o la «solución» de un determinado conflicto intersubjetivo.<sup>27</sup> Se trata, pues, de una especie de movimiento,<sup>28</sup> o quizá, de una ideología<sup>29</sup> que ha sido concebida, desarrollada, propagada y alcanzado su adultez en los países del *common law*, principalmente, en los Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y Gales y Australia.<sup>30</sup>

<sup>19</sup> H. STONE, "The Common Law in the United States", *Harvard Law Review* 50, 1936, p.6.

<sup>20</sup> L. SINGER, "Nonjudicial Dispute Resolution Mechanisms: The Effects on Justice for the Poor", *Clearinghouse Review* 13, 1980, p.572; W. BURGER, "Isn't There a Better Way?", *ABA Journal* 68, 1982, p.275; F. SANDER, "Nonjudicial Dispute Resolution", en *Common Law, Common Values, Common Rights: Essays on Our Common Heritage by Distinguished British and American Authors*/San Francisco, West Group, 2000, pp.307-314.

<sup>21</sup> O. GOZAÍNI, "Instituciones no Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad/México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp.957-972.

<sup>22</sup> S. BARONA VILAR, *Solución Extrajudicial de Conflictos: Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal/Valencia*, Tirant lo Blanch, 1999, pp.1-309; R. HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos*/Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp.1-212.

<sup>23</sup> R. COULSON, "Will the Growth of Alternative Dispute Resolution (ADR) in America be Replicated in Europe", *Journal of International Arbitration* 9, 1992, pp.39-44; F. MARTÍN, "Políticas de la Unión Europea en la Promoción de Soluciones Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos", *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación/Salamanca: Ratio Legis*, 2006, pp.71-96; M. GONZÁLEZ, "Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos", en *Mediación y Solución de Conflictos: Habilidades para una Necesidad Emergente/Madrid*: Tecnos, 2007, pp.138-141; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "Las Alternativas no Jurisdiccionales a la Resolución de Conflictos", *Justicia: Poder y Servicio Público: Cuadernos de Derecho Judicial/Madrid*: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, pp.388-391; The European Consumer Centres' Network, "Cross-Border Dispute Resolution Mechanisms in Europe — Practical Reflections on the Need and Availability"/Dinamarca, 2009, pp.1-72.

<sup>24</sup> OEA, "Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos"/Washington, DC, 2001, pp.1-50.

<sup>25</sup> R. BERIZONCE, "Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Bases para su Implementación", *Ponencia presentada ante el Congreso Mexicano de Derecho Procesal/México*, 1998, pp.179-197.

<sup>26</sup> J. GOSS, "An Introduction to Alternative Dispute Resolution", *Alberta Law Review* 34, 1995, p.2; H. BROWN/A. MARRIOT, *ADR Principles and Practice/London*, Sweet & Maxwell, 1993, p.9.

<sup>27</sup> P. ADLER, "The Future of Alternative Dispute Resolution", en *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, S.E. MERRY/N. MILNER (eds.)/Michigan, The University of Michigan, 1993, p.68.

<sup>28</sup> M. HARTY, "The First Conflict Resolution Movement, 1956-1971: An Attempt to Institutionalize Applied Interdisciplinary Social Science", *The Journal of Conflict Resolution* 35, 1991, pp.720-758.

<sup>29</sup> Ch. BÜHRING-UHLE/L. KIRCHHOFF/G. SCHERER (eds.), *Arbitration and Mediation in International Business*/The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, p.170; P. ADLER, "Is ADR a Social Movement", *Negotiation Journal*, 1987, pp.59-71.

<sup>30</sup> W. TWINING, "Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics", *The Modern Law Review* 56, 1993, p.381.

8. Estados Unidos, en particular, podría ser descrito como el epicentro de un extenso laboratorio<sup>31</sup> en donde se ha venido generando toda una gran cantidad de datos obtenidos a partir del empleo de estos mecanismos y se cree que los resultados de la experiencia estadounidense han contribuido, significativamente, con la importación, e incluso, con la institucionalización<sup>32</sup> de dicha institución, no solamente en Estados Unidos, sino también en varios otros países. Por lo tanto, cualquier análisis que de dicha institución se realice debe, obligatoriamente, responder a un trabajo analítico-comparativo del sistema estadounidense y de algunos otros países del *common law*, so pena de ser sancionado como incompleto.

9. La expresión *alternative dispute resolution* parece haber sido utilizada, por primera vez, por Frank SANDER,<sup>33</sup> profesor de la Universidad de Harvard.<sup>34</sup> Sander introdujo esta frase en un discurso dictado en 1976. Su discurso fue titulado, e incluso, publicado como *Varieties of Dispute Processing*, posteriormente traducido al español como “Variedades en el Procesamiento de Disputas”<sup>35</sup> y fue presentado ante la Conferencia Nacional sobre las Causas del Descontento Popular con la Administración de Justicia, mejor conocida en los países de habla inglesa como la “Conferencia Pound” (*the Pound Conference*).<sup>36</sup>

10. La Conferencia Pound toma su nombre a partir de la vigésima novena reunión de la *American Bar Association (ABA)*, la cual tuvo lugar en 1906. En esta reunión, Roscoe POUND, para ese momento, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nebraska, presentó un ensayo titulado *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Las Causas del Descontento Popular con la Administración de Justicia). El título del ensayo de POUND ha sido, no injustamente, calificado como inapto para describir el contenido de su ponencia, dado que dicho trabajo no dice cuáles son las causas que produjeron ese «descontento» y lo mismo se ha dicho con respecto al título de la Conferencia Pound.<sup>37</sup>

11. No obstante, la conferencia dictada por POUND sirvió para resaltar el hecho de que muchos de los problemas que fueron identificados en 1906 seguían estando presentes en 1976,<sup>38</sup> es decir, después de más de siete décadas. Entre ellos se destacan, en primer lugar, el congestionamiento de los órganos jurisdiccionales y, en segundo lugar, el problema de las dilaciones procesales,<sup>39</sup> problemas que, entre otras cosas, servirían para estimular la búsqueda de soluciones dirigidas a mejorar el sistema de administración de justicia estadounidense, o dicho de otra forma, «otras formas de administrar justicia».<sup>40</sup>

<sup>31</sup> J. MAULL, “ADR in the Federal Courts”, *Duquesne Law Review* 34, 1996, p.246.

<sup>32</sup> J. ALFINI, “Alternative Dispute Resolution and the Courts: An Introduction”, *Judicature* 69, 1986, p.252.

<sup>33</sup> S. ROBERTS/M. PALMER, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*/Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p.5; M. CAPPELLETTI, “Access to Justice: Comparative General Report”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 40, 1976, pp.669-717.

<sup>34</sup> D. HENSLER, “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System”, *Penn State Law Review* 108, 2003, p.174; M. MOFFITT, “Special Section: Frank Sander and his Legacy as an ADR Pioneer”, *Negotiation Journal*, 2006, pp.437-443.

<sup>35</sup> F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing: (Versión en Español)*, JC. BETANCOURT (trans.)/Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2010, pp.1-29.

<sup>36</sup> R. POUND, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *American Bar Association. Annual Report*, 1906, pp.395-417; G. BELL, “The Pound Conference Follow-Up: A Response from the United States Department of Justice”, *Federal Rules Decisions*, 1978, p.320; F. SANDER, “Keep Building ADR”, *Alternatives to the High Costs of Litigation* 27, 2009, p.9.

<sup>37</sup> C. WALLACE, “Judicial Reform and the Pound Conference”, *Michigan Law Review*, 1982, p.593.

<sup>38</sup> R. LEE, “The Profession Looks at Itself — The Pound Conference of 1976”, *Brigham Young University Law Review*, 1981, p.738; W. BURGER, “Agenda for 2000 AD — Need for Systematic Anticipation”, *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), p.93.

<sup>39</sup> S. RIFKIND, “Are We Asking Too Much of our Courts?” *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), pp.99-100.

<sup>40</sup> W. ERICKSON, “The Pound Conference Recommendations: A Blueprint for The Justice System in The Twenty-First Century”, *Federal Rules Decisions*, 1978, p.281.

12. Años más tarde, la Conferencia Pound,<sup>41</sup> conjuntamente con la ponencia de Sander,<sup>42</sup> terminarían por ser consideradas como el hito de una nueva disciplina que culminó alcanzando una importante posición en los programas de estudio de las facultades de derecho de varios países del *common law*<sup>43</sup> y que fue bautizada con el nombre de *Alternative Dispute Resolution*, una materia que, dicho sea de paso, serviría para despertar un mayor interés en el estudio de las formas de autocomposición y heterocomposición,<sup>44</sup> concretamente, de la negociación,<sup>45</sup> la mediación,<sup>46</sup> el arbitraje (particularmente en el área comercial internacional)<sup>47</sup> y de muchos otros mecanismos no jurisdiccionales como instrumentos para mejorar el sistema de «administración de justicia civil».<sup>48</sup>

13. La Conferencia Pound tuvo lugar en un momento histórico trascendental en el cual se desarrollaba un trabajo jurídico-académico que fue denominado como el “Proyecto de Acceso a la Justicia”. Este proyecto se desarrolla en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, Italia, y fue dirigido por los profesores Mauro CAPPELLETTI y Earl JOHNSON. Uno de los objetivos específicos de este proyecto era la identificación de «soluciones promisorias» dirigidas a mejorar el acceso a la justicia, no solamente en Italia, sino también a nivel mundial. Dicho proyecto se fragua en el otoño de 1973 y concluye varios años después con la preparación de seis publicaciones en las que se recogen los resultados de un extraordinario trabajo de investigación en el que participa un importante número de profesores universitarios y un destacado grupo de juristas provenientes de más de veinte países. Esto terminaría por facilitar la elaboración de un extraordinario trabajo recopilatorio de información vinculada con un gran número de actividades destinadas a mejorar el «acceso a la justicia»,<sup>49</sup> una expresión relativamente joven y que, para algunos, se origina dentro del seno de este interesante proyecto.<sup>50</sup>

<sup>41</sup> E. TRACHTÉ-HUBER, *Alternative Dispute Resolution: Strategies for Law and Business*/Cincinnati, Anderson Pub, 1996, pp.3-4; L. SINGER, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*/Colorado, Westview, 1994, p.7; J. STEMPPEL, “Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, p.309; G. PHILLIPS, “Resolving Disputes Through Alternative Dispute Resolution”, *The Dartmouth Law Journal* 5, 2007, p.16.

<sup>42</sup> W. BRAZIL, “Court ADR 25 Years after Pound: Have We Found a Better Way?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 18, 2002, p.94.

<sup>43</sup> R. MNOOKIN/F. SANDER, “Foreword”, *Harvard Negotiation Law Review* 10, 2005, pp.3-4; F. SANDER/S. GOLDBERG/N. ROGERS, “The Teaching of ADR in the 21<sup>st</sup> Century Law School”, *Alternatives* 1, 2001, pp.29-31; F. SANDER, “Alternative Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Obstacles”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.229-236.

<sup>44</sup> E. VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*/Bogotá, Editorial Temis, 1999, p.2 et seq.

<sup>45</sup> R. MOBERLY, “A Pedagogy for Negotiation”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.315-325.

<sup>46</sup> L. RISKIN, “Mediation in the Law Schools”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.259-276.

<sup>47</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. I, 2<sup>a</sup> edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.1-1524; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. II, 2<sup>a</sup> edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.1525-2894; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. III, 2<sup>a</sup> edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.2895-4260; J. LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*/The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp.1-953; P. CAPPER, *International Arbitration: A Handbook*/London: LLP, 2004, pp.1-179; W. PARK, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*/Oxford: OUP, 2006, pp.1-793; E. GAILLARD, J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*/The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp.1-1280; N. BLACKABY et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*/Oxford, Oxford University Press, 2015, pp.1-711; M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*/Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp.1-411.

<sup>48</sup> R. BARUCH, “Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice”, *Wisconsin Law Review*, 1984, pp.906-907; F. SANDER, “Introduction”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2, 1987, p.vii; M. CAPPELLETTI, “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *The Modern Law Review* 56, 1993, p.291; C. MENKEL-MEADOW, “Practicing “in the Interest of Justice” in the Twenty-First Century: Pursuing Peace as Justice”, *Fordham Law Review* 70, 2002, pp.1761-1774; F. SANDER, “Ways of Handling Conflict: What We Have Learned, What Problems Remain”, *Negotiation Journal*, 2009, p.535.

<sup>49</sup> M. CAPPELLETTI/J. WEISNER, *Access to Justice: Promising Institutions*, vol. II, book I/Milan, 1978, pp.1-427; M. CAPPELLETTI/J. WEISNER, *Access to Justice: Promising Institutions*, vol. II, book II/Milan, 1979, pp.433-903; M. CAPPELLETTI/B. GARTH, *Access to Justice: A World Survey*, vol. I, book I/Milan, 1978, pp.5-523, 529-1037; B. GARTH, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, vol. III/Milan, 1979, pp.5-603; K. KLAUS-FRIEDRICH, *Access to Justice: The Anthropological Perspective*, vol. IV/Milan, 1979, pp.1-218.

<sup>50</sup> P. LINDBLOM, “ADR — The Opiate of the Legal System”, *European Review of Private Law* 1, 2008, p.64; A. PATERSON, *Lawyers and the Public Good: Democracy in Action?*/Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p.60.

14. Incidentalmente, el Proyecto de Acceso a la Justicia estuvo muy relacionado con el trabajo que, en materia de Derecho Comparado y Conflicto, desempeñaba Klaus-Friedrich KOCH en uno de los programas de investigación del Departamento de Antropología de la Universidad de Harvard. Esto condujo a que CAPPELLETTI terminara después intercambiando recursos con KOCH. Esta asociación, junto con la participación de un equipo multidisciplinario conformado por un grupo de profesores y profesionales de reconocido prestigio, concluye favoreciendo la expansión de los temas que fueron discutidos dentro de las publicaciones antes mencionadas, en las que no solamente se hace alusión al estudio de otras «alternativas», sino que además se examinan algunas otras nociones vinculadas con el problema de los conflictos intersubjetivos, tales como prevención, manejo, resolución y solución de conflictos. Este proyecto sirvió también para que otros reflexionasen y pusiesen de relieve que el «proceso» era sólo uno y no el único instrumento de acceso a la justicia.<sup>51</sup>

15. En el proyecto de los profesores CAPPELLETTI y JOHNSON, la exploración de otros mecanismos distintos al proceso tuvo un carácter tangencial, pues dicho proyecto, como antes se indicó, tenía por objeto analizar el problema del acceso a la justicia desde diversas perspectivas.<sup>52</sup> El tema de los medios «alternativos» o «no jurisdiccionales» ciertamente formó parte del temario, pero termina ocupando sólo una pequeña parte dentro del menú de las denominadas «soluciones promisorias» tendientes a mejorar el acceso a la justicia,<sup>53</sup> mientras que la ponencia de SANDER se circunscribe a desarrollar la idea de «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» conflictos intersubjetivos a través del empleo de mecanismos distintos al proceso, no con el mismo nivel de rigurosidad terminológica que deliberadamente se intenta sembrar con este artículo, pero no hay duda que, allende de las formas de «resolución» de conflictos (*dispute resolution*), SANDER definitivamente procuraba incentivar el empleo de mecanismos «no jurisdiccionales» en general.

16. Nótese que SANDER, curiosamente, hace uso de expresiones muy parecidas a las que utilizaron CAPPELLETTI y JOHNSON en su proyecto. Ellos se refirieron a las «soluciones promisorias», mientras que Sander termina adoptando la frase «alternativas promisorias»<sup>54</sup> y, por esta razón, es entonces por lo que su ponencia, podría llegar a ser descrita como una de las primeras iniciativas destinadas a promover, con un cierto carácter de originalidad, o si se quiere, de especificidad, el empleo de otros mecanismos distintos al proceso. Es importante destacar que SANDER no es el único de los precursores de aquello que hoy se conoce con el nombre de *Alternative Dispute Resolution*, pues de buena tinta se ha dicho que son varios sus progenitores,<sup>55</sup> sino que fue él quien terminaría recibiendo el mayor de los créditos como resultado de las ideas que fueron introducidas en su ponencia.<sup>56</sup>

17. En líneas generales, puede decirse que el trabajo de SANDER es interesante, en primer lugar, porque estimula la exploración de mecanismos no jurisdiccionales. En segundo lugar, porque invita a la reflexión con respecto a cuáles son los casos que deberían ser solucionados por parte de los órganos jurisdiccionales y cuáles son los casos que muy bien podrían ser solucionados fuera de ellos. En tercer lugar, porque proporciona una idea de cuáles son los aspectos que hay que tomar en cuenta al momento de seleccionar estos mecanismos. En cuarto lugar, porque alude a la efectividad de cada mecanismo

<sup>51</sup> M. GALANTER, "Access to Justice in a World Expanding Social Capability", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2009, pp.115-128.

<sup>52</sup> R. TOMASIC, "A Review: Access to Justice", *Legal Service Bulletin* 5, 2009, pp.100-104.

<sup>53</sup> R. SACKVILLE, "Some Thoughts on Access to Justice", *New Zealand Journal of Public and International Law* 2, 2004, p.93.

<sup>54</sup> F. SANDER, "Varieties of Dispute Processing", *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), p.133.

<sup>55</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, 2000, pp.1-37; S. GOLDBERG, "Wait a Minute. This is Where I Came in. A Trial Lawyer's Search for Alternative Dispute Resolution", *Brigham Young University Law Review*, 1997, pp.656-657; R. BENHAM/A. BOYD, "Alternative Dispute Resolution: Ancient Models Provide Modern Inspiration", *Georgia State University Law Review*, 1996, pp.623-651; J.T. BARRETT/J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*/ San Francisco, Jossey-Bass, 2004, pp.1-336.

<sup>56</sup> US Government, *Access to Justice: Hearings before the Committee on the Judiciary: United States Senate, Ninety-Sixth Congress, First Session on Access to Justice*/Washington, 1979, p.8.

o, en algunos casos, de la combinación de los mecanismos que sean necesarios para la terminación de un conflicto. Y, finalmente, porque introduce la idea del Centro de Resolución de Disputas (*Dispute Resolution Centre*),<sup>57</sup> algo que, posteriormente, fue renombrado como “la Corte de Justicia con Puertas Múltiples” (*Multi-door Courthouse*).<sup>58</sup>

**18.** Si bien es cierto que la idea de utilizar mecanismos distintos al proceso surge como una especie de reacción frente a las deficiencias propias del sistema de administración de justicia,<sup>59</sup> y en particular, como un efecto consecencial de la «devaluación del proceso» como forma oficial de terminación de conflictos,<sup>60</sup> también es verdad que la noción de *Alternative Dispute Resolution* nada tuvo que ver, como algunos señalan,<sup>61</sup> con esto de sustituir o de reemplazar al proceso como forma de solución de conflictos, sino simplemente con el tema de explorar cuáles son y cómo funcionan los mecanismos no jurisdiccionales en general.<sup>62</sup>

**19.** En efecto, podría decirse que los objetivos de este movimiento no son más que: (1) reducir el congestionamiento de los juzgados, (2) fomentar la utilización de otros mecanismos distintos al proceso, (3) facilitar el acceso a la justicia a través del empleo de mecanismos no jurisdiccionales y; finalmente, (4) proveer una forma más efectiva de administrar justicia.<sup>63</sup> La expresión *Alternative Dispute Resolution*, sin lugar a dudas, ha adquirido y, de hecho, continúa ganando un gran nivel de aceptación,<sup>64</sup> pero dicha expresión ha sido criticada hasta la saciedad<sup>65</sup> y no pocas veces se ha sugerido el uso de algunas otras denominaciones. Entre ellas se destacan las de *Amicable Dispute Resolution*<sup>66</sup> (Resolución Amigable de Disputas) y *Appropriate Dispute Resolution*<sup>67</sup> (Resolución Apropiada de Disputas).

**20.** Especial atención merece la última de ellas, en tanto que, para algunos, el fundamento que subyace a la búsqueda de mecanismos distintos al proceso va más allá de la simple identificación o del mero examen de los denominados medios «alternativos» o «no jurisdiccionales» de justicia.<sup>68</sup> Quienes se hallan a favor de utilizar la frase «Resolución Apropiada de Disputas», en lugar de la expresión «Resolución Alternativa de Disputas», sustentan su posición a partir de un análisis puramente semántico, aunque, para algunos, el asunto va más allá del significado de las palabras.<sup>69</sup> Sin denigrar la utilidad que proporcionaría la mera identificación y la posterior exploración de otras opciones «o alternativas» distintas al proceso, ellos sugieren que los conflictos deberían ser resueltos o solucionados a través del mecanismo «más apropiado»,<sup>70</sup> o dicho de otra forma, mediante el empleo del mecanismo que más se adecúe para la mejor consecución de su terminación.

<sup>57</sup> J. RESNIK, “Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 10, 1995, p.216.

<sup>58</sup> F. SANDER, “The Multi-door Court House: Settling Disputes in the Year 2000”, *Barrister* 3, 1976, p.18 et seq.; F. SANDER, “The Multidoor Court House”, *Conflict Resolution & Peacemaking*, 1983, pp.24-25; M. HERNANDEZ-CRESPO, “A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Court House”, *University of Saint Thomas Law Journal* 5, 2008, p.665 et seq.

<sup>59</sup> P. MARSHALL, “Would ADR Have Saved Romeo and Juliet”, *Osgoode Hall Law Journal* 36, 1998, p.795.

<sup>60</sup> J. RESNIK, “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”, *The University of Chicago Law Review* 53, 1986, p.538.

<sup>61</sup> C. McEWEN, “The ADR Movement: Theoretical Aspects and Practical Potential”, *Maine Law Review* 40, 1988, pp.367-368.

<sup>62</sup> F. SANDER, “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, *University of Florida Law Review* 37, 1985, pp.1-2.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>64</sup> A. SCOTT RAU/E. SHERMAN/S. PEPPET, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*/New York, Thomson-West, 2006, p.530.

<sup>65</sup> N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation*/The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, pp.8-9.

<sup>66</sup> C. MOLINEAUX, “The Role and Development of Alternative Dispute Resolution in the United States”, en *Commercial Dispute Resolution*, A. MARTIN/J. HIGGINS (eds.)/London, Construction Law Press, 1996, p.216.

<sup>67</sup> A. DAVIS/H. GADLIN, “Mediators Gain Trust the Old-Fashioned Way—We earn it!”, *Negotiation Journal*, 1988, p.62.

<sup>68</sup> P. LONGO, *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*/Caracas, Frónesis, 2004, pp.87-95.

<sup>69</sup> R. ACKERMAN, “ADR: An Appropriate Alternative?”, *Willamette Law Review* 33, 1997, p.498.

<sup>70</sup> Entre ellos, C. MENKEL-MEADOW, “Ethics in ADR: The Many ‘Cs’ of Professional Responsibility and Dispute Resolution”, *Fordham Urban Law Journal* 28, 2001, pp.979-980; N. ANTAKI, “Cultural Diversity and ADR Practices in the World”, en *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, J.C GOLDSMITH/A. INGEN-HOUSZ/ G. POINTON (eds.)/The Netherlands, Kluwer Law, 2006, p.271.

21. Se ha dicho también que no todo conflicto es idéntico,<sup>71</sup> y por lo tanto, que la selección de un mecanismo no jurisdiccional debería llevarse a cabo a partir de un auténtico criterio de selección, cuestión que podría llegar a ser determinada de acuerdo con: (1) la naturaleza del conflicto, (2) la tipología de la relación existente entre los sujetos del conflicto, (3) la cantidad reclamada, (4) los costos relacionados con su terminación, (5) la celeridad del mecanismo y (6) los intereses y las necesidades de las partes.<sup>72</sup> De suerte que, luego de haber categorizado el conflicto e identificado esos elementos, será posible después tomar una decisión con respecto a cuáles son las distintas opciones y cuál podría llegar a ser la más «apropiada» de ellas.<sup>73</sup>

22. En general, las expresiones «Resolución Apropriadada de Disputas» y «Resolución Alternativa de Disputas» pueden ser cuestionadas a partir de una misma proposición, pues, desde un punto de vista estrictamente literal, ambas locuciones son terminológicamente excluyentes de los supuestos de «prevención», «manejo» y «solución» de conflictos intersubjetivos,<sup>74</sup> y argumentos similares podrían ser utilizados para cuestionar las siglas MARC y MASC. De manera que, temáticamente, y sin menospreciar las contribuciones académicas en las que se ha intentado redefinir las siglas ADR, poco importa cuál sea la más acertada de ellas,<sup>75</sup> porque, en el derecho continental, es posible afirmar que, para el jurista, el tema de los mecanismos distintos al proceso y potencialmente utilizables a los fines de «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» un determinado conflicto intersubjetivo, puede ser suficientemente examinado a partir de la noción de «mecanismos no jurisdiccionales» y sin reparar en menudencias rodeadas de imperfecciones conceptuales que tienen su origen en la doctrina del *common law*.

23. La idea de utilizar mecanismos distintos al proceso, por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionada con el tema de aquello que ha sido denominado por algunos como instrumentos de «justicia no jurisdiccional»,<sup>76</sup> un concepto que se halla estrechamente vinculado con la idea de hacer justicia mediante el empleo de un incontable número de mecanismos en donde, técnicamente hablando, no hay «acción», «jurisdicción» y mucho menos «proceso». En los países del *common law*, se ha venido señalando que no tiene sentido seguir haciendo uso de este último como instrumento «único» de solución de conflictos.<sup>77</sup> Es importante recordar que existe toda una plétora de mecanismos no jurisdiccionales que, en muchos casos, podrían llegar a ser más apropiados, e incluso, más efectivos que el proceso mismo.<sup>78</sup> De manera que la noción de «acceso a los órganos jurisdiccionales» (*right of access to courts*) no debe ser confundida con el concepto de «acceso a la justicia» (*right of access to the justice system*).<sup>79</sup>

24. Intentar definir a la justicia como si se tratase de un «producto exótico» que sólo puede llegar a ser distribuido de manera exclusiva por parte del Estado y en ejercicio de su función jurisdic-

<sup>71</sup> R. HOGAN, "ADR: Adding Extra Value to Law", *Arbitration* 78, 2012, p.247.

<sup>72</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Introduction: What Will We Do When Adjudication Ends", *UCLA Law Review* 44, 1997, p.1616; C. MENKEL-MEADOW, "Maintaining ADR Integrity", *Alternatives* 27, 2009, p.7; R. FISHER/W. URY/B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in*/London, Penguin Books, 2011, pp.1-194.

<sup>73</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Do the "Haves" Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems: Repeat Players in ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 15, 1999, pp.23-24.

<sup>74</sup> J. FLEISCHER, "One Size Does Not Fit All: Differentiating ADR Processes", *South Texas Law Review* 49, 2008, p.1039.

<sup>75</sup> S. ROBERTS, "Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship", *The Modern Law Review* 56, 1993", p.452.

<sup>76</sup> JC. BETANCOURT, "Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Unión Europea y la Fenomenología de su Constitucionalización", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2, 2012, p.434.

<sup>77</sup> G. APPLEBEY, "Alternative Dispute Resolution and the Civil Justice System", en *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, K. MACKIE (ed.)/London, Routledge, 1991, p.41.

<sup>78</sup> C. HARRINGTON, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*/Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985, p.16.

<sup>79</sup> D. BRENNER, "The Right of Access to Civil Courts under State Constitutional Law: An Impediment to Modern Reforms, or a Receptacle of Important Substantive and Procedural Rights", *Rutgers Law Journal* 13, 1982, pp.399-427. M. ABRAM, "Access to the Judicial Process", *Georgia Law Review* 6, 1972, pp.247-267; S. TATE, "Access to Justice", *American Bar Association Journal* 65, 1979, pp.904-907; C. ANDREWS, "A Right of Access to Court under the Petition Clause of the First Amendment: Defining the Right", *Ohio State Law Journal* 60, 1999, pp.557-691.

cional no sería más que una visión astigmática de dicho ideal.<sup>80</sup> Sería un error asumir que la justicia, o que el mantenimiento del orden, solamente se pueden obtener mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales. Estos órganos deberían ser vistos no como un elemento único, sino como uno de los componentes esenciales de un complejo sistema orientado a mantener el orden,<sup>81</sup> pues es evidente que si el Estado se viera llamado a «solucionar» todos y cada uno de los conflictos que se suscitasen dentro de una determinada sociedad, específicamente, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales terminarían por sufrir el mayor, o posiblemente, el más catastrófico de los colapsos que jamás se haya registrado.<sup>82</sup>

25. De manera que, objetivamente, la noción de mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos debe ser entendida no como una panacea,<sup>83</sup> y mucho menos como una forma de suplir a los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional porque hay conflictos que, por su naturaleza, exigen ser solucionados a partir del ejercicio de dicha función.<sup>84</sup> La idea de promover una mayor utilización de dichos mecanismos, por lo tanto, no es más que una política de aplicación de otros métodos permitidos por el derecho y a través de los cuales se puede también garantizar el mantenimiento del orden sin necesidad de hacer uso del proceso.<sup>85</sup>

26. Si la utilización de tales mecanismos ha contribuido o no para mejorar el acceso a la justicia,<sup>86</sup> es algo que debe ser revisado en otra ocasión, pero lo cierto es que, a medida que los potenciales usuarios del sistema de administración de justicia se incrementan,<sup>87</sup> todo parece indicar que para el profesional del derecho ya no será suficiente conocer solamente cómo funciona el proceso,<sup>88</sup> o en general, como se lleva a cabo el ejercicio de la función jurisdiccional, sino también repensar con respecto al funcionamiento y al posible empleo de los mecanismos no jurisdiccionales como «otras formas» de mantener el orden<sup>89</sup> o, tal vez, como otras formas de hacer justicia,<sup>90</sup> cuestión que le ha dado nacimiento a un sistema de justicia integral.<sup>91</sup>

## II. Características

27. Los mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos, por lo general, no son formas congénitas de la función estatal, sino instrumentos reconocidos por el Derecho que pueden ser utilizados por los sujetos del conflicto para: (1) proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto; (2) prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado; (3) utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que

<sup>80</sup> A. McTHEMIA/Th. SHAFFER, "For Reconciliation", *The Yale Law Journal* 94, 1985, pp.1660-1668.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> F. SANDER, "Observations Regarding the Symposium Discussion and Thoughts About the Future of Alternative Dispute Resolution", *A Study of Barriers to the Use of Alternative Methods of Dispute Resolution/Vermont Law School*, South Royalton, 1984, p.102.

<sup>83</sup> I. KAUFMAN, "Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts", *Fordham Law Review* 59, 1991, p.37.

<sup>84</sup> J. LIEBERMAN/J. HENRY, "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement", *The University of Chicago Law Review* 53, 1986, p.433.

<sup>85</sup> R. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, vol. 1/New York, Academic Press, 1982, p.267 et seq.

<sup>86</sup> D. LUBAN, "The Quality of Justice", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.381-417.

<sup>87</sup> R. CHERNICK, "ADR Comes of Age: What Can We Expect in the Future", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, 2004, p.192.

<sup>88</sup> J. FOLBERG et al., *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law*/New York, Wolters Kluwer, 2010, p.1.

<sup>89</sup> R. POUND, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", *Baylor Law Review* 8, 1956, p.1; L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review* 92, 1979, p.363.

<sup>90</sup> J. REDORTA, "La Justicia del Futuro", en *Courts and Mediation: New Paths for Justice*, 2011, pp.1-11.

<sup>91</sup> S. BARONA VILAR, *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia*/Pamplona: Thomson Reuters, 2016, p.54.

instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto; (4) participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes; (5) hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto; y (6) limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes. En este sentido, interesa entonces revisar, con mayor detalle, cada una de las peculiaridades a las cuales se ha hecho mención.

### **1. Proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto**

28. Las normas jurídicas, en general, contienen todo un sinnúmero de «expectativas» destinadas a mantener el orden dentro de un grupo social. El cumplimiento de dichas expectativas debería ser suficiente para garantizar la buena correspondencia de unas personas con otras. Mientras que su incumplimiento podría terminar por generar un conflicto que, en muchos casos, sale a relucir dentro del contexto de una demanda, es decir, a partir de un acto jurídico que se presenta ante un órgano jurisdiccional y que tiene por objeto garantizar la satisfacción de una determinada pretensión con arreglo a una serie de normas jurídicas.<sup>92</sup>

29. Desde el punto de vista socio-normativo, el conflicto intersubjetivo supone que haya: (1) interacción, (2) normatividad, (3) desviación y (4) percepción (*interaction, normativity, deviance and perception*).<sup>93</sup> Al analizar estos elementos, concretamente, desde una perspectiva esencialmente práctica, se observa que la interacción tiene que ver con el contacto jurídico-material, voluntario o involuntario, de dos o más personas. La normatividad se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan esa interacción. La desviación está vinculada con la verificación de un comportamiento contrario a lo establecido por la norma jurídica. Y la percepción podría ser descrita como la sensación que experimenta quien se ha visto afectado por esa desviación. De esta forma, el conflicto intersubjetivo no es más que una percepción de la violación de una expectativa normativa de comportamiento (*a perceived violation of a normative expectation of behaviour*).<sup>94</sup>

30. En general, la contravención de dichas expectativas permite que quienes se consideren afectados a consecuencia de la realización de un acto que aparenta ser contrario a derecho puedan luego acudir ante un órgano jurisdiccional para que se determine si se ha quebrantado o no alguna de esas expectativas y para que, de ser constatada una situación de transgresión, se dicte una decisión que sirva para proteger los derechos o intereses de quienes hayan sido lesionados. La protección de tales derechos o intereses se verifica, indiscutiblemente, con arreglo a lo que dispone el ordenamiento jurídico.

31. Esto quiere decir que los órganos jurisdiccionales, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, sólo pueden tutelar derechos o intereses jurídicamente protegidos con estricta sujeción a las normas que determinan el modo de su protección. En ejercicio de dicha labor, estos órganos han sido facultados para hacer uso del proceso y, al mismo tiempo, de uno o varios procedimientos que les permiten, por un lado, determinar si se ha vulnerado o no esa «expectativa normativa de comportamiento» y, por el otro, aplicar las normas jurídicas destinadas a satisfacer tal expectativa.

32. Ahora bien, cuando se acude ante un órgano jurisdiccional, no es necesario indagar cuáles son las razones que motivaron el incumplimiento y, mucho menos, por qué no se utilizó un mecanismo distinto al proceso o, menos aún, cuáles serán los efectos colaterales de haber acudido por ante un órgano jurisdiccional, pues el Estado puede perfectamente «solucionar» el conflicto sin necesidad de

<sup>92</sup> W. FELSTINER/R. ABEL/A. SARAT, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...”, *Law and Society* 15, 1981, pp.631-654.

<sup>93</sup> JC. BETANCOURT, “The Anatomy of Disputes: An Analysis of the Progression of Conflicts into Full Disputes”, Tesis de Maestría, University College London. Trabajo no publicado, 2009.

<sup>94</sup> *Ibid.*

adentrarse a conocer estos detalles. Asimismo, poco importa cuáles son los intereses subyacentes de los sujetos del conflicto.<sup>95</sup> Es decir, importa poco si el conflicto tiene su origen en la escasez de recursos, en el mantenimiento de la reputación de una de las partes, en un malentendido, en el rompimiento de una relación comercial, en principios de carácter moral o, en fin, en la sola insolencia de cualquiera de los sujetos del conflicto.<sup>96</sup>

33. En muchos casos, sin embargo, la satisfacción de los intereses subyacentes, o dicho de otra forma, la identificación de algunos de los elementos que, de una u otra manera, contribuyen con la existencia del conflicto,<sup>97</sup> podría llegar a facilitar su terminación.<sup>98</sup> La tarea de explorar conjuntamente con la de satisfacer dichos intereses difícilmente se verifica mediante la utilización del proceso o a través de cualquier otro mecanismo de «solución» de conflictos,<sup>99</sup> mientras que el uso de mecanismos no jurisdiccionales, verbigracia, de mecanismos tales como la negociación<sup>100</sup> y la mediación,<sup>101</sup> por mencionar solo algunos, pueden ser de gran utilidad cuando se trata de identificar y de proteger estos intereses.<sup>102</sup>

## 2. Prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado

34. Los mecanismos no jurisdiccionales pueden ser utilizados con fines diversos, pero las tareas de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos son, probablemente, un conjunto de labores inescindibles dentro de su conceptualización.<sup>103</sup> A partir de la terminología que se ha venido utilizando, ya desde hace cierto tiempo, en los países del *common law*,<sup>104</sup> es posible afirmar que la tarea de «prevenir» un conflicto (*dispute prevention*), se halla íntimamente relacionada con todas aquellas medidas o iniciativas destinadas a minimizar que una determinada situación, desacuerdo o malentendido termine por transformarse en conflicto. La tarea de «manejar» un conflicto (*dispute management*), por el contrario, tiene que ver con la idea de identificar o de seleccionar<sup>105</sup> el mecanismo, o según el caso, la combinación de mecanismos que mejor se adecúen para lograr la terminación de un conflicto existente o futuro,<sup>106</sup> cuestión que, esencialmente, tiene por objeto resolver o solucionar dicho conflicto.<sup>107</sup>

35. Así, la tarea de «resolver» un conflicto (*dispute resolution*) se refiere a la utilización de un mecanismo que permita que los sujetos del conflicto participen directa o indirectamente en el procedi-

<sup>95</sup> C. MENKEL-MEADOW, “Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts”, *Journal of Dispute Resolution* 2, 2003, pp.342-343.

<sup>96</sup> C. MENKEL-MEADOW, “When Winning Isn’t Everything: The Lawyer as a Problem Solver”, *Hofstra Law Review* 28, 2000, pp.909-910.

<sup>97</sup> C. POVIS, “Interests vs. Positions”, *Negotiation Journal*, 1996, pp.305-323.

<sup>98</sup> J. RUBIN, “Some Wise and Mistaken Assumptions about Conflict and Negotiation”, *Journal of Social Issues* 45, 1989, pp.196-197.

<sup>99</sup> C. MENKEL-MEADOW, “Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers’ Responsibilities”, *South Texas Law Review* 38, 1997, p.417.

<sup>100</sup> B. PATTON, “Negotiation”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.279.

<sup>101</sup> K. KOVACK, “Mediation”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.304.

<sup>102</sup> C. MENKEL-MEADOW, “Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving”, *UCLA Law Review* 31, 1984, pp.754-842; D. LAX/J. SEBENIUS, “Interests: The Measure of Negotiation”, *Negotiation Journal*, 1986, pp.73-92; J. SINGER, “Tales of the Bazaar: Interest-Based Negotiations Across Cultures”, *Negotiation Journal*, 2002, pp.233-250.

<sup>103</sup> S. FISHER et al., *Working with Conflict: Skills and Strategies for Action*/Birmingham, Zed Books, 2000, p.7; E. GREEN, “Corporate Alternative Dispute Resolution”, *Journal on Dispute Resolution* 1, 1986, p.223.

<sup>104</sup> JC. BETANCOURT/J. CROOK (eds.), *ADR, Arbitration, and Mediation: A Collection of Essays*/Bloomington: AuthorHouse, 2014, p.xxi.

<sup>105</sup> T. STIPANOWICH, “Contract and Conflict Management”, *Wisconsin Law Review*, 2001, pp.831-917.

<sup>106</sup> En cuanto a la noción de manejo de conflictos en sentido amplio, véase C. ALLRED, “The Anatomy of Conflict: Some Thoughts on Managing Staff Conflict”, *Law Library Journal* 79, 1987, pp.23-29; M. BURGOON/ F. HUNSAKER/E. DAWSON, *Human Communication*/London, Sage Publications, 1994, pp.358-361.

<sup>107</sup> J. BERCOVITCH, *Social Conflicts and Third Parties: Strategies of Conflict Resolution*/Colorado, Westview Press, 1984, p.11; M. MILLS, “Overview and Implications of Alternative Dispute Resolution”, *Policy Studies Journal* 16, 1988, p.493.

miento de toma de decisiones que terminen por satisfacer, total o parcialmente, las pretensiones de las partes (*joint decision making*).<sup>108</sup> La noción de resolución comporta además un ideal de satisfacción recíproca entre ambas. La tarea de «solucionar» un conflicto (*dispute settlement*) se halla vinculada con el empleo de un mecanismo en el cual la terminación del conflicto se deja en manos de un tercero que goza de facultades decisorias<sup>109</sup> (*third-party decision making*).<sup>110</sup> Poco importa si los sujetos del conflicto están o no completamente satisfechos con la decisión dictada por el tercero.

**36.** Para explicar mejor este último punto, puede que tenga sentido ejemplificar esto de la diferencia que existe en «resolver» y «solucionar» un conflicto. La mediación, por ejemplo, es un mecanismo de «resolución» de conflictos (*a dispute resolution mechanism*), en tanto que son los propios sujetos del conflicto quienes, con la ayuda de un tercero (el mediador), deciden cómo ponerle fin al conflicto en cuestión. La función del mediador no es dictar una decisión, sino, simplemente, facilitar una negociación entre los mismos. El ideal de satisfacción recíproca al cual se ha hecho alusión se manifiesta en función de que la decisión de resolver el conflicto proviene de las propias partes y no de un tercero. El arbitraje, por el contrario, es un mecanismo de «solución» de conflictos (*a dispute settlement mechanism*), en tanto que, en este caso, no son las partes, sino un tercero (el árbitro), a quien le corresponde dictar una decisión (o laudo arbitral) que le pone fin al conflicto. La función del árbitro, a diferencia de la función del mediador, no es resolver, sino solucionar el conflicto a través de una decisión. En este caso, lo más seguro es que la parte perdedora no quede (total o parcialmente) satisfecha con la decisión que se haya dictado en sede arbitral, razón por la cual se termina descartando la posibilidad de alcanzar aquel ideal de satisfacción recíproca que, normalmente, se obtiene mediante el empleo de un mecanismo de resolución de conflictos. Exactamente lo mismo sucede en aquellos casos en los cuales la solución del conflicto se verifica en sede jurisdiccional.

**37.** Ahora, es importante abrir un pequeño paréntesis para dejar claro que, desde el punto de vista del derecho procesal contemporáneo, la tarea de solucionar un conflicto en ejercicio de la «función arbitral» no puede ser confundida con la tarea de solucionar un conflicto en ejercicio de la «función jurisdiccional». La primera de ellas es de origen contractual, mientras que la segunda de ellas es de origen constitucional. En España, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ comenta, entre otras cosas, que la ‘trilogía *«jurisdicción, acción y proceso»* ha marcado el nacimiento y desarrollo de la ciencia procesal a lo largo de todo el siglo XX’.<sup>111</sup> Hoy por hoy, es claro que sería un error o, probablemente, un retroceso conceptual utilizar expresiones tales como *«jurisdicción arbitral»*, *«acción arbitral»* o *«proceso arbitral»*, fundamentalmente porque las nociones de acción, jurisdicción y proceso pertenecen a la ciencia procesal. Al analizar el tema de los mecanismos de heterocomposición de conflictos en general, se ha comentado, con acierto, que el *arbitraje* es ‘la vía más utilizada a la hora de esquivar un *proceso*’.<sup>112</sup> Al examinar el tema de sus alternativas, se ha resaltado también que la ‘ciencia procesal se ha ocupado [...] de aquilatar al máximo sus diferencias con otras soluciones para la decisión de controversias’.<sup>113</sup> Por ello se habla de ‘alternativas al proceso’.<sup>114</sup> Empero, hay trabajos de reconocido prestigio en donde se habla de *«proceso arbitral»*, posiblemente porque el Tribunal Constitucional español ha dicho que el

<sup>108</sup> W. ZARTMAN, “Negotiation as a Joint Decision-Making Process”, *The Journal of Conflict Resolution* 21, 1977, pp.619-638.

<sup>109</sup> J. BURTON, *Conflict and Communication: The Use of Controlled Communication in International Relations*/New York: Free Press, 1969, p.171; B. HILL, “An Analysis of Conflict Resolution Techniques: From Problem-Solving Workshops to Theory”, *Journal of Conflict Resolution* 26, 1982, p.115; J. BURTON, citado por G. TILLET, *Resolving Conflict: A Practical Approach*/Oxford: Sydney University Press, 1991, p.9.

<sup>110</sup> R. BILDER, “International Third Party Dispute Settlement”, *Denver Journal of International Law and Policy* 17, 1989, pp.474-475.

<sup>111</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, *supra*, nota a pie de página número 11, contraportada.

<sup>112</sup> M. VELARDE ARAMAYO/R. SASTRE IBARRECHE, “Mecanismos de Heterocomposición de Conflictos: Del Arbitraje a los «ADR»”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, M. VELARDE ARAMAYO (coord.)/Salamanca, Ratio Legis, 2006, p.11 (cursivas añadidas).

<sup>113</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *Arbitraje Mediación Conciliación*/Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p.34.

<sup>114</sup> R. HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de Conflictos* (coord.)/Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p.13.

arbitraje es un equivalente jurisdiccional.<sup>115</sup> Exactamente lo mismo sucede en el caso de la legislación arbitral venezolana, en donde el legislador, curiosamente, hace uso de la expresión «proceso arbitral» y «procedimiento arbitral» tal y como si se tratara de expresiones sinónimas.<sup>116</sup> No obstante, la expresión proceso arbitral termina siendo categóricamente inadecuada, puesto que como acertadamente lo explica Rafael ORTIZ-ORTIZ, el ‘proceso es el conjunto de relaciones que se produce cuando la *acción* de los particulares se pone en contacto con la *jurisdicción* ejercida por el Estado para el conocimiento, decisión y ejecución de los intereses y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico’.<sup>117</sup> Tampoco tendría sentido matizar el asunto intentando hacer una distinción entre los vocablos «proceso judicial» y «proceso arbitral». El primero de ellos termina siendo un auténtico pleonasma y el segundo de ellos podría ser catalogado como una mera *contradictio in terminis*. De manera que lo correcto es hablar de «procedimiento arbitral» y no de «proceso arbitral». Al examinar la posición de quienes consideran que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, Paolo LONGO logra persuasivamente dar al traste con ellos manifestando, *inter alia*, que si bien es cierto que ‘los efectos del laudo arbitral son los mismos que el ordenamiento jurídico le otorga a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada’, también es cierto que ‘el hecho de asignarle a las decisiones de los árbitros iguales efectos que una sentencia, no hace que los laudos se conviertan en decisiones judiciales’.<sup>118</sup> Algo parecido podría decirse con respecto a la transacción que suele ser celebrada por las partes a partir de una mediación, la cual, al igual que el laudo arbitral, adquiere fuerza de cosa juzgada, pero no por ello justificaría el uso de la expresión «proceso de mediación».

**38.** Pues bien, las limitaciones relacionadas con el desempeño de las tareas de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos, al ser contrastadas con el ejercicio de la función jurisdiccional, son evidentes. Los órganos jurisdiccionales, excepcionalmente, desempeñan funciones de carácter «preventivo». En efecto, dichos órganos podrían desempeñar funciones de prevención para evitar la ocurrencia de un daño inminente, para proteger derechos o intereses que deban ser salvaguardados de manera inmediata, para impedir que la ejecución del fallo termine siendo ilusoria, etcétera. Sin embargo, tales órganos, por lo general, son llamados a intervenir a los fines de «solucionar» un conflicto existente, pero, en ningún caso, para «manejar» o para «resolver» dicho conflicto.

**39.** En ejercicio de la función jurisdiccional, pareciera que, por lo general, el Estado está obligado a «solucionar» los conflictos que se susciten a través de una sentencia y de su posterior ejecución. Hay casos en los cuales se exige que los sujetos del conflicto participen en un acto de auto-composición como presupuesto para la admisibilidad de la pretensión, o también, como requisito para la continuación del procedimiento, pero lo cierto es que, en la mayoría de los supuestos, la potencial utilización de un mecanismo «no jurisdiccional» es un asunto que, para los órganos jurisdiccionales, carecería de relevancia. La versatilidad de los mecanismos no jurisdiccionales, por el contrario, permite que los particulares puedan participar en la elección, o dependiendo de las circunstancias, en el diseño<sup>119</sup> de uno o varios mecanismos, es decir, de toda una diversidad de mecanismos que les permitan prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto mediante el empleo del mecanismo más apropiado.

<sup>115</sup> M. GONZALO QUIROGA/FJ. GORJÓN GÓMEZ (eds.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de Paz y Modernización de la Justicia*/Madrid: Dykinson, 2011, p. 286; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Una Visión Jurídica*/Madrid: Reus 2009, p.105. Véase, también, BARONA VILAR, *supra*, nota a pie de página número 22, p.215.

<sup>116</sup> Véase, por ejemplo, Ley de Arbitraje Comercial publicada en la Gaceta Oficial número 36 430 de 7 de abril de 1998, Artículos 29 y 42.

<sup>117</sup> ORTIZ-ORTIZ, *supra*, nota a pie de página número 15, p.439.

<sup>118</sup> LONGO, *supra*, nota a pie de página número 68, p.110.

<sup>119</sup> L. BINGHAM, “Why Suppose? Let’s Find Out: A Public Policy Research Program on Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, pp.101-126; S. SMITH/J. MARTINEZ, “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review* 14, 2009, pp.123-169.

### 3. Utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto

40. Cuando los sujetos del conflicto acuden ante los órganos jurisdiccionales con el fin de ver protegidos sus derechos o intereses, el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, «soluciona» el conflicto por medio de la aplicación de normas jurídicas que, de una u otra forma, determinan si la pretensión debe ser declarada total o parcialmente procedente o, simplemente, improcedente. En consecuencia, el proceso puede ser visto como un instrumento de carácter esencialmente binario<sup>120</sup> en el cual se da por terminado un conflicto a través de la declaración figurativa de una «parte ganadora» y una «parte perdedora»,<sup>121</sup> una situación que puede observarse no solamente cuando se hace uso del proceso, sino también cuando se utiliza cualquier otra clase de mecanismo de «solución» de conflictos.

41. La popularización de la distinción, hasta cierto punto deportiva, entre «ganar» o «perder» dentro del proceso es quizá una muestra flagrante de sus limitaciones como forma de terminación del conflicto. Desde el punto de vista de los sujetos del conflicto, e incluso, de sus abogados, pareciera que cuando estos acuden ante un órgano jurisdiccional lo importante no es en realidad que «se haga justicia», sino simplemente «obtener una decisión favorable».<sup>122</sup> Pero hay supuestos en los cuales establecer una competencia «deportivo-procesal» en la que participan los sujetos del conflicto a través de sus representantes o apoderados, conjuntamente con esa fórmula tradicional que le permite al Estado, metafóricamente hablando, premiar a un «ganador» y reprender a un «perdedor» podría no ser la forma más apropiada.<sup>123</sup>

42. La teoría deportiva de la justicia (*the sporting theory of justice*) pareciera tener su origen en el *common law*, específicamente, en los Estados Unidos, en donde el sistema de administración de justicia parecía ser visto como una especie de actividad en el cual se debía participar hasta el final.<sup>124</sup> Pero el proceso no puede ser visto como un «pasatiempo»<sup>125</sup> o como una forma de entretenimiento similar a la de los juegos del circo romano en donde se glorificaba al «ganador» y se ignoraba al «perdedor», sino como una forma de interacción que se encuentra sujeta a una serie de reglas destinadas a facilitar la terminación de un determinado conflicto. La falta de adecuación del sistema binario «ganador vs perdedor» como instrumento capaz de ofrecer otras formas de mantener el orden justifica el examen de toda una gran variedad de mecanismos distintos al proceso.<sup>126</sup> Los mecanismos no jurisdiccionales permiten expandir el margen de utilidad que proporcionan las normas jurídicas como herramientas para la terminación de una situación de conflicto.<sup>127</sup> Algunos de ellos permiten incluso maximizar las posibilidades de satisfacción recíproca, e incluso, terminar el conflicto de una forma consensuada, prescindiendo así de la clásica, pero sobre todo competitiva distinción entre un «ganador» y un «perdedor». La sola posibilidad de «resolver» en lugar de simplemente «solucionar» un conflicto permite que se haga uso de la creatividad para confeccionar una salida que no sea producto de la mera ejecución de las normas jurídicas aplicables.<sup>128</sup>

<sup>120</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World", *William & Mary Law Review* 38, 1996, pp.5-44.

<sup>121</sup> F. KNEBEL/G. CLAY, *Before You Sue: How to Get Justice without Going to Court*/New York, William Morrow and Company, INC, 1987, pp.24-26.

<sup>122</sup> A. SARAT, "Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court", *Law & Society*, 1976, p.364.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> R. POUND, "The Administration of Justice in the Modern City", *Harvard Law Review* 26, 1913, p.320.

<sup>125</sup> V. FAIRÉN GUILLÉN, *Teoría General del Derecho Procesal*/México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992, p.35.

<sup>126</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes", *The Georgetown Law Journal* 94, 2006, pp.553-580.

<sup>127</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Ex Parte Talks with Neutrals: ADR Hazards", *Alternatives to the High Costs of Litigation* 12, 1994, p.1.

<sup>128</sup> R. BARUCH/J. FOLGER, "Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 27, 2012, pp.4-5.

43. Es importante mencionar que, con el fin de dar por terminado un conflicto, la aplicación de las normas jurídicas y de sus correspondientes correctivos no es más que una de tantas otras opciones disponibles. Esto tiene mucho que ver con las nociones de «normas supletorias» y «normas imperativas»,<sup>129</sup> nociones que, al ser analizadas desde una perspectiva no jurisdiccional, pueden servir para colegir que la estricta aplicación silogística o, si se quiere, mecanicista de las normas jurídicas no es una condición *sine qua non* para la terminación de un conflicto.

#### 4. Participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes

44. La función jurisdiccional forma parte de un complejo sistema de carácter esencialmente jerárquico<sup>130</sup> que ha sido básicamente diseñado para garantizar el acceso a los órganos jurisdiccionales y a los servicios prestados por parte del denominado Poder Judicial. La prestación del «servicio de solución de conflictos»,<sup>131</sup> por llamarlo de alguna manera, se verifica dentro de un proceso en el cual un empleado o funcionario público que ha sido investido de potestad jurisdiccional determina cómo será solucionado el conflicto, cuestión que se lleva a cabo con arreglo a toda una serie de normas jurídicas. Normalmente, la elección de este funcionario se verifica de acuerdo con un procedimiento que ha sido diseñado para facilitar el nombramiento de un tercero que termina desempeñando una función que se halla intrínsecamente relacionada con la «competencia» del órgano jurisdiccional.

45. En general, la competencia del órgano se delimita de acuerdo con la materia, el lugar, la cuantía del asunto controvertido o, simplemente, de conformidad con alguna disposición expresa de la ley. Este órgano es permanente y puede ser unipersonal o colegiado y su constitución es anterior a la existencia del conflicto. Los sujetos del conflicto, por otra parte, no pueden tampoco elegir cuál será el órgano que conocerá de su pretensión, pues es el propio Estado a quien le corresponde determinar cuál o cuáles serán los órganos competentes, no solamente en primera instancia, sino también en las posteriores. En otras palabras, es el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, quien decide de qué forma y quiénes están facultados para solucionar un determinado conflicto dentro de los órganos jurisdiccionales.

46. La inflexibilidad del Estado con respecto a la selección de las personas o de los órganos que ejercen funciones de carácter decisorio sólo se halla presente dentro del contexto de la función jurisdiccional y administrativa, pues en el caso de los mecanismos no jurisdiccionales el nombramiento de terceros imparciales intervinientes que pueden ser llamados a ejercer dichas funciones no está sujeto a semejantes limitaciones. La utilización de mecanismos no jurisdiccionales, en efecto, no es más que una manifestación del principio de la libertad de contratación, un principio que, entre otras cosas, permite que dos o más sujetos decidan cómo prevenir, manejar, resolver o solucionar sus conflictos.

47. Esto quiere decir que, cuando se hace uso de tales mecanismos, los terceros imparciales intervinientes podrían llegar a ser elegidos por las partes.<sup>132</sup> El criterio para la selección de dichos terceros puede ser definido en función del número, profesión, credenciales, experiencia profesional, conocimiento de un área, o de cualquier otro requisito. En la práctica, el nombramiento de terceros imparciales puede ser efectuado no solamente por las partes mismas sino también, a falta de convenio, a través de una institución seleccionada por ambas partes que ofrezca servicios de nombramiento (*appointing authorities*). El nombramiento de estos terceros, por otra parte, podría también llegar a ser revocado por mutuo acuerdo. Esa posibilidad de poder elegir de qué forma, en dónde, e incluso, quién podría ayudar a las partes a prevenir, manejar, resolver o solucionar un conflicto es, a todas luces, uno de los principales atractivos de los mecanismos no jurisdiccionales.

<sup>129</sup> N. BARRY, *The French Law of Contract*/Oxford, Clarendon Press, 1992, pp.32-34.

<sup>130</sup> H. JEONG, *Conflict Management and Resolution: An Introduction*/London, Routledge, 2010, p.136.

<sup>131</sup> W. BRAZIL, "Should Court-Sponsored ADR Survive", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 21, 2006, p.243.

<sup>132</sup> C. MENKEL-MEADOW, "When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals", *UCLA Law Review* 44, 1997, p.1900.

## 5. Hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto

48. A diferencia de lo que ocurre en los países del *common law*, puede decirse que, en los países en los cuales se acoge el sistema de derecho continental, la utilización del proceso, en apariencia, podría no representar una mayor secuela patrimonial para los sujetos del conflicto, pues todo parece indicar que los gastos que trae consigo la solución de conflictos a través del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo los gastos relacionados con la prestación de servicios profesionales, son frecuentemente asequibles.<sup>133</sup> Frente a esa apariencia de «gratuidad» que al proceso se le atribuye, cualquiera podría verse hasta cierto punto desmotivado a llamar a un tercero imparcial para que provea servicios de prevención, manejo, resolución o solución de conflictos intersubjetivos.

49. La mayoría de estos servicios, como se verá más adelante, son prestados por parte de especialistas que han sido académicamente instruidos y suficientemente entrenados para desempeñar estas labores. Es posible que, al comienzo, algunos de ellos estén dispuestos a prestar sus servicios en forma gratuita mediante un estructurado programa de voluntariado.<sup>134</sup> También es posible que los honorarios de dichos especialistas sean parcialmente subsidiados por parte del Estado, pero en la mayoría de los casos son las partes mismas a quienes les corresponde cubrir los costos relacionados con la prestación de dichos servicios.

50. Adicionalmente, es importante recordar que cuando se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales los sujetos del conflicto deben pagar no solamente por los servicios profesionales de esos terceros, sino también por los servicios de quienes les asisten o les representan. Asimismo, los sujetos del conflicto podrían también, dependiendo de las circunstancias, incurrir en gastos institucionales adicionales. De modo que, en la mayoría de los casos, lo cierto es que los gastos relacionados con todos estos servicios deben ser íntegramente cubiertos por parte de los sujetos del conflicto.

51. La cuestión de si el proceso es más o menos costoso que los mecanismos no jurisdiccionales es un tema metodológicamente complejo<sup>135</sup> y que, evidentemente, merece ser estudiado por separado, pero es posible afirmar que después de haber sopesado cuáles son las ventajas y desventajas de ambos, el problema de los recursos será sólo uno, y quizá, el menos importante de los aspectos a ser tomados en consideración al momento de decidir cuál es el mecanismo más apropiado.

## 6. Limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes

52. La función jurisdiccional, por lo general, se desenvuelve mediante un sistema de participación indirecta. Es decir, el proceso ha sido estructurado de una forma en la cual se disminuye la participación directa de las partes y se le da primacía a la intervención de los profesionales que les asisten o les representan.<sup>136</sup> Las dificultades relacionadas con la existencia de todo un extraordinario complejo de normas jurídicas, conjuntamente con la exigencia de la capacidad de postulación y de toda una serie de tecnicismos lingüísticos<sup>137</sup> han hecho prácticamente imposible, o por lo menos, contraproducente, que se lleve a cabo la «defensa de la parte por sí misma».<sup>138</sup>

<sup>133</sup> S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies* 24, 1995, pp.1-28.

<sup>134</sup> F. SANDER, "Non-judicial Dispute Resolution", en *Common Law, Common Values, Common Rights: Essays on Our Common Heritage by Distinguished British and American Authors*/Chicago: ABA, 2000, p.312.

<sup>135</sup> R. COULSON, *How to Stay Out of Court*/New York, Crown Publishers, 1984, pp.14-17; J. ESSER, "Evaluations of Dispute Processing: We Do Not Know What We Think and We Do Not Think What We Know", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.499-562; L. FRIEDMAN, "Litigation and Society", *Annual Review of Sociology* 15, 1989, p.26.

<sup>136</sup> J. FOLBERG et al., *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law*/The Hague, Wolters Kluwer, 2010, p.7.

<sup>137</sup> P. BROOKER, "The "Juridification" of Alternative Dispute Resolution", *Anglo-American Law Review* 28, 1999, p.3.

<sup>138</sup> F. RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español*/Barcelona, Atelier, 2010, pp.103-104.

53. Desde este punto de vista, es claro que el proceso es un instrumento que termina por aislar a los sujetos del conflicto creando así una especie de arena de interacción fundamentalmente litigiosa que, normalmente, acentúa los niveles de hostilidad y que, sin lugar a dudas, despersonaliza el conflicto para convertir a sus «protagonistas» en «espectadores» de las actuaciones desplegadas por sus abogados o representantes.<sup>139</sup> Los mecanismos no jurisdiccionales, por el contrario, permiten que las partes participen tanto directa como indirectamente en la toma de decisiones<sup>140</sup> destinadas a dar por terminado un conflicto.<sup>141</sup> Nótese que la participación indirecta, *per se*, no es del todo cuestionable, pues hay casos en los que dicha forma de interacción podría llegar a ser la más apropiada de ellas. Pero es importante reflexionar con respecto a cuáles son las ventajas y desventajas de una mayor o menor forma de participación. También es importante tener claro que las tareas de representación o asistencia jurídica son esenciales, no solamente cuando se hace uso del proceso, sino también cuando se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales.<sup>142</sup> Lo reprochable es que los protagonistas se vean prácticamente obligados a solucionar sus conflictos a través del empleo de un mecanismo contencioso y, sobre todo, que se les haya, de una u otra manera, cercenado su derecho a participar activamente, o dicho de otro modo, que los sujetos del conflicto no hayan sido informados acerca de la existencia de otras «opciones» que les habrían garantizado un mayor grado de participación, sobre todo cuando se ha demostrado que los resultados que se obtienen a partir del empleo de los mecanismos de participación directa son cualitativamente más satisfactorios que aquellos en los cuales se participa de forma indirecta<sup>143</sup> y que, generalmente, los niveles de cumplimiento voluntario se incrementan a medida que aumentan los niveles de participación.<sup>144</sup>

### III. Ventajas y desventajas

55. Dentro del sistema de derecho continental, los mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos pueden ser catalogados como un conjunto de herramientas promisorias que valdría la pena escrutar. Los mecanismos no jurisdiccionales, como antes se dijo, no son un sustituto del proceso,<sup>145</sup> sino simplemente una serie de instrumentos «alternativos», o probablemente, un complemento<sup>146</sup> impregnado de muchas otras opciones destinadas a garantizar el mantenimiento del orden. La utilización de dichos mecanismos, sin embargo, sólo tendría sentido después de haber considerado cuáles son sus ventajas y desventajas,<sup>147</sup> pues es innegable que todos ellos pueden llegar a ser apropiados en muchísimos casos e inapropiados en algunos otros.<sup>148</sup>

56. Desde luego que el éxito de tales mecanismos se halla también supeditado a varios otros factores que nada tienen que ver con sus ventajas y desventajas. Ellos son, en primer lugar, la adecuada elección<sup>149</sup> y el buen desempeño del tercero imparcial.<sup>150</sup> Y en segundo lugar, los niveles de preparación,

<sup>139</sup> J. AUERBACH, *Justice Without Law*/Oxford, OUP, 1983, p.12.

<sup>140</sup> T. TYLER, "The Psychology of Disputant Concerns in Mediation", *Negotiation Journal*, 1987, p.370; N. ZIMMERMAN/T. TYLER, "Between Access to Counsel and Access to Justice: A Psychological Perspective", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2010, pp.473-507.

<sup>141</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or 'The Law of ADR'", *Florida State University Law Review* 19, 1991, pp.6-8.

<sup>142</sup> J. STERNLIGHT, "Lawyerless Dispute Resolution: Rethinking a Paradigm", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2010, p.384.

<sup>143</sup> C. MENKEL-MEADOW, "When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation as Public Interest Lawyering", *Journal of Law and Policy* 10, 2002, pp.42-43.

<sup>144</sup> G. CHARNESS, "Alternative Dispute Resolution and the Settlement Gap", *Dispute Resolution: Bridging the Settlement Gap*, D. ANDERSON (ed.)/London, JAI Press, 1996, p.206.

<sup>145</sup> J. STERNLIGHT, "Is Alternative Dispute Resolution Consistent with The Rule of Law?", *DePaul Law Review* 56, 2007, p. 573.

<sup>146</sup> M. SHAW, "ADR and the Courts: Some Emerging Issues", *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990, p.155.

<sup>147</sup> J. WEIS, "Are Courts Obsolete?", *Notre Dame Law Review* 67, 1992, p.1387.

<sup>148</sup> J. STERNLIGHT, "Is Binding Arbitration a Form of ADR?: An Argument that the Term "ADR" has begun to Outlive its Usefulness?", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2000, p.107.

<sup>149</sup> J. GUILL/E. SLAVIN, Jr., "Rush to Unfairness: The Downside of ADR", *Judges* 28, 1989, pp.9-10.

<sup>150</sup> W. PARK, "Is Arbitration Only As Good As The Arbitrator?: Status, Powers and Role of The Arbitrator", *ICC Dossiers* 8, 2011, pp.25-45.

experiencia y cooperación de sus usuarios.<sup>151</sup> De modo que, para beneficiarse de sus potenciales beneficios, es necesario que los sujetos del conflicto<sup>152</sup> y, según el caso, quienes les asisten o les representan conozcan suficientemente cuáles son y cómo funcionan estos mecanismos.

**57.** Igualmente, es importante tener claro cómo se lleva a cabo la tarea de seleccionar estos mecanismos,<sup>153</sup> cuáles son las diferencias entre hacer uso de «mecanismos de resolución» y «mecanismos de solución» de conflictos, cuáles son los trabajos preparatorios en uno u otro caso, etcétera. Asimismo, es necesario tomar en cuenta que los mecanismos destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto podrían llegar a beneficiar o a perjudicar a los sujetos del conflicto dependiendo de las circunstancias que se encuentran en torno a cada uno de dichos sujetos.<sup>154</sup>

**58.** En la mayoría de los casos, lo normal, o quizá lo más frecuente, es que los sujetos del conflicto no estén al tanto de cuáles son las opciones distintas al proceso,<sup>155</sup> y mucho menos, de cuáles podrían llegar a ser sus potenciales ventajas y desventajas. De manera que serán sus abogados a quienes les corresponda presentar el catálogo o, tal vez, construir un listado contentivo de varias opciones que, al mismo tiempo, sirva para determinar las ventajas y desventajas de cada una de ellas<sup>156</sup> para poder luego decidir cuál de todas es la más apropiada.<sup>157</sup> Algunos sugieren que, al momento de seleccionar un mecanismo determinado, es importante establecer: (1) cuál de ellos proporciona el mejor de los rendimientos en función de tiempo, costos y potenciales beneficios, (2) cuáles son los efectos cualitativos relacionados con la posible utilización y los resultados de uno y otro,<sup>158</sup> e incluso, (3) hasta qué punto será necesario hacer uso de un mecanismo que permita tutelar intereses patrimoniales y no patrimoniales.<sup>159</sup> Aunque dicha labor, a primera vista, pareciera no estar rodeada de obstáculos irremovibles, lo cierto es que, en la práctica, la carencia de información con respecto a cuáles son y cómo funcionan cada uno de estos mecanismos ha terminado por generar un elevado nivel de reluctancia, o quizá, de escepticismo hacia el empleo de herramientas distintas al proceso, cuestión que posiblemente se justifique a partir de la antiquísima estructura contenciosa de la formación académico-profesional de los abogados. Sin embargo, hoy en día, la situación es diferente, a tal punto que sería prácticamente irracional dejar de explorar dichas herramientas y su extenso margen de utilidad.

**59.** Es interesante recalcar que quienes se hallan verdaderamente familiarizados con la forma en la cual funcionan los mecanismos no jurisdiccionales y con sus potenciales ventajas son más propicios a sugerir que se haga uso de ellos.<sup>160</sup> Mientras que, en la mayoría de los casos, quienes se hallan en contra de la utilización de dichos mecanismos son aquellos que no conocen, o que conocen muy poco, sobre esta materia. De manera que quienes se muestran renuentes a examinar cuáles son, cómo funcionan y cómo se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales están prácticamente obligados a actualizarse.

**60.** Algunos señalan, en términos muy generales, que la utilización de mecanismos no jurisdiccionales podría llegar a ser de gran interés en aquellos casos en los cuales: (1) es importante que se obtenga una pronta, pero no inmediata terminación del conflicto, (2) los sujetos del conflicto desean

<sup>151</sup> Cfr., T. CARVER/A. VONDRÁ, "Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does", *Harvard Business Review*, 1994, p.121.

<sup>152</sup> NADRAC, *Your Guide to Dispute Resolution/Australia*, 2012, p.21 et seq.

<sup>153</sup> F. SANDER/S. GOLDBERG, "Making the Right Choice", *ABA Journal*, 1993, pp.66-68; F. SANDER/L. ROZDEICZER, "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach", *Harvard Negotiation Law Review* 11, 2006, pp.1-41.

<sup>154</sup> J. MASHAW, "Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory", *Boston University Law Review* 61, 1981, p.900.

<sup>155</sup> S. GOLDBERG/E. GREEN/F. SANDER, "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", *Judicature* 69, 1986, p.291.

<sup>156</sup> Alberta Law Reform Institute, *Dispute Resolution: A Directory of Methods, Projects and Resources/Edmonton*, 1990, pp.1-66.

<sup>157</sup> R. McLAREN/J. SANDERSON, *Innovative Dispute Resolution: The Alternative/Scarborough*, Carswell, 1994, pp.1-1, 1-4.

<sup>158</sup> M. GALANTER, "Introduction: Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.xi-xiv.

<sup>159</sup> D. SHESTOWSKY, "Misjudging: Implications for Dispute Resolution", *Nevada Law Journal* 7, 2007, p.488.

<sup>160</sup> F. SANDER, "Some Concluding Thoughts", *Journal of Legal Education* 54, 2004, p.116.

participar activamente en la toma de una decisión que le ponga fin al conflicto, (3) las partes desean hacer uso de un mecanismo que les ofrezca un cierto nivel de confidencialidad, (4) las partes desean ejercer un mayor control sobre la forma en la cual se maneja el conflicto, (5) se quiere evitar la fijación de un precedente que tendría poca trascendencia, (6) los remedios procesales son insuficientes para satisfacer los intereses subyacentes, (7) la terminación del conflicto se podría llevar a cabo con la sola participación de los sujetos que le dieron origen a éste, (8) los sujetos del conflicto desean mantener, mejorar o incluso restablecer su relación, (9) los costos relacionados con el uso del proceso son iguales o mayores que las cantidades que han sido reclamadas, (10) la complejidad del asunto amerita la intervención de otros especialistas en lugar de simplemente concedores del derecho aplicable, (11) los sujetos del conflicto desean participar en la escogencia del foro, del mecanismo, de los terceros imparciales, o de las normas jurídicas aplicables, (12) los sujetos del conflicto desean diseñar un sistema que les permita prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto.<sup>161</sup> De manera que la tarea de hacer un deslinde entre las potenciales ventajas y desventajas de los mecanismos no jurisdiccionales con relación al proceso se halla sujeta, desde cualquier punto de vista, a la identificación de todos los mecanismos utilizables y a la posterior realización de un ejercicio comparativo entre uno y otro<sup>162</sup> que le permita a los abogados asesorar adecuadamente a las partes, antes y después del conflicto, con respecto a cuáles son las formas en las que se podría llegar a prevenir, manejar, resolver o solucionar un conflicto determinado.<sup>163</sup>

**61.** En el cuadro comparativo que se introduce a continuación, se hace un símil entre los mecanismos primarios (el proceso, el arbitraje, la mediación y la negociación) en función de ciertas características que podrían servir como punto de referencia para determinar, en un momento determinado, cuáles son sus potenciales ventajas y desventajas, o dicho de otra forma, qué se puede o qué no se puede obtener cuando se hace uso de ellos<sup>164</sup> y, en particular, para conocer algunos aspectos relacionados con: (1) la forma de participación de los sujetos del conflicto, (2) la finalidad del mecanismo, (3) el nombramiento del tercero imparcial, (4) la denominación del tercero imparcial, (5) la toma de la decisión que se obtiene a partir de empleo de dichos mecanismos, (6) la forma del procedimiento, (7) la naturaleza del procedimiento, (8) el lugar del procedimiento y (9) los intereses protegidos.

<b>Mecanismos primarios *</b>				
<b>Características</b>	<b>Proceso</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Mediación</b>	<b>Negociación</b>
<b>Forma de Participación</b>	Obligatoria	Voluntaria/ Obligatoria	Voluntaria/ Obligatoria	Voluntaria
<b>Finalidad</b>	Sentencia: Revisable en Apelación	Laudo: Revisión Excepcional	Acuerdo entre las partes: Sujeto a una Contratación	Acuerdo entre las partes: Sujeto a una Contratación
<b>Tercero Imparcial</b>	Nombrado por el Estado	Nombrado por las partes o por una institución escogida por ellas	Nombrado por las partes o por una institución escogida por ellas	No interviene un tercero imparcial
<b>Denominación del Tercero</b>	Juez	Árbitro/Árbitros	Mediador	No interviene un tercero

<sup>161</sup> N. ATLAS/S. HUBER/E. TRACHTE-HUBER (eds.), *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*/Chicago, ABA Publishing, 2000, p.17 et seq.; H. ASTOR/C. CHINKIN, *Dispute Resolution in Australia*/Sydney, Butterworths, 1992, pp.42-43.

<sup>162</sup> A. PIRIE, *Alternative Dispute Resolution: Skills, Science, and the Law*/Canada, Irwin Law, 2000, pp.87-88.

<sup>163</sup> F. SANDER/S. GOLDBERG, "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", *Negotiation Journal*, 1994, pp.49-68; S. DAVIS, "ADR: What is it and what are the Pros and Cons", en *ADR and Commercial Disputes*, R. CALLER (ed.)/London, Sweet & Maxwell, 2002, pp.1-11.

<sup>164</sup> R. PATTERSON, "Dispute Resolution in a World of Alternatives", *Catholic University Law Review* 37, 1988, p.599.

<b>Mecanismos primarios *</b>				
<b>Características</b>	<b>Proceso</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Mediación</b>	<b>Negociación</b>
<b>Decisión</b>	Tomada por parte de un tercero con arreglo a un procedimiento preestablecido	Tomada por parte de uno o varios terceros con arreglo a un procedimiento ad hoc o institucional	Tomada por las partes con la ayuda de un tercero	Tomada por las partes
<b>Forma del Procedimiento</b>	Formal, predeterminado, inflexible y de participación indirecta	Menos formal, particularizado, flexible y de participación indirecta	Flexible, normalmente informal y de participación directa o indirecta	Flexible, normalmente informal y de participación directa
<b>Naturaleza del Procedimiento</b>	Público	Privado, salvo que se haya solicitado la ejecución forzosa o la nulidad del laudo	Privado/Público	Privado
<b>Lugar del Procedimiento</b>	Establecimiento Público	Establecimiento Privado	Establecimiento Privado/Público	Establecimiento Privado
<b>Intereses Protegidos</b>	Jurídicos	Jurídicos	Jurídicos y/o subyacentes	Jurídicos y/o subyacentes

\* Este cuadro comparativo ha sido elaborado a partir del trabajo de Stephen GOLDBERG et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*/New York, Aspen Publishers, 2007, p.4.

#### IV. Utilización: endoprocesal y extraprocesal

62. El uso de mecanismos no jurisdiccionales puede perfectamente verificarse tanto fuera como dentro del proceso.<sup>165</sup> En líneas generales, es posible afirmar que el empleo de estos mecanismos puede tener lugar a partir de iniciativas «contractuales» o «estatales».<sup>166</sup> Salvo disposición en contrario, las iniciativas de carácter contractual pueden ser implementadas tanto antes como después de la aparición del conflicto,<sup>167</sup> mientras que la toma de iniciativas estatales destinadas a promover el uso de tales mecanismos generalmente se lleva a cabo después de la ocurrencia del conflicto y, en la gran mayoría de los supuestos, dentro del proceso.

63. En el primero de los casos, es decir, en el ámbito contractual, son varias las instituciones que se dedican a ofrecer servicios de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos. Al momento de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales, el soporte institucional podría, sin lugar a dudas, llegar a ser muy útil, pero no necesariamente imprescindible. Lo ideal sería que, en la medida de lo posible, con o sin la ayuda de tales instituciones, las partes regulen el tema de la prevención, manejo, resolución y solución de los potenciales conflictos que pudieran llegar a surgir entre ellas en un momento inicial, es decir, antes del surgimiento del conflicto, o según el caso, antes de acudir ante un órgano jurisdiccional, pero nada obsta para que los sujetos que se encuentran haciendo uso del proceso soliciten

<sup>165</sup> L. SINGER, "The Quiet Revolution in Dispute Settlement", *Mediation Quarterly* 7, 1989, p.106.

<sup>166</sup> R. REUBEN, "Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice", *UCLA Law Review* 47, 2000, p.971.

<sup>167</sup> C. WALLGREN, "ADR in Business", en *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, J. GOLD-SMITH/A. INGEN-HOUSZ/G. POINTON (eds.)/The Netherlands, Kluwer Law International, 2006, p.10.

la suspensión del procedimiento para intentar manejar, resolver o solucionar el conflicto mediante el empleo de algún otro mecanismo.

**64.** Las limitaciones relativas al ejercicio de la libertad de contratación con respecto a cuáles son los conflictos que pueden ser resueltos o solucionados fuera de los órganos jurisdiccionales no son más que aquellas relacionadas con el «orden público»,<sup>168</sup> pues es cierto que hay casos que pertenecen al dominio público,<sup>169</sup> y en los cuales será estrictamente necesario hacer uso de dichos órganos.<sup>170</sup> La situación se torna un poco más compleja en el caso de las iniciativas de carácter estatal. Es posible afirmar que en Estados Unidos,<sup>171</sup> Canadá,<sup>172</sup> Inglaterra y Gales,<sup>173</sup> y Australia,<sup>174</sup> por ejemplo, la utilización de mecanismos no jurisdiccionales responde a la implementación de distintos programas destinados a asegurar que sean los propios «órganos jurisdiccionales» quienes estimulen el empleo de «mecanismos no jurisdiccionales».<sup>175</sup>

**65.** La promoción de mecanismos no jurisdiccionales por parte de un órgano jurisdiccional, por muy incompatible que pudiera parecer, tiene sentido porque, tradicionalmente, el llamamiento al empleo de mecanismos no jurisdiccionales *inter partes* ha sido visto como un signo de debilidad, pero cuando el uso de tales mecanismos es producto de un requerimiento normativo (*categorical referral*) o de una intimación expedida por parte de un órgano jurisdiccional en ejercicio de una potestad discrecional (*discretionary referral*),<sup>176</sup> la situación es distinta, pues en este caso,<sup>177</sup> no son los sujetos del conflicto, sino el Estado mismo quien sugiere que se haga uso de ellos.<sup>177</sup>

**66.** Sin embargo, cuando el Estado promueve la realización de actividades de contenido no jurisdiccional, es importante que existan ciertos requisitos que regulen el desempeño de tales actividades para garantizar que los sujetos del conflicto terminarán recibiendo un servicio cualitativamente equivalente al jurisdiccional. La idea no es cercenar el derecho a la jurisdicción de los sujetos del conflicto, sino simplemente promover el empleo de mecanismos no jurisdiccionales siempre y cuando la utilización de los mismos maximice las posibilidades de obtener una pronta y más apropiada terminación del mismo.

**67.** Algunos advierten que la función de los órganos jurisdiccionales, por excelencia, no es promover otros mecanismos distintos al proceso, sino simplemente solucionar conflictos intersubjetivos a través del dictamen de una decisión.<sup>178</sup> Sin embargo, sería completamente absurdo suponer que los órganos jurisdiccionales están facultados para ser conniventes ante la dilapidación o el uso inadecuado de sus recursos,<sup>179</sup> especialmente en aquellos casos en los cuales tendría sentido hacer uso de otros mecanismos que podrían llegar a ser más apropiados que el proceso. En todo caso, no hay duda que debería ser el Estado, y no los sujetos del conflicto, a quien le corresponda determinar cómo serán utilizados los recursos estatales.<sup>180</sup>

<sup>168</sup> JC. BETANCOURT, “Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad”, *InDret* 2, 2012, pp.4-31.

<sup>169</sup> M. HERMANN, “The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice”, *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990, p.118.

<sup>170</sup> L. LEVIN/D. GOLASH, “Alternative Dispute Resolution in Federal District Courts”, *University of Florida Law Review* 37, 1985, p.31.

<sup>171</sup> *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*.

<sup>172</sup> D. L. ZUTTER, “Incorporating ADR in Canadian Civil Litigation”, *Bond Law Review* 13, 2001, pp.1-18.

<sup>173</sup> K. MACKIE et al., *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*/London, Butterworths, 2000, p.64 et seq.

<sup>174</sup> T. SOURDIN, “ADR in the Australian Court and Tribunal System”, *ADR Bulletin* 6, 2003, p.1-4.

<sup>175</sup> J. DONALDSON, “Alternative Dispute Resolution”, *Arbitration* 58, 1992, p.102.

<sup>176</sup> F. SANDER, “Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate”, *University of Toledo Law Review* 27, 1996, pp.885-886.

<sup>177</sup> K. MACKIE, “Challenges in the Evolution of ADR in the UK: The CEDR Experience”, *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*, R. SMITH (ed.)/London, Legal Action Group, 1996, p.157.

<sup>178</sup> D. MISTERAVICH, “The Limits of Alternative Dispute Resolution”, *University of Detroit Mercy Law Review* 70, 1992, pp.37-46; P. MAHONY, “Private Settlement—Public Justice”, *Victoria University Wellington Law Review* 31, 2000, p.226.

<sup>179</sup> R. POUND, “The Administration of Justice in the Modern City”, *Harvard Law Review* 26, 1913, pp.1-4.

<sup>180</sup> F. SANDER, “The Future of ADR”, *Journal of Conflict Resolution*, 2000, p.8.

68. Esto tiene mucho que ver con la noción de «manejo activo de asuntos» (*active case management*), un concepto que, para algunos, va más allá del ejercicio de la función jurisdiccional,<sup>181</sup> y que demanda el desarrollo de una nueva y, quizá, más compleja labor que tiene por objeto identificar cuáles son los mecanismos que podrían llegar a servir para resolver o solucionar los conflictos que hayan sido llevados ante un órgano jurisdiccional de la forma más expedita y a través de una mejor utilización de los recursos disponibles,<sup>182</sup> cuestión que, lógicamente, redefine la función del juez, a quien, tradicionalmente, se le catalogaba como un sujeto encargado de «solucionar» conflictos intersubjetivos mediante el proceso y en ejercicio de su potestad jurisdiccional.<sup>183</sup>

69. Es importante tener claro que la noción de manejo activo de casos, como concepto procesal, no se origina dentro del movimiento destinado a promover la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, sino a finales de siglo XIX, pero hasta cierto punto se ve redimensionada a partir de la promoción de los mismos.<sup>184</sup> En la práctica, la promoción de estos mecanismos, como parte de la política estatal de «manejo activo de asuntos», puede llevarse a cabo antes del proceso, concretamente, mediante la exigencia del agotamiento de la vía no jurisdiccional como presupuesto que antecede al ejercicio del derecho a la jurisdicción y durante el proceso, cuestión que puede llevarse a cabo en cualquier fase del procedimiento, es decir, tanto en primera como en segunda instancia. Los programas destinados a promover el empleo de estos mecanismos están dirigidos a «descentralizar», o si se quiere, «desmonopolizar» el sistema de administración de justicia.<sup>185</sup>

70. En Estados Unidos, por ejemplo, el fenómeno de la desmonopolización de este sistema estuvo acompañado de varios instrumentos normativos<sup>186</sup> y de algunas otras iniciativas de carácter no legislativo<sup>187</sup> tendientes a explorar y, posteriormente, a facilitar la terminación de un importante número de casos sin necesidad de hacer uso de los órganos jurisdiccionales, no solamente en sede jurisdiccional, sino también en sede administrativa.<sup>188</sup> Dichos instrumentos sirvieron para poner en práctica los programas antes señalados, pero la federalización del sistema político estadounidense terminaría por impedir que dichos programas se implementasen de manera uniforme, cuestión que culminaría dándole nacimiento a un creciente número de programas<sup>189</sup> que podrían llegar a ser descritos como cualitativamente disímiles.<sup>190</sup>

<sup>181</sup> J. RESNIK, “Managerial Judges”, *Harvard Law Review* 96, 1983, pp.376-448; S. RUDOLPH COLE, “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution”, *Hastings Law Journal* 51, 2000, p.1201.

<sup>182</sup> W. BRAZIL, “For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences — and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, 2000, p.167.

<sup>183</sup> J. MCGUIRE/F. SANDER, “Some Questions About “The Vanishing Trial”, *Dispute Resolution Magazine* 10, 2004, p.17.

<sup>184</sup> R. PECKHAM, “A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution”, *Rutgers Law Review* 37, 1985, pp.253-277; JC. BETANCOURT/A. HUDSON-TYREMAN, “Where and When to Mediate”, *2<sup>nd</sup> Annual Mediation Symposium*, A. HUDSON-TYREMAN/ JC. BETANCOURT (eds.)/London, Chartered Institute of Arbitrators, 2009, p.87.

<sup>185</sup> M. GALANTER, “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law”, *Journal of Legal Pluralism* 19, 1981, pp.1-47.

<sup>186</sup> P. FN’PIERE/L. WORK, “On the Growth and Development of Dispute Resolution”, *Kentucky Law Journal* 81, 1993, pp.969-970; D. WRIGHT NELSON, “ADR in the Federal Court—One Judge’s Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 17, 2001, p.6 et seq.; C. HARRIS CROWNE, “The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice”, *New York University Law Review* 76, 2001, p.1790 et seq.; S. LANDSMAN, “ADR and the Costs of Compulsion”, *Stanford Law Review* 57, 2005, pp.1605-1606; E. WARD, “Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States Federal Courts: Panacea or Pandemic”, *St. John’s Law Review* 81, 2007, pp.82-83.

<sup>187</sup> E. KENNEDY, “Introduction—Equal Justice and the Problem of Access”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 11, pp.485-491.

<sup>188</sup> T. FARROW, “Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education”, *Alberta Law Review* 42, 2005, pp.741-801; T. NABATCHI, “The Institutionalization of Alternative Dispute Resolution in the Federal Government”, *Public Administration Review* 67, 2007, pp.646-661.

<sup>189</sup> M. HERRMAN, “ADR in Context: Linking Our Past, Present, and a Possible Future”, *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990”, p.38.

<sup>190</sup> R. WISSLER, “The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases”, *Conflict Resolution Quarterly* 22, 2004, pp.55-88.

71. Los órganos jurisdiccionales estadounidenses fueron básicamente dotados de un amplio margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las opciones distintas al proceso, facilitar la prestación de uno o más mecanismos no jurisdiccionales, regular lo relativo a la selección y a la posterior utilización del mecanismo, establecer cuál es el procedimiento a seguir, etcétera.<sup>191</sup> La observación detallada de toda esta pluralidad de programas serviría de fundamento para concluir que no existe un programa libre de imperfecciones.<sup>192</sup> No obstante, se ha reportado que, en la mayoría de los casos, dichos programas han generado altos niveles de satisfacción por parte de sus usuarios.<sup>193</sup>

72. Indudablemente que cualquier intento de generalización vinculado con el funcionamiento de los programas a los cuales se ha hecho alusión terminaría siendo incorrecto, porque cada uno de ellos tiene sus propias características,<sup>194</sup> pero, en general, y de acuerdo con la forma en la cual tiene lugar la prestación de los servicios no jurisdiccionales, todos estos programas pueden ser clasificados en: (1) programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional (*court-referred programmes*) y (2) programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional (*court-annexed programmes*).

73. Los «programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional» son aquellos que operan fuera de los órganos jurisdiccionales, es decir, por parte de un selecto número de instituciones privadas. En estos programas, la utilización de un mecanismo no jurisdiccional surge a partir de una orden de participación emitida por parte del órgano jurisdiccional en donde se invita a que se haga uso de un mecanismo distinto al proceso con la ayuda de una determinada institución. En estos casos, los resultados de la remisión pueden ser, pero no siempre son, supervisados por parte de dicho órgano.

74. Por su parte, los «programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional» son aquellos en los cuales participan los propios jueces, una gran variedad de terceros imparciales que obran a título gratuito u oneroso, o algunos otros funcionarios o empleados estatales, y en los que se hace uso de uno o varios mecanismos no jurisdiccionales dentro del procedimiento como una herramienta conducente a una terminación anticipada del conflicto por medio de otras formas distintas a una decisión judicial. Estos programas, a diferencia de los anteriores, son rigurosamente controlados.

75. Es importante tener claro que tanto los programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional (*court-referred programmes*), como los programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional (*court-annexed programmes*), forman parte de una sola categoría conocida con el nombre de programas conexos o programas de enlace (*court-connected o court-related programmes*).<sup>195</sup> En Estados Unidos, verbigracia, los programas conexos han sido implementados tanto a nivel federal como a nivel estatal.<sup>196</sup> Los programas conexos pueden ser subdivididos en «programas de participación voluntaria» (*ADR voluntary programmes*) y «programas de participación obligatoria» (*ADR mandatory programmes*) y la mayoría de ellos han venido siendo ejecutados dentro del proceso.<sup>197</sup>

76. En los programas de participación voluntaria los sujetos del conflicto podrían solicitar *motu proprio* los servicios no jurisdiccionales o simplemente, ser invitados a utilizar un mecanismo no jurisdiccional, pero dicha invitación puede ser aceptada o rechazada libremente. En los programas de parti-

<sup>191</sup> D. SHESTOWSKY, "Procedural Preferences in Alternative Dispute Resolution", *Psychology, Public Policy, and Law* 10, 2004, pp.215-216.

<sup>192</sup> W. BRAZIL, "A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values", *The University of Chicago Legal Forum*, 1990, p.397.

<sup>193</sup> J. PEARSON, "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication", *The Justice System Journal* 7, 1982, p.431.

<sup>194</sup> M. BEDIKIAN, "Overview of Alternative Dispute Resolution", *Michigan Bar Journal* 65, 1986, p.880.

<sup>195</sup> S. KEILITZ, "Alternative Dispute Resolution in the Courts", *Handbook of Court Administration and Management*, S. HAYS/C. GRAHAM, JR. (eds.)/New York: Marcel Dekker, 1993, p.384.

<sup>196</sup> W. BRAZIL, "ADR and the Courts, Now and in the Future", *Alternatives* 17, 1999, pp.98-103.

<sup>197</sup> T. STIPANOWICH, "ADR and the 'Vanishing Trial': The Growth and Impact of 'Alternative Dispute Resolution'", *UCLA Law Review* 1, 2004, pp.843-912.

<sup>198</sup> M. GALANTER, "The Vanishing Trial: An Examination of Trial and Related Matters in Federal and State Courts", *Journal of Empirical Legal Studies* 1, 2004, pp.459-570.

cipación obligatoria, por el contrario, los sujetos del conflicto son compelidos o conminados a utilizar mecanismos distintos al proceso. Esto no quiere decir que los sujetos del conflicto se hayan visto privados de su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que dicho derecho se halla supeditado a que se haga uso de un mecanismo que, potencialmente, podría llegar a ser más apropiado que el proceso.

**77.** Tanto en los programas de participación voluntaria como en los programas de participación obligatoria se espera que los sujetos del conflicto: (1) participen de buena fe (2) intercambien información relacionada con los hechos ocurridos, las posiciones de las partes y, dependiendo de las circunstancias, de los medios prueba, (3) intervengan de una forma que, efectivamente, permita que se lleve a cabo el empleo del mecanismo no jurisdiccional y, finalmente, que (4) se hallen suficientemente autorizados para transigir.<sup>198</sup> Las investigaciones sugieren que los niveles de utilización de estos mecanismos en los programas de participación voluntaria son considerablemente menores a aquellos que se registran en los programas de participación obligatoria,<sup>199</sup> razón por la cual se ha tendido a favorecer la implementación de estos últimos.

**78.** Dependiendo de la estructura del programa, la decisión relacionada con la selección del mecanismo «más apropiado» podría llegar a ser tomada tanto por parte del órgano jurisdiccional como por parte de los sujetos del conflicto. En el segundo de los casos, particularmente, por cuestiones relacionadas con la carencia de una guía de selección,<sup>200</sup> lo ideal sería que fuesen los sujetos del conflicto, con ayuda de sus representantes, quienes decidan cuál es el mecanismo más apropiado. En algunos casos, es posible elegir dentro de todo un menú de mecanismos no jurisdiccionales, pero en algunos otros no existe sino la posibilidad de hacer uso de una sola herramienta distinta a la jurisdiccional.<sup>201</sup>

**79.** La ejecución de los programas de participación obligatoria *vis a vis* el «derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales»<sup>202</sup> terminaría por generar ciertas dudas con respecto a su constitucionalidad, un asunto que ha sido examinado y reexaminado con un suficiente grado de exhaustividad, no solamente a partir de la preparación de trabajos doctrinarios, sino también por parte de varios órganos jurisdiccionales. Básicamente se ha dicho que obligar a que se haga uso de mecanismos jurisdiccionales sólo podría llegar a ser constitucionalmente cuestionable en aquellos casos en los cuales sería manifiestamente irrazonable, o incluso antijurídico, hacer uso de otras formas distintas al proceso. Esto quiere decir que los sujetos del conflicto no pueden verse obligados, y mucho menos presionados,<sup>203</sup> a hacer uso de un mecanismo que sea inadecuado, o sencillamente, inaccesible, más oneroso,<sup>204</sup> o menos expedito que el proceso.<sup>205</sup>

**80.** La puesta en práctica de estos programas, acompañada de un importante período de experimentación, sirvió de estímulo para la «institucionalización» del uso de mecanismos no jurisdiccionales<sup>206</sup> dentro de varios países del *common law*. De manera que el desarrollo y la posterior ejecución de cualquier programa destinado a incorporar la utilización de estos mecanismos dentro de cualquier siste-

<sup>198</sup> E. SHERMAN, "Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should be Required", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.2079-2112; M. WESTON, "Check on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality", *Indiana Law Journal* 76, 2001, pp.591-645.

<sup>199</sup> Standing Committee of the American Judicature Society, "Mandatory ADR: Can We Talk?", *Judicature* 78, 1995, p.272.

<sup>200</sup> A. SARAT, "Alternative Dispute Resolution: Wrong Solution, Wrong Problem", *Proceedings of the Academy of Political Science* 37, 1988, p.162-173.

<sup>201</sup> D. SHESTOWSKY, "Disputants' Preferences for Court-Connected Dispute Resolution Procedures: Why We Should Care and Why We Know So Little?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 23, 2008, pp.549-625.

<sup>202</sup> A. MARRIOTT, "Mandatory ADR and Access to Justice", *Arbitration* 71, 2005, p.310.

<sup>203</sup> S. JENNINGS, "Court-Annexed Arbitration and Settlement Pressure: A Push Towards Efficient Dispute Resolution or 'Second Class' Justice", *Journal on Dispute Resolution* 6, 1991, pp.313-332.

<sup>204</sup> M. LEROY/P. FEUILLE, "When is Costa an Unlawful Barrier to Alternative Dispute Resolution? The Ever Green Tree of Mandatory Employment Arbitration", *UCLA Law Review* 50, 2003, pp.143-203.

<sup>205</sup> D. GOLANN, "Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues", *Oregon Law Review* 68, 1989, pp.487-568; N. REYNOLDS, "Why We Should Abolish Penalty Provisions for Compulsory Nonbinding Alternative Dispute Resolution", *Journal on Dispute Resolution* 7, 1991, pp.173-191; G. THOMAS EISELE, "The Case Against Mandatory Court-Annexed ADR Programs", *Judicature* 75, 1992, pp.34-40; L. KATZ, "Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin", *Journal of Dispute Resolution* 1, 1993, p.22 et seq.

<sup>206</sup> P. EDELMAN, "Institutionalizing Dispute Resolution Alternatives", *The Justice System Journal* 9, 1984, pp.134-150.

ma de administración de justicia<sup>207</sup> no debe ser consecuencia de una reacción prematura,<sup>208</sup> sino de la preparación de un trabajo premeditado en el cual participen legisladores, jueces, abogados, profesores de derecho, varios otros especialistas, e incluso, algunos de los potenciales usuarios de dichos programas.<sup>209</sup>

**81.** Tanto los programas de participación voluntaria como los programas de participación obligatoria deben ser suficientemente explícitos con respecto a cómo funcionan los mecanismos no jurisdiccionales, en qué consisten, cuál es su duración, cuáles son los costos, quiénes deben y quiénes pueden participar, cuál es el rol de los participantes (incluyendo el de los sujetos del conflicto, sus abogados y terceros imparciales), cuáles son las posibles excepciones, cuáles son las sanciones relacionadas con el incumplimiento del deber de participar,<sup>210</sup> etcétera.

**82.** Asimismo, es importante resaltar que la implementación de tales programas debe ser estrictamente supervisada con cierta regularidad,<sup>211</sup> y preferiblemente, por parte de una institución completamente independiente.<sup>212</sup> De igual manera, es imprescindible que dichos programas sean administrados bajo la dirección de un personal que haya sido especialmente capacitado para facilitar el manejo activo de asuntos<sup>213</sup> a través de la utilización de mecanismos no jurisdiccionales sin menoscabar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.<sup>214</sup>

**83.** Algunos sugieren que dichos programas deberían ser parcial o totalmente sufragados por parte del Estado, pues sería completamente absurdo suponer que el Estado únicamente se halla legitimado para costear los gastos relacionados con la «solución» de un conflicto determinado a través del proceso, independientemente de si existe o no un mecanismo más apropiado, y que podría no solamente llegar a disminuir el gasto público, sino también minimizar los costes procesales correspondientes.<sup>215</sup>

## VI. Los mecanismos no jurisdiccionales como formas de “privatización”

**84.** La noción de privatización, *lato sensu*, tiene que ver con la transferencia de una determinada función o actividad pública al sector privado.<sup>216</sup> Para explicar este fenómeno, la célebre distinción entre lo público y lo privado, por muy cuestionable que pudiera parecer, termina siendo de suma utilidad.<sup>217</sup> Entender cuál es el significado de la privatización como fenómeno jurídico es importante porque algunos sugieren que la idea de promover la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, hasta cierto punto, no es más que una forma de «privatización de la justicia civil».<sup>218</sup>

<sup>207</sup> B. MCADOO/N. WELSH, “Court-Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficient Resolution, and the Experience of Justice”, *ADR Handbook for Judges/American Bar Association*, 2004, pp.1-48.

<sup>208</sup> P. HARTER, “Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship”, *Villanova Law Review* 29, 1984, p.1419.

<sup>209</sup> W. BRAZIL, “Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 14, 1999, pp.715-811.

<sup>210</sup> M. TENEROWICZ, “‘Case Dismissed’ — Or is it? Sanctions for Failure to Participate in Court-Mandated ADR”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 13, 1998, pp.975-1003.

<sup>211</sup> S. ROBERTS, “The Mayor’s and City of London Court Mediation Scheme: A Review of the Scheme’s First Five Years”, (London, 2012), pp.1-22.

<sup>212</sup> RAND, “Just, Speedy, and Inexpensive?: An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act”, Washington, 1996, pp.1-44.

<sup>213</sup> W. BURGER, “Court Administrators: Where Would We Find Them?”, *Judicature* 53, 1969, pp.108-110.

<sup>214</sup> Society of Professionals in Dispute Resolution, “Dispute Resolution as it Relates to the Courts: Mandated Participation and Settlement Coercion”, *Arbitration Journal*, 1991, pp.38-47.

<sup>215</sup> F. SANDER, “Paying for ADR”, *ABA Journal*, 1992, p.105.

<sup>216</sup> P. VERKUIL, “Public Law Limitations on Privatization of Government Functions”, *North Carolina Law Review* 84, 2006, pp.397-469.

<sup>217</sup> P. STARR, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law/Policy Review* 6, 1988, pp.6-41.

<sup>218</sup> J. WEINSTEIN, “Some Benefits and Risks of Privatization of Justice through ADR”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, 1996, pp.241-295; J. SABATINO, “ADR as ‘Litigation Lite’: Procedural and Evidentiary Norms Embedded Within Alternative Dispute Resolution”, *Emory Law Journal* 47, 1998, p.1294;

**85.** El esquema de la privatización ha servido de guía para la construcción de un nuevo sistema de administración de justicia, es decir, un sistema en el cual la idea de solucionar conflictos intersubjetivos mediante el proceso no es más que una opción dentro un complejo conjunto en el cual se realizan actividades distintas, un sistema que, sin lugar a dudas, está en pleno desarrollo<sup>219</sup> y que se identifica plenamente con el objetivo central de toda privatización, es decir, con la idea de incrementar la disponibilidad de los recursos públicos,<sup>220</sup> cuestión que, en este caso, se pretende lograr a través de la promoción de otros mecanismos distintos al proceso.<sup>221</sup>

**86.** El fenómeno de la privatización de funciones públicas, en general, ha sido descrito como algo muy parecido a una estrategia de «cooperación regulada», porque dentro de la dinámica de las privatizaciones es precisamente el Estado quien determina quiénes son elegibles para desempeñar una determinada actividad y cómo se llevará a cabo el desarrollo de dicha actividad. Dicho fenómeno responde a toda una serie de vicisitudes de carácter político-económico que justifican una delegación total o parcial de una función estatal.<sup>222</sup> En algunos casos, la privatización termina siendo una solución frente a las deficiencias de un determinado servicio.<sup>223</sup>

**87.** La monopolización del sistema de administración de justicia y, en particular, la del servicio destinado a garantizar el “acceso” a este último, terminaría por establecer una especie de mercado único<sup>224</sup> y, por lo tanto, no competitivo, que cuenta con un alto número de usuarios. Los usuarios de este servicio intentan ver satisfechas sus pretensiones mediante la obtención y la posterior utilización (o la ejecución) de un producto (una decisión judicial) que contiene un pronunciamiento con respecto a la procedencia o la improcedencia de la pretensión instaurada. Desde este punto de vista, la eficacia o la ineficacia de dicho servicio, puede ser determinada tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo del producto.

**88.** Si bien es cierto que los argumentos que anteceden podrían ser calificados como extravagantes, también es verdad que el servicio de administración de justicia puede perfectamente ser estudiado como si se tratase de cualquier otro servicio. La idea central de la privatización del servicio de administración de justicia, en particular, se ha vinculado con la creación de un nuevo mercado destinado a complementar, y hasta cierto punto, a modernizar el sistema tradicional de administración de justicia mediante la oferta de muchos otros servicios,<sup>225</sup> cuestión que, posiblemente, haya servido para legitimar el establecimiento de instituciones privadas destinadas a promover y a facilitar la utilización de mecanismos no jurisdiccionales.<sup>226</sup>

**89.** En realidad, no está claro si la idea de promover, e incluso, de patrocinar el uso de mecanismos distintos al proceso puede ser vista como un verdadero acto de «privatización» desde el punto de vista del Derecho Administrativo,<sup>227</sup> porque la intención no era efectivamente privatizar el poder judicial<sup>228</sup> y mucho menos transferir al sector privado el ejercicio de la función jurisdiccional, pero lo

<sup>219</sup> L. BINGHAM, “Self-Determination in Dispute System Design and Employment Arbitration”, *University of Miami Law Review* 56, 2002, p.873.

<sup>220</sup> M. SHIRLEY, “The What, Why, and How of Privatization: A World Bank Perspective”, *Fordham Law Review* 60, 1992, p.27.

<sup>221</sup> P. CARRINGTON/P. HAAGEN, “Contract and Jurisdiction”, *The Supreme Court Review* 8, 1996, p.332.

<sup>222</sup> G. METZGER, “Privatization as Delegation”, *Columbia Law Review* 103, 2003, pp.1367-1502.

<sup>223</sup> L. ROBEL, “Private Justice and the Federal Branch”, *Indiana Law Journal* 68, 1993, p.892.

<sup>224</sup> C. PEÑA GONZÁLEZ, “¿Estimular Los Mecanismos Alternativos?”, *Resolución Alternativa de Conflictos/Santiago de Chile*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, sf.

<sup>225</sup> L. SOLUM, “Alternative Court Structures in the Future of the California Judiciary: 2020 Vision”, *Southern California Law Review* 66, 1993, p.2139.

<sup>226</sup> R. MORGAN, “The Chartered Institute of Arbitrators at Seventy Five: An Era of Progress”, *Arbitration* 57, 1991, pp.23-35; K. KARELIS, “Private Justice: How Civil Litigation is Becoming A Private Institution — The Rise of Private Dispute Centres”, *Southwestern University Law Review* 23, 1994, p.626 et seq.

<sup>227</sup> D. PROVINE/C. SERON, “Privatization of Judicial Services”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1991, pp.319-336.

<sup>228</sup> E. ROLPH/E. MOLLER/L. PETERSEN, “Escaping the Courthouse: Private Alternative Dispute Resolution in Los Angeles”, *Journal of Dispute Resolution* 2, 1996, p.277.

cierto es que, cuando se hace alusión al tema de los mecanismos no jurisdiccionales, el fenómeno de la privatización ha servido como punto de partida para que se haga una distinción entre las nociones de «justicia pública» y «justicia privada».

**90.** En este sentido, pareciera que la noción de «justicia pública» se ha definido en función del concepto de acceso a los órganos jurisdiccionales, mientras que la noción de «justicia privada» se ha vinculado con la idea de acceso a los mecanismos no jurisdiccionales. Estos conceptos han contribuido, por una parte, para generar una especie de fricción entre quienes se hallan a favor y en contra de la utilización de mecanismos distintos al proceso<sup>229</sup> y, por otra parte, para que se haga una distinción, o quizá, una categórica disquisición entre una justicia superior «justicia de primera clase» y una justicia inferior «justicia de segunda clase»,<sup>230</sup> una paradójica distinción que, implícitamente, termina dando por sentado que el proceso es la forma más eficiente de administrar justicia.<sup>231</sup>

**91.** Otros señalan que la línea divisoria entre las nociones de «justicia pública» y «justicia privada» es sumamente estrecha, fundamentalmente, porque las tareas de prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos están dirigidas a mantener el orden, y el mantenimiento del orden, desde cualquier punto de vista, será siempre una función pública.<sup>232</sup> De manera que los potenciales horrores que resultan de la denominada «privatización de la justicia»<sup>233</sup> no son más que una fábula que surge a partir del desconocimiento, o tal vez de una ignorancia supina, con respecto a cuáles son y, sobre todo, a cómo se puede hacer uso efectivo de otros mecanismos distintos al proceso y que, de una u otra forma, desempeñan una misma función: mantener el orden.<sup>234</sup> Por esta razón, algunos sugieren que es necesario levantar el velo de la ignorancia<sup>235</sup> para garantizar que se haga uso del proceso y de los mecanismos no jurisdiccionales de una forma más eficiente.

**92.** Nótese que, a finales del siglo XVIII, Immanuel KANT señalaba que la más compleja de las tareas de la humanidad era la de administrar justicia.<sup>236</sup> La sociedad del siglo XVIII era, sin lugar a dudas, menos compleja, e incuestionablemente, menos numerosa que la del siglo XXI. No hay duda de que, hoy en día, para poder efectivamente prevenir, manejar, resolver o solucionar los distintos conflictos que pudieran llegar a surgir dentro de cualquier grupo social se requiere de un trabajo sinérgico entre el sector público,<sup>237</sup> a través de sus órganos jurisdiccionales (e incluso administrativos) y el sector privado, mediante el empleo más eficiente de mecanismos no jurisdiccionales.

**93.** Es posible afirmar que una mayor utilización de los mecanismos no jurisdiccionales podría llegar a ejercer una marcada influencia dentro de cualquier sistema de administración de justicia.<sup>238</sup> Los efectos consecuenciales del empleo de tales mecanismos podrían llegar a ser tanto positivos como negativos, pues todo va a depender de la forma en la cual se haga uso de ellos. Todo parece indicar que el uso «apropiado» de mecanismos distintos al proceso es no solamente recomendable, sino también esencial dentro de cualquier programa de modernización del sistema de administración justicia.<sup>239</sup> La optimización de dicho sistema demanda la preparación de un plan que permita maximizar la efectividad de los

<sup>229</sup> E. BRUNET, "Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution", *Tulane Law Review* 62, 1988, pp.55-56.

<sup>230</sup> M. FREY, "Does ADR Offer Second Class Justice", *Tulsa Law Journal* 36, 2001, pp.727-766.

<sup>231</sup> M. ROSENBERG, "Second Class Justice", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1981, p.299.

<sup>232</sup> R. REUBEN, "Public Justice: Toward State Action Theory of Alternative Dispute Resolution", *California Law Review* 85, 1997, pp.577-641.

<sup>233</sup> P. MURRAY, "The Privatization of Civil Justice", *Judicature* 91, 2008, pp.272-316.

<sup>234</sup> R. COVER, "Dispute Resolution: A Foreword", *Yale Law Journal* 88, 1979, p.913.

<sup>235</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*/Cambridge, Harvard University Press, 1999, p.118 et seq.

<sup>236</sup> K. HART, "Kant, 'Anthropology' and the New Human Universal", *Social Anthropology* 18, 2010, pp.441-447.

<sup>237</sup> M. SHAW, "Dispute Resolution Programs: Should They Be Integrated or Autonomous", *Negotiation Journal*, 1989, pp.119-124; NADRAC, *Legislating for Alternative Dispute Resolution: A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters*/Australia, 2012, pp.1-133.

<sup>238</sup> R. BARUCH BUSH, "Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades", *The Review of Litigation* 15, 1996, pp.455-474.

<sup>239</sup> Lord Chancellor's Department, *Modernising Justice*/London, 1998, p.9 et seq.

recursos públicos y privados. Para que ello suceda, será necesario comenzar a trabajar de una manera estratégica de modo que se pueda llevar a cabo ese ideal de optimización.<sup>240</sup>

## VII. El estado actual

94. En los países del *common law*, la idea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales, en general, ha ganado una marcada aceptación.<sup>241</sup> Si bien es cierto que estos mecanismos pueden ser empleados para prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos, también es cierto que los órganos jurisdiccionales, al momento de promoverles, se han inclinado a favorecer la «resolución», en lugar de la «solución» de conflictos.<sup>242</sup> Los proponentes de esta iniciativa se han sustentado a partir de que, en estos países, más de un 90% de los casos que son llevados por ante los órganos jurisdiccionales no llegan a ser sometidos a juicio.<sup>243</sup>

95. En efecto, en muchísimos casos, la movilización del sistema de administración de justicia no es más que una estrategia de «litigio-negociación» (*litigotiation*)<sup>244</sup> que coadyuva a la «resolución» del conflicto a través de la celebración de una «transacción» (*settlement*),<sup>245</sup> es decir, de un contrato<sup>246</sup> que, entre otras cosas, sirve de instrumento para facilitar la terminación del conflicto. De manera que, en estos países, las transacciones no son un fenómeno marginal, sino antes bien un efecto consecencial de la utilización del proceso<sup>247</sup> y, probablemente, el mecanismo primario de «resolución» de conflictos.<sup>248</sup> Por esta razón, hay quienes aseveran que, en realidad, la gran mayoría de los casos que son llevados por ante un órgano jurisdiccional son perfectamente «transigibles» y que los abogados deberían estar en capacidad de determinar cuáles son los casos en los cuales es verdaderamente «necesario» obtener una decisión judicial.<sup>249</sup>

96. Por esta razón, es entonces por lo que los órganos jurisdiccionales se han dedicado también a estimular y a facilitar la celebración de transacciones a través de la identificación y, en algunos casos, del ofrecimiento del mecanismo que sea más apropiado para «resolver», en lugar de «solucionar», el conflicto existente.<sup>250</sup> Esto quiere decir que los órganos jurisdiccionales se han convertido en instituciones que dictan decisiones y que, al mismo tiempo, promueven la celebración de transacciones,<sup>251</sup> incluso en aquellos casos en los cuales el órgano que ha sido llamado a conocer de la pretensión no goza de competencia para pronunciarse con respecto al fondo del asunto controvertido.<sup>252</sup>

<sup>240</sup> E. RE, “The Lawyer as Counsellor and The Prevention of Litigation”, *Catholic University Law Review* 31, 1982, p.687.

<sup>241</sup> T. MARKS/JC. BETANCOURT, “Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability”, *Arbitration* 78, 2012, p.19

<sup>242</sup> M. GALANTER, “The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases”, *Judicature* 69, 1986, pp.257-262; L. WEBBER, “Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: In Service of Whom”, *SMU Law Review* 46, 1993, p.2113.

<sup>243</sup> M. GALANTER/M. CAHILL, “‘Most Cases Settle’: Judicial Promotion of Settlement and Regulation of Settlement”, *Stanford Law Review* 46, 1994, pp.1339-1391.

<sup>244</sup> M. GALANTER, “Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process”, *Negotiation and Legal Process* 34, 1984, pp.268-276.

<sup>245</sup> M. FERGUSON, “Day in Court in Justinian’s Rome: Some Problems of Evidence, Proof, and Justice in Roman Law”, *Iowa Law Review* 46, 1961, p.743.

<sup>246</sup> J. FISCHER, “Enforcement of Settlements: A Survey”, *Tort & Insurance Law Journal* 27, 1991, p.82; F. GOLDBERG, “Enforcement of Settlements: A Jurisdictional Perspective”, *The Florida Bar Journal*, 2011, pp.32-32.

<sup>247</sup> M. GALANTER, “... ‘A Settlement Judge, Not a Trial Judge.’ Judicial Mediation in The United States”, *Journal of Law and Society* 12, 1985, pp.1-18; C. GLASSER/S. ROBERTS, “Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives”, *The Modern Law Review* 56, 1993, p.278.

<sup>248</sup> E. RYAN, “ADR, the Judiciary, and Justice: Coming to Terms with the Alternatives”, *Harvard Law Review* 113, 2000, p.1852; J. MACFARLANE, “Why Do People Settle”, *McGill Law Journal* 46, 2001, pp.663-711.

<sup>249</sup> S. WACHTLER, Even if You Think Your Client Will Win, You May Have the Responsibility to Urge Settlement Anyway, *Hofstra Law Review* 6, 1978, pp.745-747.

<sup>250</sup> W. BRAZIL, “Why Should Courts Offer Nonbinding ADR Services”, *Alternatives* 16, 1998, p.75.

<sup>251</sup> S. ROBERTS, “Settlement as Civil Justice”, *The Modern Law Review* 63, 2000, p.739.

<sup>252</sup> *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Epstein*, 516 US 367 - Supreme Court 1996.

**97.** A consecuencia de ello, tanto los sujetos del conflicto, como sus representantes, son frecuentemente intimidados a hacer el intento de transigir el conflicto mediante la utilización de mecanismos no jurisdiccionales.<sup>253</sup> De allí que las nuevas reglas de procedimiento, particularmente, en materia civil, han sido modificadas y, hasta cierto punto, estructuradas para que exista una mayor vinculación entre la «celebración de transacciones» y el «dictamen de decisiones judiciales».<sup>254</sup>

**98.** La idea de promover la «resolución» en lugar de la «solución» de conflictos mediante el empleo de mecanismos no jurisdiccionales no es más que una forma de recalcar el potencial de los «instrumentos decisorios horizontales», cuestión que normalmente se contrapone frente a los «instrumentos decisorios verticales».<sup>255</sup> Los instrumentos decisorios horizontales permiten que sean los propios sujetos del conflicto quienes decidan cómo resolver el conflicto. Los instrumentos decisorios verticales, por el contrario, permiten que sea un tercero con facultades decisorias quien le dé una solución al conflicto. En general, es posible afirmar que tanto los instrumentos decisorios horizontales como los instrumentos decisorios verticales pueden ser catalogados como formas destinadas a mantener el orden. Ambos instrumentos son, en paridad de circunstancias, permitidos por el derecho. Todos ellos desempeñan una importante función y, en abstracto, sería completamente absurdo catalogarles como la más o menos ventajosa de las alternativas.

**99.** No sin razón se ha dicho que el proceso, como forma de solución de conflictos, y como instrumento decisorio de carácter vertical, es predominantemente autocrático, en tanto que el rol de las partes no es más que persuadir a quien ha sido facultado para decidir cómo deber ser solucionado el conflicto, mientras que la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, particularmente, la de aquellos tendientes a facilitar la resolución de conflictos, pareciera ser una vía mucho más democrática, en tanto que dichos mecanismos son, genuinamente, mucho más participativos que el proceso, pues ellos permiten que sean los propios sujetos del conflicto quienes decidan cómo ponerle fin al conflicto que existe entre ellos.<sup>256</sup>

### VIII. ¿Cuáles son las críticas de mayor notoriedad?

**100.** La idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales (a gran escala) terminaría también por generar una cierta incomodidad dentro de un relativamente reducido sector de la doctrina del *common law*. Los detractores de este movimiento, denominados por algunos como «partidarios del romanticismo procesal»,<sup>257</sup> se han pronunciado, por un lado, en contra de la inducción exacerbada de transacciones que surgen como resultado del empleo de tales mecanismos y, por el otro, en contra del uso indiscriminado de tales mecanismos sin parar mientes en cuáles podrían llegar a ser sus consecuencias.

**101.** Owen FISS, profesor de la Universidad de Yale, una vez dijo que las transacciones no pueden ser vistas como sustitutas de las decisiones judiciales, que el proceso cumple una función social, y que cuando las partes transigen la sociedad pierde la oportunidad de que se lleve a cabo una importante interpretación autoritativa de la ley.<sup>258</sup> Stephen YEAZELL considera que la promoción de transacciones no es más que una especie de desesperación judicial que, de ganar aceptación, podría terminar desplazando

<sup>253</sup> J. RESNIK, “Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement”, *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, p.159.

<sup>254</sup> M. MOFFITT, “Three Things to be Against (‘Settlement Not Included’), *Fordham Law Review* 78, 2010, p.1206.

<sup>255</sup> K. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order*/Durham: Duke University Press, 1981, p.172.

<sup>256</sup> J.M. KEATING, JR./M. SHAW, “‘Compared to What?’: Defining Terms in Court-Related ADR Programs”, *Negotiation Journal*, 1990, pp.217-218.

<sup>257</sup> C. MENKEL-MEADOW, “Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)”, *Georgetown Law Journal* 83, 1995, p.2669.

<sup>258</sup> O. FISS, “Against Settlement”, *The Yale Law Journal* 93, 1984, 1073-1090; P. BUTLER, “The Case for Trials: Considering the Intangibles”, *Journal of Empirical Legal Studies* 1, 2004, p.627-636.

a las cortes de apelación.<sup>259</sup> Kim DAYTON advierte que las potenciales ventajas asociadas con el empleo de dichos mecanismos no son más que un mito, cuestión que ha sido planteada tomando como fundamento los resultados de un controversial trabajo estadístico que se llevó a cabo en Estados Unidos entre los años 1978 y 1988.<sup>260</sup> Richard DELGADO, Chris DUNN, Pamela BROWN, Helena LEE y David HUBBERT sostienen que estos mecanismos incrementan las posibilidades de que se prejuzgue en detrimento de las clases menos favorecidas y, por lo tanto, que tales mecanismos deberían sólo ser utilizados entre quienes comparten un mismo estatus.<sup>261</sup> Laura NADER opina que el movimiento ADR no es más que un fenómeno de pacificación compelida que podría llegar a ser interpretado como una especie de licencia para la vulneración de la ley.<sup>262</sup> Y Bryan GARTH explica que los mecanismos no jurisdiccionales le han dado nacimiento a un sistema cerrado, favorecedor de una pequeña élite de raza blanca, predominantemente masculina y de edad madura, que proporciona una forma de justicia hecha a la medida y a la que solo tiene acceso la parte pudiente del sector comercial.<sup>263</sup>

**102.** Dentro de ese reducido y, sin lugar a dudas, decreciente<sup>264</sup> grupo de adversarios, el trabajo del Profesor FISS es, probablemente, el que ha provocado el mayor número de discusiones.<sup>265</sup> No obstante, la idea de resolver conflictos intersubjetivos mediante la utilización de mecanismos no jurisdiccionales continúa estando presente. La transacción, en particular, sigue siendo la más común de las formas de resolución de conflictos.<sup>266</sup> Sería un error afirmar, sin reparo alguno, que todas las transacciones son, por sí mismas, perjudiciales.<sup>267</sup> Además, no existe un trabajo investigativo en el cual se haya demostrado cuáles son, o cuáles podrían llegar a ser, los efectos colaterales de un incremento en el número de transacciones dentro del sistema de administración de justicia. De manera que, en los países del *common law*, la tarea de facilitar que los sujetos del conflicto transijan, en lugar de que litiguen, se ha convertido, hasta cierto punto, en el leitmotiv de los jueces.<sup>268</sup>

**103.** Corolario de lo anterior, es posible afirmar que la transacción, como categoría contractual no jurisdiccional de carácter resolutorio, ha terminado por adquirir una cierta efervescencia. Sin embargo, esto no quiere decir que el eslogan de «una mala transacción es casi siempre mejor que un buen juicio» (*a bad settlement is almost always better than a good trial*)<sup>269</sup> sea invariablemente acertado. Esto tampoco quiere decir que las transacciones sean mejores que las decisiones judiciales, o a la inversa,<sup>270</sup> sino que ambas son herramientas esenciales e interdependientes dentro de cualquier sistema de administración de justicia y que lo ideal sería hacer uso de ellas de una forma sistemática.<sup>271</sup>

<sup>259</sup> S. YEAZELL, "The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process", *Wisconsin Law Review*, 1994, pp.656-660.

<sup>260</sup> K. DAYTON, "The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts", *Iowa Law Review* 76, 1991, pp.889-957.

<sup>261</sup> R. DELGADO et al., "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution", *Wisconsin Law Review*, 1985, pp.1359-1404.

<sup>262</sup> L. NADER, "The ADR Explosion — The Implications of Rethoric in Legal Reform", *Windsor Yearbook of Access to Justice* 8, 1988, p.280; L. NADER, "Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology", *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* 9, 1994, p.1.

<sup>263</sup> B. GARTH, "Tilting the Justice System: From ADR as Idealistic Movement to a Segmented Market in Dispute Resolution", *Georgia State University Law Review* 18, 2002, pp.927-953.

<sup>264</sup> E. YAMAMOTO, "ADR: Where Have the Critics Gone?", *Santa Clara Law Review* 36, 1996, pp.1055-1067.

<sup>265</sup> A. COHEN, "Revisiting *Against Settlement*: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values", *Fordham Law Review* 78, 2009, p.102.

<sup>266</sup> Th. EISENBERG/Ch. LANVERS, "What is Settlement Rate and Why Should We Care?", *Journal of Empirical Studies* 6, 2009, p.112; N. ANDREWS, "Introduction", *The Three Paths of Justice*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 10, 2012, p.3.

<sup>267</sup> H. KRITZER, "Adjudication to Settlement: Shading in the Gray", *Judicature* 70, 1987, p.165.

<sup>268</sup> P. WALD, "ADR and the Courts: An Update", *Duke Law Journal* 46, 1997, p.1448.

<sup>269</sup> *Warner Communications Securities Litigation*, 618 F. Supp. 735 - Dist. Court, SD New York 1985.

<sup>270</sup> M. GALANTER, "The Quality of Settlements", *Journal of Dispute Resolution*, 1998, p.82.

<sup>271</sup> K. McMUNIGAL, "The Costs of Settlement: The Impact of Scarcity of Adjudication on Litigating Lawyers", *UCLA Law Review* 37, 1990, p.880; D. LUBAN, "Settlement and the Erosion of the Public Realm", *The Georgetown Law Journal* 83, 1995, p.2642; G. FOURNIER/Th. ZUEHLKE, "The Timing of Out-of-court Settlements", *The RAND Journal of Economics* 27, 1996, pp.310-321.

**104.** Tanto las transacciones como las decisiones judiciales cuentan con un cierto número de ventajas y desventajas.<sup>272</sup> De manera que tendría sentido reflexionar con respecto a las circunstancias en las cuales la utilización del proceso sería más apropiada que la celebración de una transacción y viceversa.<sup>273</sup> La transacción no debe ser empleada para legitimar una situación que sea contraria al ordenamiento jurídico,<sup>274</sup> sino simplemente para dar por terminado el conflicto existente de una forma más expedita en aquellos casos en los cuales no es estrictamente necesario obtener un pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional.

**105.** A pesar de la existencia de todo un conjunto de mecanismos no jurisdiccionales que podrían perfectamente servir para estimular una transacción, lo cierto es que, en los países del *common law*, la «mediación», en particular, se ha convertido, hasta cierto punto, en la forma oficial, en el método preferido,<sup>275</sup> y en algunos casos, en «la única»<sup>276</sup> de las opciones ofrecidas por parte de algunos órganos jurisdiccionales.<sup>277</sup> Tan así es que, de una u otra manera, la noción de ADR ha sufrido una especie de metamorfosis<sup>278</sup> que le ha prácticamente reducido, equiparado o, en algunos casos, hasta confundido con la mediación.<sup>279</sup>

**106.** En la mayoría de los casos la transacción no es más que un efecto consecuencial de una negociación efectiva,<sup>280</sup> y la mediación, en cualquiera de sus categorías,<sup>281</sup> no es más que una forma de negociación facilitada,<sup>282</sup> asistida o, si se quiere, manejada,<sup>283</sup> por parte de un tercero imparcial que recibe el nombre de mediador.<sup>284</sup>

**107.** Desde este punto de vista, es posible afirmar que el rol de un mediador es, por lo general, conducir una negociación de acuerdo con ciertos estándares que sirvan para concretar la «autodeterminación»<sup>285</sup> de dos o más sujetos con el propósito de facilitar la «resolución» de un conflicto

<sup>272</sup> H. ERICHSON, "Against Settlement: Twenty-Five Years Later. Foreword: Reflections on the Adjudication-Settlement Divide", *Fordham Law Review* 78, 2010, p.1127.

<sup>273</sup> C. MENKEL-MEADOW, "For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference", *UCLA Law Review* 498, 1986, p.498.

<sup>274</sup> J. COLEMAN/Ch. SILVER, "Justice in Settlement", *Social Philosophy & Policy* 4, 1986, p.111; C. MENKEL-MEADOW, "Public Access to Private Settlements: Conflicting Legal Policies" *Alternatives* 11, 1993, pp.85-87.

<sup>275</sup> A. MEYER, "To Adjudicate or Mediate: That is the Question", *Valparaiso University Law Review* 27, 1993, p.358; K. KOVACH, "Privatization of Dispute Resolution: In The Spirit of Pound, but Mission Incomplete: Lessons Learned and a Possible Blueprint for the Future", *South Texas Law Review* 48, 2007, pp.1007-1008; J. NOLAN-HALEY, "Mediation: The 'New Arbitration'", *Harvard Negotiation Law Review* 17, 2012, p.17 et seq.

<sup>276</sup> Y. BOYARIN, "Court-Connected ADR—A Time of Crisis, A Time of Change", *Family Court Review* 50, 2012, p.379.

<sup>277</sup> J. NOLAN-HALEY, "Court Mediation and the Search for Justice Through Law", *Washington University Law Quarterly* 74, 1996, p.52.

<sup>278</sup> A. GERENCSEK, "Alternative Dispute Resolution has Morphed into Mediation: Standards of Conduct Must Be Changed", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.843-865.

<sup>279</sup> A. GERENCSEK, "Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would help", *Alternatives* 18, 2000, pp.81-84; T. ALBRIGHT, "Alternative Dispute Resolution: Cost Savings Just Part of Growth of Mediation", *BizVoice*, 2005, p.48.

<sup>280</sup> A. SCHNEIDER, "Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style", *Harvard Negotiation Law Review* 7, 2002, pp.143-233; D. LUBAN, "Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice", *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985, pp.402-405.

<sup>281</sup> L. RISKIN, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review* 1, 1996, pp.7-45; J. ALFINI, "Evaluative versus Facilitative Mediation: A Discussion", *Florida State University Law Review* 24, 1997, pp.919-935; E. GREENEBAUM, "On Teaching Mediation", *Journal of Dispute Resolution* 2, 1999, p.115-151; R. BARUCH/J. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach*/San Francisco, Jossey-Bass, 2004, pp.1-304; D. HESSER/E.J. CRAIG, "Team Mediation: An Interdisciplinary Model Balancing Mediation in the "Matrix", *Pepperdine Dispute Resolution Journal* 7, 2007, pp.1-28.

<sup>282</sup> L. RISKIN, "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid, and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review* 79, 2003, p.18.

<sup>283</sup> T. MCCOY, "The Whys and Ways of Mediation", *Business Law Today* 2, 1993, p.25.

<sup>284</sup> D. PLIMPTON, "Mediation of Disputes: The Role of The Lawyer and How Best to Serve The Client's Interest", *Maine Bar Journal*, 1993, p.38.

<sup>285</sup> N. WELSH, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization", *Harvard Negotiation Law Review* 6, 2001, pp.1-96.

mediante la celebración de una transacción o de cualquier otra figura contractual de naturaleza similar.<sup>286</sup> En este sentido, la mediación, al igual que la negociación,<sup>287</sup> puede ser vista, simplemente, como una forma de mantener el orden,<sup>288</sup> cuestión que se verifica mediante la toma de una decisión que ha sido producto de un «acuerdo óptimo», es decir, de un acuerdo en el cual cada una de las partes sacrifica una cosa por otra y en el que, a pesar de la reciprocidad de sacrificios, se terminan por satisfacer los intereses de ambas partes.<sup>289</sup>

**108.** Durante las últimas tres décadas, la mediación, como instrumento de facilitación de una transacción, ha venido paulatinamente transformando la práctica de la abogacía.<sup>290</sup> Las transacciones, tradicionalmente, eran producto de las negociaciones que se llevaban a cabo entre los abogados (*lawyer-to-lawyer negotiations*), mientras que con el advenimiento de la mediación, las transacciones comenzaron a tener lugar en presencia y con la participación directa de las partes (*face-to-face participation*).<sup>291</sup>

**109.** En efecto, el éxito de la mediación se halla sujeto a la verificación de ciertos estándares,<sup>292</sup> específicamente, de algunos estándares de participación<sup>293</sup> que demandan la realización de un esfuerzo que podría ser útil para resolver el conflicto existente.<sup>294</sup> Dicha participación puede tener lugar tanto a partir de un programa de participación voluntaria, como a partir de un programa de participación obligatoria,<sup>295</sup> cuestión que, dicho sea de paso, no pareciera ejercer impacto alguno en cuanto al número de transacciones.<sup>296</sup>

**110.** Lisa LERMAN, Trina GRILLO y Penelope BRYAN han escrito por separado con respecto a los potenciales peligros relacionados con el uso de la mediación como forma de resolución de conflictos y, en particular, con respecto a los programas de participación obligatoria, concretamente, en materia de familia, en donde: (1) se ha reportado un cierto número de inconvenientes que han servido para calificarle como el mecanismo menos deseable, particularmente, en casos de violencia en contra de personas del sexo femenino,<sup>297</sup> (2) se cree que las personas podrían llegar a ser indirectamente compelidas a manifestar su aquiescencia,<sup>298</sup> y (3) se ha percibido que existe un problema de desigualdad de poderes entre hombres y mujeres.<sup>299</sup>

**111.** Aun así, todo parece indicar que los programas de participación obligatoria<sup>300</sup> han servido para estimular una especie de «eclipse procesal parcial»<sup>301</sup> que ha permitido que la mediación adquiera

<sup>286</sup> L. RANDOLPH LOWRY, "Preparing Your Client... For Mediation", *Dispute Resolution Journal*, 1998, pp.30-37.

<sup>287</sup> M. EISENBERG, "Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rulemaking", *Harvard Law Review* 89, 1976, pp.637-681.

<sup>288</sup> L. FULLER, "Mediation — Its Forms and Functions", *Southern California Law Review* 44, 1971, p.338.

<sup>289</sup> L. FULLER, "Collective Bargaining and the Arbitrator", en *Proceedings of the Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators*/Mark KAHN (ed.)/Pittsburgh, Pennsylvania 1962, pp.29-30.

<sup>290</sup> J. NOLAN-HALEY, "Lawyers, Clients, and Mediation", *Notre Dame Law Review* 73, 1998, p.1372.

<sup>291</sup> C. MCEWEN, "Pursuing Problem-Solving or Predictive Settlement", *Florida State University Law Review* 19, 1992, p.86.

<sup>292</sup> Centre for Dispute Settlement: The Institute of Judicial Administration, "National Standards for Court-Connected Mediation Programs"/Washington, DC: 2009.

<sup>293</sup> K. DEVINE, "Alternative Dispute Resolution: Policies, Participation, and Proposals", *The Review of Litigation* 11, 1992, p.96 et seq.; J. LANDE, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", *UCLA Law Review* 50, 2003, pp.69-141.

<sup>294</sup> D. WINSTON, "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: 'You Can Lead a Horse to Water...'", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, 1996, pp.187-206.

<sup>295</sup> P. NAUGHTON, "Alternative Forms of Dispute Resolution: Their Strengths and Weaknesses", *Arbitration* 56, 1990, p.77.

<sup>296</sup> B. MCADOO/N. WELSH/R. WISSLER, "Institutionalization: What do Empirical Studies Tells Us About Court Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, 2003, p.8.

<sup>297</sup> L. LERMAN, "Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact of Informal Dispute Resolution on Women", *Harvard Women's Law Journal* 7, 1984, pp.57-113.

<sup>298</sup> T. GRILLO, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", *The Yale Law Journal* 100, 1991, pp.1545-1610.

<sup>299</sup> P. BRYAN, "Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power", *Buffalo Law Review* 40, 1992, pp.441-523.

<sup>300</sup> D. HENSLER, "Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, p.82.

<sup>301</sup> J. RESNIK, "For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication", *University of Miami Law Review* 58, 2004, p.199.

una mayor visibilidad, o quizá, un cierto nivel de supremacía no solamente frente al proceso, sino también frente al resto de los mecanismos no jurisdiccionales, cuestión que, de una u otra forma, pareciera trastocar una de las ideas centrales del movimiento destinado a promover estos mecanismos: la idea de que no existe un mecanismo multiuso y que lo ideal sería utilizar el mecanismo más apropiado. En efecto, la mediación, por antonomasia, no es más que un mecanismo de «resolución» de conflictos, o dicho de otra forma, una pequeña parte dentro de la creciente e inexplorada constelación de mecanismos no jurisdiccionales. Es importante recordar que dichos mecanismos están destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos,<sup>302</sup> y que cualquier especie de favoritismo hacia sólo uno de ellos (*one-size-fits-all approach*) podría terminar siendo perjudicial para su evolución.<sup>303</sup>

## IX. Hacia la reconceptualización del ejercicio profesional de la abogacía

**112.** La mayoría de los programas universitarios de las facultades de derecho contienen un importante número de materias destinadas a que los futuros «abogados litigantes» puedan interceder en favor de uno o más sujetos para proteger sus derechos o intereses mediante el uso efectivo del «proceso» y de algunos otros instrumentos.<sup>304</sup> Cuando se disemina la idea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales a gran escala, particularmente, dentro de los países del *common law*, los litigantes se vieron prácticamente constreñidos a explorar cómo funcionaban estos mecanismos, fundamentalmente, porque los órganos jurisdiccionales desarrollaron varios programas que terminaron por, de una u otra forma, compeler el uso de los mismos.

**113.** La utilización compeliada de otros mecanismos distintos al proceso, culminaría generando un amplio escenario de improvisación protagonizado por jueces, funcionarios judiciales y abogados que, por primera vez, fueron llamados a cumplir con una labor para la que no habían sido formados. A partir de allí, los órganos jurisdiccionales se convirtieron en teatros de ensayo que sirvieron, en primer lugar, para perfeccionar las técnicas empleadas por todos y cada uno de los intérpretes y, en segundo lugar, para mejorar el funcionamiento de los programas que fueron inicialmente desarrollados por los órganos jurisdiccionales.<sup>305</sup>

**114.** Con el pasar de los años, las universidades estadounidenses,<sup>306</sup> y posteriormente las de algunos otros países del *common law*, fueron paulatinamente reaccionando<sup>307</sup> ante la creciente promoción, facilitación e implementación de estos mecanismos, cuestión que terminaría por incentivar la creación de nuevos programas de instrucción,<sup>308</sup> e incluso de un significativo número de textos didácticos,<sup>309</sup> en

<sup>302</sup> P. ADLER, “The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement”, *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, S. ENGLE MERRY/N. MILNER (eds.)/Michigan, The University of Michigan Press, 1996, p.68.

<sup>303</sup> J. MACFARLANE, “ADR and the Courts: Renewing our Commitment to Innovation”, *Marquette Law Review* 95, 2012, pp.927-940.

<sup>304</sup> E. GREEN, “A Comprehensive Approach to the Theory and Practice of Dispute Resolution”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, p.246.

<sup>305</sup> G. BROWN, “A Community of Court ADR Programs: How Court-Based ADR Programs Help Each Other Survive and Thrive”, *The Justice System Journal* 26, 2005, p.328.

<sup>306</sup> Véase, por ejemplo, “Directory of ADR Courses and Programs” <<http://adr.uoregon.edu/aba/>> 6 marzo 2018.

<sup>307</sup> R. MOBERLY, “Introduction: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.585-586.

<sup>308</sup> L. RISKIN, “Disseminating the Missouri Plan to Integrate Dispute Resolution into Standard Law School Courses: A Report in Collaboration with Six Law Schools”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.589-607; S. COLE/N. ROGERS/J. STULBERG, “Sustaining Incremental Expansion: Ohio State’s Experience in Developing the Dispute Resolution Curriculum”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.667-677.

<sup>309</sup> Entre ellos se incluyen T. CARBONNEAU, *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds!* Urbana: University of Illinois Press 1989; A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution: A Lawyer’s Guide to Mediation and Other Forms of Dispute Resolution*/London: Sweet & Maxwell, 1992; M. FREEMAN, *Alternative Dispute Resolution*/New York: New York University Press, 1995; S. MEEK, *Alternative Dispute Resolution*/Tucson: Lawyers & Judges, 1996; E. BRUNET/Ch. CRAVER, *Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective*/Charlottesville: Michie, 1997; P. RAO/W. SHEFFIELD (eds.), *Al-*

los que se analiza este fenómeno: (1) como una pequeña parte dentro del programa de derecho procesal o (2) como un programa separado en el cual se describe la noción de ADR, se estudian los mecanismos primarios, excluyendo al proceso, es decir, la negociación, la mediación y el arbitraje, y se habla con respecto al funcionamiento de varios otros mecanismos no jurisdiccionales.<sup>310</sup>

**115.** El desarrollo de los programas destinados a facilitar la formación de profesionales capacitados para hacer un mejor uso de mecanismos distintos al proceso surge a partir de la preparación de varias propuestas que tenían por objeto lograr este objetivo de una forma didáctica, pero sobre todo pedagógica.<sup>311</sup> La preparación de dichos programas serviría, por una parte, para contrarrestar las críticas relacionadas con el mero pragmatismo de la disciplina<sup>312</sup> y, por otra parte, para estimular el estudio exhaustivo de esta materia, no solamente a nivel universitario, sino también a nivel institucional.

**116.** En los últimos años, los procesalistas del *common law* han venido mostrando un marcado interés en este fenómeno.<sup>313</sup> Sin embargo, hay un reducido sector de la academia que pareciera estar dividido entre procesalistas y anti-procesalistas, es decir, entre quienes enseñan únicamente Derecho Procesal (*Civil Procedure*) y quienes enseñan solamente ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en general o; según el caso, negociación, mediación o arbitraje en particular, cuestión que, en el último caso, demanda un cierto grado de coordinación por parte del grupo docente para garantizar una impartición eficaz<sup>314</sup> de estas disciplinas. Pareciera que, para algunos, ambas materias han sido vistas como cuestiones incompatibles, en lugar de ser observadas como cuestiones complementarias o, incluso, necesarias dentro de cualquier programa de formación de un estudiante de derecho.

**117.** El estudio de mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos no solamente a nivel de pregrado, sino también a nivel de postgrado,<sup>315</sup> se ha convertido en una tarea esencial para el logro de una formación integral que va más allá del mero estudio del proceso y del ejercicio de la función jurisdiccional.<sup>316</sup> En los países del *common law* y, también, dentro de la política que ha sido desarrollada por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea,<sup>317</sup> la idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales posiblemente responde a las necesidades de una sociedad mucho más compleja,<sup>318</sup> o probablemente a una forma de reconceptualización del ejercicio del derecho como

---

*ternative Dispute Resolution: What it is and How it Works/Delhi: Universal Law Pub. Co., 1997; S. WARE, Alternative Dispute Resolution/St. Paul: West Group, 2001; T. SOURDIN, Alternative Dispute Resolution/Pymont: Lawbook Co., 2002; A. FIADJOE, Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective/London: Cavendish, 2004; J. GREING, Alternative Dispute Resolution/St. Paul: Thomson-West, 2005; A. BONGAT, The Art and Heart of Alternative Dispute Resolution: Mediation/Quezon City: Central Book Supply, 2006; S. WARE, Principles of Alternative Dispute Resolution/St. Paul: Thomson-West, 2007; Ch. CHATTERJEE, A. LEFCOVITCH, Alternative Dispute Resolution: A Practical Guide/London: Routledge 2008; M. PARTRIDGE, Alternative Dispute Resolution: An Essential Competency for Lawyers/Oxford: OUP, 2009; L. COLTRI, Alternative Dispute Resolution: A Conflict Diagnosis Approach/Boston: Prentice Hall, 2010; S. BLAKE/J. BROWNE/S. SIME, A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution/Oxford: OUP, 2011.*

<sup>310</sup> J. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*/St. Paul, Minnesota, Thomson, 2008, pp.1-490.

<sup>311</sup> C. MENKEL-MEADOW, "To Solve Problems, Not To Make Them: Integrating ADR in the Law School Curriculum", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.2002-2004.

<sup>312</sup> J. SCIMECCA, "Theory and Alternative Dispute Resolution: A Contradiction in Terms?", *Conflict Resolution Theory and Practice: Integration and Application*, D. SANDOLE/H. VAN DER MERWE (eds.)/Manchester, Manchester University Press, 1993, pp.216-217.

<sup>313</sup> J. RESNIK, "Due Process: A Public Dimension", *University of Florida Law Review* 39, 1987, p.408.

<sup>314</sup> L. VAUGHN, "Integrating Alternative Dispute Resolution (ADR) into the Curriculum at the University of Washington School of Law: A Report and Reflections", *Florida Law Review* 50, 1998, p.706.

<sup>315</sup> R. PIPKIN, "Teaching Dispute Resolution in the First Year of Law School: An Evaluation of the Program at the University of Missouri Columbia", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.618-619.

<sup>316</sup> C. MENKEL-MEADOW, "To Solve Problems, Not To Make Them: Integrating ADR in the Law School Curriculum", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.1995-2004.

<sup>317</sup> Véase el artículo 81.2(g) de las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>318</sup> K. MACKIE, "Conclusion: Dispute Resolution Features", en *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, K. MACKIE (ed.)/London, Routledge, 1991, p.280; E. DAUER, "Justice Irrelevant: Speculations on the Causes of ADR", *Southern California Law Review* 74, 2000, p.90.

instrumento destinado a mantener el orden,<sup>319</sup> pero sobre todo a los deletéreos efectos consecuenciales de la «hiperjurisdicción procesal»,<sup>320</sup> es decir, a las consecuencias de haber asumido que el proceso es una especie de pieza maestra<sup>321</sup> que fue diseñada para solucionar todos y cada uno de los conflictos que se originasen mediante la estricta aplicación de normas jurídicas.<sup>322</sup>

**118.** La «solución» de conflictos a través del «proceso» no es más que un servicio destinado a satisfacer ciertas pretensiones,<sup>323</sup> pero el profesional del derecho de este siglo debe estar en capacidad de prestar un mejor servicio.<sup>324</sup> La idea tradicional del «abogado gladiador» y de una potencial arena de litigio en donde el conflicto se dejaba en manos de un congestionado y, comúnmente, moroso sistema de administración de justicia que, eventualmente, culminaría dictando una decisión para solucionar dicho conflicto ha sido sustituida por la de un «abogado intercesor» que ha sido capacitado para desempeñar una función mucho más sofisticada de: (1) prevención, (2) manejo, (3) resolución y (4) solución de conflictos intersubjetivos.<sup>325</sup>

**119.** En los últimos dos supuestos, es decir, tanto al momento de «resolver» como al momento de «solucionar» cualquier clase de conflicto, se espera que dicho abogado esté capacitado para indicar cuál es el mecanismo más apropiado<sup>326</sup> y, al mismo tiempo, para tratar de conseguir el mejor de los resultados posibles (*the best possible outcome*),<sup>327</sup> con o sin la ayuda de un tercero imparcial y, sobre todo, para que se haga uso de los órganos jurisdiccionales o, concretamente, del proceso, sólo «en último extremo», es decir, si no hay otro remedio que sea capaz de facilitar la terminación del conflicto (*litigation as a last resort*).<sup>328</sup> Esto no quiere decir que hay que evitar hacer uso del proceso a toda costa,<sup>329</sup> porque en ciertos casos el proceso podría ser la mejor, o tal vez, la única de las opciones, sino que lo ideal sería realizar un «diagnóstico del conflicto» para posteriormente «prescribir» el mecanismo, o dependiendo de las circunstancias, la secuencia de mecanismos que pudiera llegar a utilizarse para lograr su terminación<sup>330</sup> de la forma más apropiada. De cualquier modo, lo importante es que se llegue a un resultado justo (*a just result*).<sup>331</sup>

**120.** Claro que la tarea de diagnosticar un conflicto y de «recetar» el mecanismo más apropiado sólo puede llegar a ser desempeñada por profesionales que estén en capacidad de dar «información» relacionada con las formas en las cuales se puede prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto.<sup>332</sup> Es verdad que los sujetos del conflicto tienen «derecho a la jurisdicción», pero también es

<sup>319</sup> F. SANDER, R. MNOOKIN, "A Worthy Challenge: The Teaching of Problem Solving in Law Schools", *Dispute Resolution Magazine* 6, 2000, p.23.

<sup>320</sup> O. CHASE, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*/New York, New York University Press, 2005, p.105.

<sup>321</sup> S. GROSS, K. Syverud, "Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial", *Michigan Law Review* 90, 1992, p.320.

<sup>322</sup> A. ALSCHULER, "Mediation with a Mugger: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases", *Harvard Law Review* 99, 1986, p.1817.

<sup>323</sup> E. CARROLL, "Are We Ready for ADR in Europe", *International Financial Law Review* 8, 1989, p.14.

<sup>324</sup> J. LANDE, "Developing Better Lawyers and Lawyering Practices: Introduction to the Symposium on Innovative Models of Lawyering", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.4.

<sup>325</sup> J. WOLFE, "Across the Ripple of Time: The Future of Alternative (Or, Is It 'Appropriate?') Dispute Resolution", *Tulsa Law Journal* 36, 2001, p.798.

<sup>326</sup> D. HOFFMAN, "Colliding Worlds of Dispute Resolution: Towards a Unified Field Theory of ADR", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.37.

<sup>327</sup> J. MACFARLANE, "The Evolution of the New Lawyer: How Lawyers are Reshaping the Practice of Law", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.64.

<sup>328</sup> L. PHIPPS SENFT/C. SAVAGE, "ADR in the Courts: Progress, Problems, and Possibilities", *Penn State Law Review* 108, 2004, p.333.

<sup>329</sup> J. WERNER, "ADR: Will European Brains Be Set On Fire?", *Journal of International Arbitration* 10, 1993, p.46.

<sup>330</sup> R. BORDONE/M. MOFFITT/F. SANDER, "The Next Thirty Years", en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFITT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.510.

<sup>331</sup> D. WECKSTEIN, "The Purposes of Dispute Resolution: Comparative Concepts of Justice", *American Business Law Journal* 26, 1988, pp.605-624.

<sup>332</sup> C. MENKEL-MEADOW, "In Conflicts, 'Doing the Least' May Be the ABA's Best Move", *CPR Institute for Dispute Resolution* 18, 2000, p.141.

cierto que los sujetos del conflicto, en ejercicio de su «derecho a la información», tienen derecho a ser informados con respecto a cuáles son las opciones distintas a la mera solución de un conflicto determinado a través del proceso, razón por la cual hay quienes sugieren que los abogados que no hayan informado a sus clientes con respecto a cuáles son los riesgos de acudir por ante un órgano jurisdiccional y a cuáles son las opciones distintas al proceso deberían ser sancionados disciplinariamente por mala praxis,<sup>333</sup> un argumento que vale la pena examinar y que, dicho sea de paso, parece haber sido construido a partir de un símil entre la práctica de la medicina y el ejercicio de la abogacía.<sup>334</sup>

**121.** En Estados Unidos, por ejemplo, casi todas las cortes federales de distrito exigen: (1) que los abogados suministren a sus clientes con información relativa a cuáles son las opciones distintas al proceso, (2) que los abogados de los sujetos del conflicto lleguen a un acuerdo con respecto a la posibilidad de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales, (3) que dentro del plan de manejo del caso que normalmente se presenta ante la corte se haga inclusión de una propuesta, o de un componente, que les permita utilizar mecanismos no jurisdiccionales en un momento determinado o, en su lugar, que se examine el tema de cuáles son las opciones distintas al proceso dentro de la audiencia de manejo del conflicto.<sup>335</sup> La experiencia estadounidense terminaría por despertar una cierta curiosidad dentro de muchos otros países del *common law*, en donde la idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales de una forma más estructurada se vería posteriormente desarrollada mediante una serie de iniciativas similares.

**122.** En las últimas tres décadas, muchas facultades y escuelas de derecho han tomado la iniciativa de reexaminar sus programas<sup>336</sup> de cara a una nueva tendencia orientada a reflexionar con respecto a cuál es, o cuál debería ser, la función del profesional del derecho,<sup>337</sup> no desde un punto de vista filosófico, ético o deontológico, sino desde una perspectiva antropológica<sup>338</sup> y, en cierta medida, evolucionista.<sup>339</sup> A partir de allí, se ha hecho el intento de incorporar nuevas áreas tendientes a contribuir con la formación de un profesional en materia de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos mediante la utilización de mecanismos diversos (*problem solving approach*),<sup>340</sup> en lugar de simplemente un profesional en materia de «solución» de conflictos a través del proceso.<sup>341</sup>

**123.** La formación de profesionales capacitados para lograr la terminación de un conflicto a través del mecanismo más apropiado se ha convertido en una relativamente nueva labor que permite no solamente profesionalizar a quienes se encargan de prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto intersubjetivo mediante el empleo de otros mecanismos distintos al proceso, sino también evitar la proliferación de quienes se autoproclaman como expertos en materia de ADR (*self-proclaimed*

<sup>333</sup> R. COCHRAN, Jr. "Legal Representation and The Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for the Failure to Allow the Client to Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation", *Washington and Lee Law Review* 47, 1990, pp.819-877; R. COCHRAN, Jr. "ADR, the ABA, and Client Control: A Proposal that the Model Rules Require Lawyers to Present ADR Options to Clients", *South Texas Law Review* 41, 1999, pp.183-201.

<sup>334</sup> F. SANDER, "Professional Responsibility: Should there be a Duty to Advise of ADR Options?", *ABA Journal* 76, 1990, p.50.

<sup>335</sup> S. SCHMITZ, "Giving Meaning to the Second Generation of ADR Education: Attorneys' Duty to Learn about ADR and What They Must Learn", *Journal of Dispute Resolution* 30, 1999, p.31.

<sup>336</sup> F. SANDER/J. HENRY, "A Pioneer Looks Back: An 'Exit', Interview with CPR's Jim Henry", *Dispute Resolution Magazine* 7, 2001, p.25.

<sup>337</sup> C. HALPERN, "A New Direction in Legal Education: the CUNY Law School at Queens College", *Nova Law Journal* 10, 1986, p.556.

<sup>338</sup> S. MERRY, "Anthropology and the Study of Alternative Dispute Resolution", *Journal of Legal Education* 34, 1984, p.277.

<sup>339</sup> A. SACKS, "Legal Education and the Changing Role of Lawyers in Dispute Resolution", *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.237-244.

<sup>340</sup> S. SCHMITZ, "What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills For Lawyers Representing Clients in Mediation", *Harvard Negotiation Law Review* 6, 2001, pp.189-210; R. FISHER, "Millennium Problem Solving: Improving the Legal Profession", *Alternatives* 17, 1999, p.105 et seq.; L. RISKIN, "A Response to Professor Pipkin", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.757-760.

<sup>341</sup> J. MACFARLANE, "The Challenge of ADR and Alternative Paradigms of Dispute Resolution: How Should the Law Schools Respond?", *The Law Teacher* 31, 1997, pp.13-29.

*ADR experts*).<sup>342</sup> El incremento del número de profesionales calificados en esta materia será, sin lugar a dudas, imprescindible para obtener los beneficios potenciales que se podrían llegar a obtener a partir de una mayor y, sobre todo, mejor utilización de los promisorios mecanismos no jurisdiccionales.<sup>343</sup>

## X. El futuro de los mecanismos no jurisdiccionales

**124.** La idea de predecir cuál podría llegar a ser el futuro de los mecanismos no jurisdiccionales y de su reinstitucionalización dentro del sistema de administración de justicia podría ser catalogada como una labor de mera especulación. En menos de la mitad de un siglo, la noción de mecanismos no jurisdiccionales se ha desarrollado y, al mismo tiempo, esparcido a un nivel exponencial. La globalización del fenómeno relacionado con el empleo de mecanismos no jurisdiccionales a gran escala<sup>344</sup> pareciera ser indetenible y los efectos consecuenciales de su expansión son prácticamente impredecibles. Todo parece indicar que el uso de mecanismos de naturaleza «competitiva» ha sido y, de hecho, continúa siendo aminorado por el empleo de mecanismos de naturaleza «colaborativa»,<sup>345</sup> pero es importante resaltar que, en la mayoría de los países, los sistemas destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos no son más que un efecto reflejo del adelanto, o del retraso, de la política estatal.<sup>346</sup>

**125.** En los países de la *common law*, la mayoría de las políticas de modernización del sistema de administración de justicia se han inclinado a promover y a facilitar el empleo de estos mecanismos tanto dentro como fuera del proceso. Los resultados de la experiencia extranjera<sup>347</sup> podrían servir de guía para la elaboración o, incluso, para el mejoramiento de cualquier proyecto o plan destinado a propagar el uso de mecanismos no jurisdiccionales, no solamente en España, sino también en el resto de los países de habla hispana.<sup>348</sup> No obstante, es necesario recordar que al momento de importar instituciones jurídicas es imprescindible tomar en cuenta que las instituciones que funcionan perfectamente en algunos países podrían no funcionar en algunos otros y viceversa.<sup>349</sup> Se cree que cualquier programa destinado a estimular la utilización de mecanismos no jurisdiccionales debería estar acompañado por un plan contentivo de cuatro fases: (1) diseminación, (2) experimentación, (3) evaluación e (4) implementación.

**126.** El desarrollo de una estrategia de «diseminación» permite que se lleve a cabo el esparcimiento sistemático de los conceptos, instituciones, conocimientos, teorías, doctrinas y, en general, de algunos otros aspectos teórico-prácticos esenciales relacionados con la tarea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales de la forma más apropiada. Posteriormente, tendría sentido iniciar una fase de «experimentación» que garantice la puesta en práctica de uno o varios programas meticulosamente estructurados que sirvan para conocer cómo funcionan estos mecanismos dentro de un determinado sistema de administración de justicia. Lo ideal sería comenzar con un programa piloto<sup>350</sup> que sirva para ponerles a prueba. Seguidamente, sería recomendable diseñar un modelo de «evaluación» que pueda ser utilizado como un instrumento de validación destinado a examinar y a perfeccionar los programas destinados a promover y facilitar el empleo de dichos mecanismos. Ulteriormente, se podría entonces elaborar un proyecto de «implementación» que cuente con los elementos que sean necesarios para alcanzar los objetivos que se desean a través de una mayor y más efectiva utilización de dichos mecanismos.

<sup>342</sup> H. EDWARDS, "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema", *Harvard Law Review* 99, 1986, pp.683.

<sup>343</sup> J. HENRY, "Some Reflections on ADR", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2000, pp.63-70.

<sup>344</sup> J. COBEN, "Intentional Conversations about the Globalization of ADR", *Journal of Law & Policy* 27, 2006, pp.217-227.

<sup>345</sup> P. WANGERIN, "The Political and Economic Roots of the 'Adversary System' of Justice and 'Alternative Dispute Resolution'", *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* 9, 1994, pp.203-242.

<sup>346</sup> A. SARAT/J. GROSSMAN, "Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication", *The American Political Science Review* 69, 1975, p.1200.

<sup>347</sup> M. DE BOISSESON, "Thoughts on the Future of ADR in Europe", *Arbitration International* 15, 1999, p.349.

<sup>348</sup> Federal Judicial Centre & the CPR Institute for Dispute Resolution, *ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers*/ Washington, 1996, pp.1-308.

<sup>349</sup> C. MENKEL-MEADOW, "Exporting and Importing ADR: 'I've looked at Life from Both Sides Now'", *Dispute Resolution Magazine* 12, 2006, p.7.

<sup>350</sup> F. SANDER, "Another View of Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine* 13, 2007, p.16.

**127.** El rol que desempeñan los mecanismos no jurisdiccionales dentro del sistema de administración de justicia es un asunto que ha sido suficientemente debatido<sup>351</sup> y que, posiblemente, continúe siendo discutido no solamente dentro de los países del *common law*, sino también en todos aquellos países del derecho continental en los cuales se ha comenzado a hacer uso de ellos de una forma mucho más planificada. Es importante reiterar que, en principio, no existe un mecanismo que pueda ser catalogado como superior o inferior a otro.<sup>352</sup> La idea de examinar cuáles son los mecanismos destinados a «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» conflictos intersubjetivos, por lo tanto, no tiene por objeto favorecer a un mecanismo en particular y, mucho menos, reemplazar al proceso o incitar su abolición, sino simplemente conocer cómo funcionan estos mecanismos para que, en un momento determinado, se pueda con certeza determinar cuáles son las opciones disponibles, seleccionar la más apropiada de ellas y, por encima de todo, garantizar el uso efectivo de cada una de las herramientas existentes.

---

<sup>351</sup> J. STERNLIGHT, “ADR is Here: Preliminary Reflection on Where it Fits in A System of Justice”, *Nevada Law Journal* 3, 2003, p.289.

<sup>352</sup> M. MOFFIT/R. BORDONE, “Perspectives on Dispute Resolution: An Introduction”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.11.