

# UNA ALTERNATIVA A LAS ALTERNATIVAS: PATRONES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS\*

por Michele Taruffo

## 1. Aspectos de las *Alternative Dispute Resolution*.

Uno de los fenómenos más destacados en la reciente evolución de muchos ordenamientos es el empleo masivo de los llamados métodos alternativos de solución de conflictos (denominados también ADR, de *Alternative Dispute Resolution*). Se habla mucho de ellos, se escribe muchos sobre ellos y también los legisladores dedican un número creciente de normas encaminadas a fomentar de todas las maneras posibles la utilización de estos métodos.

Es sin embargo, un fenómeno que puede llevar a malentendidos y que presenta aspectos discutibles a los que es oportuno dedicar alguna reflexión.

Ante todo, cabe destacar que no se trata de un fenómeno unitario ni homogéneo. Por un lado, dentro de las ADR, es preciso distinguir, al menos, entre *mediación* (o *conciliación*) y *arbitraje*. Estas instituciones no tienen nada en común, aparte de ser alternativas al procedimiento jurisdiccional. Por tanto, es impropio hablar en términos generales de ADR sin tener en cuenta esta distinción. Por otro lado, existen innumerables formas de mediación al igual que existen varios tipos de arbitraje, interno e internacional y, así, también desde este punto de vista toda consideración general de las ADR que prescindiera de tales variables, corre el riesgo de ser genérica y poco significativa.

Además, hay que destacar que formas de ADR tales como la mediación y el arbitraje existen desde siempre. Lo novedoso en los últimos años no es, pues, su creación, sino el énfasis que la doctrina y los legisladores ponen en estos instrumentos —y, en concreto, aunque no solamente, en la mediación o conciliación— al presentarlos ya no —como acontecía anteriormente— como métodos sustancialmente residuales de solución de controversias, sino como la "vía maestra" que las partes deberían seguir para solucionar sus conflictos. Quizá, cabría suponer que, en la práctica, la utilización de los métodos ADR es mucho menos frecuente y menos relevante de lo que se pueda inferir de la literatura en la materia. Es ésta, sin embargo, una duda que sólo podría solucionarse basándose en datos estadísticos con los que no contamos. En Italia, la información disponible demuestra que las formas organizadas de conciliación no son muy frecuentes y que solucionan un número muy limitado de controversias. Por otro lado, no hay noticia alguna sobre la frecuencia de los arbitrajes. Sin embargo, ahí está el hecho de que en estas últimas décadas, con una fuerte aceleración en los últimos 5-10 años, las ADR se han convertido en uno de los focos de

---

\* Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21-22 de julio de 2007. Traducción de Carmen Casado Navarro.

atención más relevantes en el área de la justicia civil. A escala internacional, las normas que se ocupan de ellas se cuentan por miles (parece que tan sólo en Estados Unidos existen más de 2.500 que hablan de *mediation*) y al respecto se ha ido plasmando una literatura muy amplia cuya enumeración ocuparía docenas de páginas.

Las razones que subyacen a este fenómeno son variadas y no pueden analizarse aquí de forma apropiada; sin embargo, merece la pena detenerse al menos en los principales factores.

Por un lado, entran en juego elementos de carácter cultural. Contrariamente a lo que acontece en los sistemas chino y japonés, donde la filosofía confuciana constituye desde siempre la base de la tradicional predisposición a la mediación, en los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a las ADR es mucho más reciente y —desde ciertos puntos de vista— mucho menos sólido. Según los casos y los momentos, incluye aspectos diferentes. Uno de estos es el surgimiento, en Estados Unidos en los años 60 y 70, de una cultura "alternativa" respecto de la cultura jurídica prevaleciente, en la que los métodos conciliatorios y comunitarios de solución de controversias (especialmente las de menor valor, típicas de las clases más pobres de la sociedad) se opusieron al uso de los tribunales como remedios más accesibles y más eficaces. No es casualidad que estas orientaciones, que tuvieron un éxito bastante limitado entre los juristas norteamericanos, nacieran en el marco de la sociología y de la filosofía social. Esta cultura llega a Europa con algunas décadas de retraso (como acontece a menudo) y determina el florecimiento de una verdadera moda a favor de "las alternativas".

Un segundo aspecto, conectado con el primero, procede de la idea de que las técnicas de ADR representan una especie de "justicia co-existencial" a la que hay que dar prioridad frente a las formas de "justicia conceptual" típica del proceso. Pues, en efecto, tendría la doble ventaja de superar el conflicto en lugar de profundizarlo, como acontece a menudo con el proceso, y la adicional de hacer "justiciables" aquellas controversias que, de otra forma, quedarían irresueltas porque difícilmente se llevarían ante un tribunal. De este modo, se obtendría la tutela de derechos sin acceso a los remedios jurisdiccionales habituales, y las alternativas desempeñarían una función supletoria de la jurisdicción, contribuyendo a que todo el mundo pudiera disponer de alguna forma de solución de las controversias.

Estos aspectos acaban, luego, por entrelazarse, especialmente en años recientes, con las distintas ideologías *neo-privatistas* que se van extendiendo por Europa (y no ya en Estados Unidos donde desempeñan un papel dominante desde hace tiempo). En lo relativo a la solución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar e incrementar el rechazo y la desconfianza hacia la justicia del Estado y, por lo tanto, hacia el uso de instrumentos jurisdiccionales sugiriendo, por contra, la oportunidad de valerse de métodos *privados*, en los que se realizaría la libre autonomía de los individuos evitando interferencias de los jueces y los costes y las disfunciones de la justicia pública. En ocasiones, se estimula el uso de distintas formas de mediación y el arbitraje se presenta como el método ideal para solucionar

controversias en el ámbito de la autonomía y de la disponibilidad privada.

Sin embargo, estos elementos de carácter cultural e ideológico no bastan para explicar el fenómeno que nos ocupa. Un factor especialmente importante y, quizá, el más importante de todos en los distintos ordenamientos europeos, es la labor del legislador que, cada vez con mayor frecuencia, interviene reglamentando —y a veces imponiendo— la utilización de distintas formas de mediación y fomentando el uso del arbitraje. En distintos ordenamientos —y desde este punto de vista, el ejemplo de Italia es especialmente significativo— la razón de esta intervención del legislador radica en la crisis profunda de la justicia civil “pública” así como en la incapacidad del mismo legislador para remediarla. En estas situaciones, la opción legislativa por los métodos de ADR no está motivada por razones culturales específicas (si bien las ideologías del nuevo ámbito privado influyen en las orientaciones legislativas) sino por una razón práctica trivial y dramática: ya que la justicia del Estado no funciona, el legislador procura desviar la mayor cantidad posible de controversias fuera de los cauces jurisdiccionales, para así reducir la carga de trabajo de los jueces y permitir que las partes encuentren “alguna” solución a sus problemas. Básicamente, el legislador traslada a los ciudadanos el mensaje siguiente: “puesto que el Estado no está en condiciones de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente de vuestros derechos, recurrid a otros métodos —a la conciliación o al arbitraje— para solucionar vuestras controversias”.

De ahí que proliferen las intervenciones legislativas encaminadas a favorecer de todas las maneras posibles una solución conciliatoria de las controversias, a veces haciendo incluso obligatorio el intento de conciliación, o induciendo a las partes a valerse del arbitraje convirtiéndolo en un instrumento apto para producir los mismos efectos que las medidas jurisdiccionales. Desde este punto de vista, puede decirse entonces que el éxito de las ADR es directamente proporcional —es más, es su consecuencia inmediata— a la ineficiencia de la justicia del Estado. Por otra parte, no es casual que dicho éxito sea bastante menor en aquellos ordenamientos —como, por ejemplo, el alemán— donde la justicia civil es accesible a todo el mundo de manera rápida y eficiente, proporcionando una tutela eficaz de los derechos. Desde este punto de vista, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo sino, más bien, el reflejo de otro dramáticamente negativo cual es el mal funcionamiento de la justicia estatal.

De esta forma no se niega que en muchos casos una solución conciliatoria de la controversia sea lo adecuado —si la voluntad unánime de las partes se manifiesta en tal sentido— ni que la utilización del arbitraje pueda a veces ser más ventajosa que el proceso. De hecho, a menudo, existen razones válidas que hacen que las partes prefieran valerse de alguna de las numerosas técnicas de ADR disponibles. Así, por ejemplo, los conflictos familiares se abordan mejor con técnicas de mediación que con procedimientos judiciales y en materia de relaciones comerciales es probable que los beneficios del arbitraje en términos de confidencialidad y de la posibilidad de escoger a los árbitros, compensen los costes más elevados de este instrumento. Lo que hay que destacar es el hecho, especialmente negativo, de que la utilización de las

alternativas llegue convertirse en la única opción de las partes para subsanar sus conflictos ante el fracaso de la administración de la justicia "pública".

## **2. Los problemas de las alternativas.**

Frente al éxito teórico y legislativo que parece caracterizar el momento presente de los métodos de ADR, uno no puede dejar de referirse a algunos de los problemas que plantean. Es significativa la circunstancia de que ya en los años 80, mientras que en Europa empezaba a difundirse la moda de las ADR, precisamente en Estados Unidos fueran alzándose voces críticas —sobre todo las de Richard Abel y de Owen Fiss— poniendo de relieve muchas de las limitaciones e inconvenientes que caracterizan, en concreto, a las fórmulas basadas en la mediación.

No cabe aquí hacer un análisis crítico de las distintas modalidades de conciliación, lo que exigiría un estudio completo comparativo. Sin embargo, merece la pena apuntar al menos los problemas principales que surgen al respecto.

La primera dificultad importante concierne, precisamente, a la aptitud de la mediación para tutelar de forma adecuada los derechos implicados en la controversia. En efecto, podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional sólo si es capaz de ofrecer una protección de los derechos básicamente equivalente a la alcanzable mediante el proceso. Por otro lado, es claro que la posibilidad de un resultado positivo de la mediación estriba en que las partes estén dispuestas a llegar a un acuerdo que difícilmente dará toda la razón a la persona titular de un derecho: el acuerdo siempre supone la renuncia a la reivindicación integral del propio derecho. Mas aún, no es casual que los teóricos de la mediación afirmen que el derecho tiene que "permanecer del otro lado de la puerta" sin interferir de ninguna manera en la mediación, para la que la referencia a la dimensión jurídica de la controversia sería un obstáculo. Dicho de otra forma, la mediación no serviría para tutelar los derechos sino para alcanzar un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente.

No obstante, este modo de pensar introduce una duda radical acerca de la aptitud de la mediación para constituir una alternativa en realidad equivalente a la tutela jurisdiccional. Ciertamente se trata de una técnica para solucionar el conflicto, pero que aún cuando obtenga un resultado positivo, no tutela de forma efectiva los derechos implicados en el mismo. Por lo tanto, es impropio decir que la mediación sirve para "hacer justicia" o que la misma constituye una "justicia alternativa", al menos mientras al término "justicia" se le atribuya una connotación jurídica. Se trata, más bien, de un método encaminado a sanear un conflicto a través de la armonización de los intereses que están en juego.

La segunda dificultad relevante hace referencia al hecho de que, normalmente, la mediación no es capaz de eliminar o al menos reducir las consecuencias de la desigualdad que puede existir —y que a menudo existe— entre las partes de la controversia. Por lo general, los métodos de mediación no abordan el

problema y tampoco es razonable esperar que el mediador actúe en el sentido de proteger a la parte débil de los abusos de la parte más fuerte: de hecho, él tiene que ser neutral si quiere lograr su propio objetivo, que consiste en hacer que las partes alcancen *de todos modos* un acuerdo. Por lo tanto, nada excluye que en el marco de la mediación se llegue a soluciones injustas no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica de la controversia sino también porque la parte más fuerte siempre será capaz de imponer la solución más ventajosa para ella a la contraparte. Es más, no se puede excluir que la mediación actúe en el sentido de amplificar la desigualdad entre las partes en lugar de remediarla.

La tercera dificultad, relacionada con la segunda, concierne, de manera más general, a la tutela de los sujetos débiles. Históricamente, el legislador ha ido interviniendo para proteger a los sujetos débiles utilizando diversas técnicas normativas, de las cuales la principal consiste en hacer que sus derechos sean *indisponibles*. Como se puede ver claramente en el caso de la tutela del trabajador, el legislador interviene — por decirlo de alguna forma— protegiendo al sujeto débil "frente a sí mismo", es decir, considerando nulos los actos de disposición de sus derechos, basándose en la suposición que dichos actos no han sido realizados libremente sino impuestos por la contraparte fuerte. Se trata, por lo tanto de situaciones jurídicas "de tutela reforzada" en la vertiente sustancial, con normas cuya aplicación siempre puede invocarse frente al juez. En cambio, la mediación actúa en sentido contrario pues supone que el acuerdo entre las partes se alcanza precisamente porque las mismas *disponen* de sus propios derechos (es más, no los toman ni siquiera en consideración). En la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles, no cabe duda de que esto representa un paso atrás importante: de hecho, se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho y por la posible intervención del juez para tutelarlos. Y se prefiere un método de solución de la controversia que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad y, en concreto, a la necesidad de aceptar una solución que le impone la parte fuerte. De este modo se refuerza no la posición de la parte débil sino la del sujeto que está en condiciones de aprovechar su propia supremacía económica y social.

La cuarta dificultad suscita una reflexión semejante. Esta dificultad surge a raíz del movimiento que ha ido cobrando gran importancia e influencia en estos últimos años, a favor de la afirmación y de la protección de los derechos llamados *fundamentales* o *humanos*, tales como la vida, la libertad y la dignidad de la persona. Frente a las frecuentes violaciones de estos derechos, se puede plantear el problema de cuál sea el método mejor para subsanar las controversias que los afecten y, en concreto, si las técnicas de ADR centradas en la mediación pueden emplearse de forma válida. Al respecto, me parece que se puede facilitar una respuesta positiva sólo si se piensa exclusivamente en las posibles consecuencias económicas de la violación de un derecho fundamental. Tratándose de dinero, cabe que el autor de la violación tenga que pagar como indemnización por el daño sufrido por la víctima, cabe también admitir que se llegue a un acuerdo, que tendría para ésta —frente a un procedimiento largo e ineficiente— la ventaja relativa de conseguir, quizá,

poco, pero enseguida.

Sin embargo, parece evidente que los derechos fundamentales no pueden reducirse a las consecuencias económicas de su violación: es decir, la esencia de los derechos fundamentales radica en que los mismos no son *traducibles en dinero*. De hecho, es difícil pensar que una violación de los derechos de libertad o del derecho a llevar una vida digna pueda compensarse íntegramente con dinero. De ello deriva, sin embargo, una implicación muy importante, a saber, la inadecuación estructural de toda forma de mediación cuando el objeto del conflicto es la violación de un derecho fundamental y la necesidad de asegurar la tutela de este derecho. A decir verdad, no parece aceptable una negociación que suponga, por ejemplo, la disponibilidad de los derechos de libertad, en la que el titular de éstos pueda ser inducido a aceptar una limitación, o la disponibilidad del derecho a la vida o a la salud en una mediación que suponga la renuncia total o parcial a estos derechos.

Acerca de los métodos de ADR, se plantean muchos otros problemas como, por ejemplo, los relativos, a la imparcialidad de los mediadores y de los árbitros y la corrección de su actitud en el marco de los procedimientos correspondientes. Pero no cabe abordarlos aquí. Las consideraciones anteriores son suficientes para poner de relieve al menos algunas de las cuestiones más importantes que se plantean acerca de los métodos de ADR.

### **3. La jurisdicción como alternativa.**

Nos encontramos, por lo tanto, frente a un problema que se cifra en una contradicción esencial: por un lado, existe la tendencia cada vez más fuerte a proponer y, a menudo, a imponer, la utilización de las técnicas alternativas de solución de controversias, configurándolas, en realidad, como el mejor instrumento o incluso como el único instrumento disponible para abordar los conflictos; por otro lado, se tiene precisa conciencia de los límites intrínsecos que caracterizan a estos instrumentos y que se concretan en su incapacidad para ofrecer siempre al ciudadano una protección efectiva de sus derechos.

Así, bajo esta perspectiva se explica el título dado a estas reflexiones. Si las alternativas no son —o no son siempre— instrumentos adecuados para proporcionar una tutela real de los derechos, será preciso pensar en una "alternativa a las alternativas". Puesto que los métodos de ADR representan alternativas al proceso, es, precisamente, por lo que hay que pensar en el proceso como "alternativa a las alternativas", invirtiendo así la manera habitual de plantear la cuestión. Además, más allá del juego de palabras, con esta formulación se suscita el problema fundamental en el ámbito de la solución de las controversias. Si es cierto, como se ha apuntado anteriormente, que la razón más importante del éxito de las "alternativas" está en la crisis de eficiencia de la justicia pública, entonces sí tiene sentido configurar el proceso como alternativa válida —y eventualmente preferible— a los métodos de ADR tan sólo si el mismo es capaz de asegurar una tutela efectiva y eficiente de los derechos.

No hay que olvidar tampoco que el procedimiento judicial es, por tradición, estructural e institucionalmente el método fundamental para la solución de las controversias. Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental (aunque las cosas están cambiando en ese sentido también en los ordenamientos asiáticos centrados, por tradición, en sus métodos conciliatorios) se orientan en este sentido: la cuestión compleja de la elaboración y de la aplicación de las garantías constitucionales del procedimiento, desde el acceso a la justicia, al "justo proceso", hasta la obligación de motivar las sentencias, es el testimonio más importante del papel central asignado al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su tutela. Además, no hacen falta sofisticadas argumentaciones para ilustrar lo que la jurisdicción significa en la estructura de las orientaciones modernas y cómo la tutela jurisdiccional es un aspecto imprescindible en la concepción actual de los derechos del ciudadano. Por lo tanto, el problema no es discutir el papel de la jurisdicción y del proceso en el marco de los ordenamientos jurídicos. La posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces a través de procedimientos reglamentados por la ley y de resoluciones justas y legítimas constituye la base de todo ordenamiento jurídico actual. Bajo este aspecto, parece ser totalmente lógico que la jurisdicción sea la auténtica "alternativa a las alternativas", más aún, la "vía maestra" para la solución de las controversias.

El problema, como ya se ha apuntado, es otro y concierne a la eficiencia de la jurisdicción y a su efectividad en la tutela de los derechos. Sin embargo, este problema no se soluciona con la actitud de algún que otro legislador que —como el italiano— tiende a dejar que la jurisdicción siga siendo ineficiente, induciendo u obligando a los ciudadanos a lo que con toda propiedad puede definirse como una *huida de la jurisdicción*. El problema se resuelve —en cambio— actuando de tal manera que ésta sea eficiente y que las alternativas no resulten para las partes un camino obligado.

#### **4. El proceso como alternativa eficiente.**

La validez de las observaciones que preceden está confirmada por el análisis comparativo de lo acontecido en los últimos años en la mayoría de los ordenamientos procesales en los que se ha intentado —con cierto éxito— introducir reformas capaces de convertir el procedimiento judicial en el instrumento principal, y el más eficiente, de solución de las controversias. No cabe adentrarse aquí en un análisis comparado de las principales reformas llevadas a cabo en los últimos años, pero parece útil señalar las que han sido las perspectivas más importantes desde el punto de vista de realización de métodos judiciales rápidos y eficaces de solución de las controversias.

Ante todo, destaca la adopción —o el perfeccionamiento donde ya existía— de un modelo procesal apto para funcionar con celeridad. Al respecto, el punto de referencia en la Europa continental (como, por ejemplo, en la *LEC* española) ha sido, en muchos casos, el modelo austro-alemán centrado en un procedimiento bifásico con una fase previa dedicada al examen del pleito y una fase de instrucción que

concluye con la sentencia, inspirado en los cánones de la máxima concentración posible, sobre todo en la fase de obtención de pruebas. Se trata de un modelo bien experimentado que ha dado resultados muy positivos en los casos en los que se ha aplicado en Europa. En los sistemas de *common law*, la estructuración del proceso en las fases de *pre-trial* y de *trial* representa el aspecto estructural y tiene muchas ventajas que indicaré.

Por el contrario, es fácil ver que allí donde este patrón no se sigue o no se aplica de forma correcta — como ha acontecido en Italia con las distintas reformas parciales que se han sucedido a partir de los años 90— no se obtienen resultados significativos en términos de mayor rapidez del procedimiento civil. Las causas de las disfunciones de la justicia civil son múltiples y complejas —como pone de relieve claramente, una vez más, el caso italiano— pero no cabe duda de que entre ellas, el modelo de procedimiento que constituye la estructura que sostiene la “máquina” procesal desempeña un papel importante. Ciertamente, puede decirse que no basta con tener un buen modelo procesal para solucionar los problemas de la justicia civil pero es igual de cierto que sin un buen modelo procesal estos problemas nunca podrán solucionarse. Por así decirlo, si se dispone de un tipo de procedimiento que puede ser largo e ineficiente, podrá asegurarse de que en la práctica los procesos serán especialmente largos e ineficientes.

Otro factor de gran importancia es la posibilidad de adaptar el instrumento procesal a las exigencias de cada caso, evitando malgastar recursos cuando, por la naturaleza de la controversia, éstos no sean necesarios, y empleando la totalidad de los instrumentos procesales tan solo cuando la complejidad del pleito lo requiera. Tamaña finalidad puede perseguirse con distintas estrategias, algunas de las cuales son lógicamente erróneas mientras que otras resultan ser eficaces.

Las estrategias erróneas las ejemplifica el caso italiano, en el que se multiplican —junto al procedimiento “ordinario”— numerosos procedimientos especiales, diferentes unos de otros, que se construyen “por materias” es decir previendo procedimientos distintos para materias distintas (como, por ejemplo: trabajo, familia, derecho societario, etc.). Aparte de las infinitas complicaciones que se derivan de esta proliferación de ritos especiales, el error consiste en no considerar que en cada materia pueda haber controversias simples, para las que sea suficiente un trámite simplificado y rápido, y controversias complejas que, en cambio, necesitan un procedimiento más complejo y estructurado. Se acaba así por emplear el rito ordinario, más formal y largo, también para controversias simples, y por emplear ritos sumarios para controversias que necesitarían instrumentos procesales más complejos y sofisticados.

Un ejemplo reciente especialmente significativo de las estrategias adecuadas son las *Rules of Civil Procedure* inglesas, que entraron en vigor en el año 1999, en las que se prevén tres tipos de procedimientos, denominados *tracks*, distintos entre sí por estructuración y grado de formalismo. Corresponde al juez escoger cada vez, según los distintos criterios establecidos por la ley, —básicamente en función de la naturaleza y la complejidad de la controversia— el *track* más adecuado en cada caso concreto. De esta

forma, se realiza lo que podría denominarse la proporcionalidad entre la complejidad de la controversia y la complejidad del procedimiento utilizado para solventarla, empleando racionalmente los recursos procesales disponibles.

Por otra parte, algo similar existe también en el procedimiento alemán, donde el juez puede orientar el pleito a lo largo de una fase previa oral, simple y rápida, o a través de un examen previo escrito y más complejo, según los problemas que surgen en la controversia en cuestión.

Más allá de estos ejemplos específicos, que son especialmente significativos, el criterio general que hay que seguir es el de que las formas del procedimiento han de configurarse e interpretarse de forma *elástica* y *flexible* para que puedan adaptarse a las exigencias de cada controversia. Aunque este punto necesitaría mayor profundización, parece claro que el *dominus* de esta adaptación del procedimiento a las exigencias de cada caso no puede ser sino el juez, que debería estar dotado de los poderes necesarios para un efectivo *case management*. No las partes, porque en cada procedimiento siempre hay al menos una parte (es decir: el deudor que sabe que es culpable, sobre todo si es la parte fuerte) al que le interesa que el procedimiento se alargue todo lo posible y tutele de forma ineficiente o no tutele en absoluto el derecho de la otra parte (es decir: el acreedor que lleva razón).

En el ámbito del procedimiento bifásico que se ha señalado anteriormente, el aspecto quizá más importante es el relativo a la fase previa (o de *pre-trial*) sobre todo porque esta fase no sólo sirve para preparar la causa para la fase siguiente y la eventual resolución con sentencia, sino que sirve también —en algunos casos, sobre todo— para solucionar la controversia evitando que el procedimiento se alargue más. También bajo este perfil, el caso paradigmático es el de Inglaterra donde tan sólo un porcentaje muy bajo de controversias (aproximadamente un 2%, y quizá menos), supera la fase previa y llega al *trial* para la obtención de pruebas y hasta que se pronuncia la sentencia. Muy similar es la experiencia norteamericana, pues también en Estados Unidos el número de pleitos que llegan al *trial* es muy limitado. La razón de estos fenómenos es bastante clara si bien, a veces, los instrumentos procesales son técnicamente complejos. Esto se debe a que en la fase previa se producen varias situaciones en las que se induce a las partes a poner fin a la controversia o el proceso se cierra con una medida inmediata. El ejemplo principal de esta última posibilidad es el de las condenas *in default* o de las medidas de *striking out* que siguen inmediatamente a la rebeldía de una parte o al incumplimiento de los términos perentorios dentro los cuales han de desarrollarse determinadas iniciativas procesales.

Sin embargo, son más interesantes otros mecanismos que resultan muy eficaces para provocar un final precoz de las controversias. Uno de estos mecanismos es el *payment into court* del derecho inglés que consiste en la posibilidad de que el deudor demandado de deposite en el juzgado la cuantía que considera debe a su acreedor. El actor-acreedor podrá aceptar la cuantía, en cuyo caso el procedimiento se acaba, o bien rechazarla. En el segundo caso el procedimiento prosigue pero si el acreedor llega a obtener con la

sentencia una cuantía igual o inferior a la que rechazó, será condenado al pago de las costas aunque en realidad ha vencido en juicio. Se trata, como se puede ver, de una forma peculiar de acuerdo entre las partes, que resulta especialmente eficaz en el sentido de poner fin a numerosas controversias en la fase de *pre-trial* también en función de las costas elevadas de la justicia civil inglesa.

En Estados Unidos, es sobre todo la *discovery* lo que favorece alcanzar un *settlement* entre las partes en la fase previa del procedimiento. Como es sabido, la *discovery* norteamericana sirve a distintos objetivos, el principal de los cuales es permitir que todas las partes tengan conocimiento de todos los documentos o medios de prueba que están en poder de las otras partes o de terceros y puedan interrogar anticipadamente a todo los testigos susceptibles de ser convocados al *trial*. Además, la *discovery* se admite normalmente con criterios muy amplios y, por lo tanto, permite que las partes (o al menos aquellas que recurren a ella de forma adecuada) valoren correctamente sus posibilidades de victoria y el riesgo al que se enfrentarían de llevar el procedimiento, hasta el *trial* y la sentencia. Este posibilitar una valoración realista de las respectivas *chances* en el transcurso de la fase previa del procedimiento parece ser un factor que influye de forma decisiva en las opciones estratégicas de las partes, favoreciendo la consecución de acuerdos transaccionales.

##### **5. Conexiones entre proceso y alternativas.**

Los ejemplos que se acaban de extraer de la experiencia inglesa y norteamericana demuestran que, en realidad, la alternativa entre el proceso jurisdiccional y los métodos conciliatorios de solución de controversias no es rígida ni absoluta: por el contrario, pueden existir formas de conciliación *en conexión* con el proceso y también *dentro* del proceso.

En el marco de la primera categoría, es especialmente relevante la previsión de un *intento previo* de conciliación que se sitúa en el momento inmediatamente anterior al proceso y que está destinado —en caso de éxito— a evitar la incoación del mismo. Este intento, que puede preverse como facultativo u obligatorio, tiene muchos ejemplos: basta recordar, entre los intentos de conciliación configurados como obligatorios, aquel previsto en Italia para las controversias en materia laboral, y las *statutory grievance procedures*, que han de preceder al comienzo del procedimiento en los *Employment Tribunals* ingleses.

Es bastante común también la posibilidad de un acuerdo conciliatorio en el transcurso del procedimiento. De hecho, en muchos ordenamientos se encomienda al juez la tarea de intentar la conciliación de las partes: si el intento tiene éxito, el acuerdo entre las partes pone fin al procedimiento y resuelve la controversia.

Sin embargo estos instrumentos tienen un resultado incierto y discontinuo. En concreto, la experiencia de algunos ordenamientos deja ver que el intento de conciliación realizado por el juez, por lo general en la fase inicial del procedimiento, raras veces lleva a resultados positivos. Puede ocurrir —y ocurre con bastante frecuencia— que en el transcurso del mismo, las partes alcancen un acuerdo, por lo general, una transacción

extrajudicial a la que el juez permanece ajeno; no se trataría ni siquiera de un método alternativo de solución de la controversia sino de un acuerdo normal de negociación por el que las partes reconsideran sus relaciones.

La combinación entre los métodos alternativos y el procedimiento judicial puede adoptar muchas formas que aquí no es posible analizar detenidamente. Sin embargo, merece la pena señalar una combinación que parece ser interesante por varias razones y que está empezando a utilizarse en distintos ordenamientos —basándose en el patrón ofrecido por la experiencia estadounidense—. Dicha combinación consiste básicamente en prever la posibilidad de que el juez, cuando lo considere oportuno, derive a las partes a un conciliador (en cuyo caso, se produce una *court-annexed mediation*) o a un árbitro (en cuyo caso se produce una *court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo, el proceso termina, mientras que si no lo alcanzan volverán al juez para seguir adelante con el proceso. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la resolución del árbitro poniendo fin al proceso, o bien rechazarla, en cuyo caso éste sigue adelante. En ambas situaciones, se pueden establecer consecuencias negativas —por lo general, en términos de costas procesales— a cargo de la parte que haya rechazado una resolución del litigio —conciliatoria o arbitral— que luego resultará ser más favorable para ella que la que establezca el juez al finalizar el procedimiento.

La característica fundamental de estas instituciones consiste en que su utilización no depende de la voluntad de las partes, sino de la resolución que el juez adopta tras valorar la naturaleza de la controversia y la oportunidad de experimentar métodos de solución alternativos a la prosecución del procedimiento y la sentencia. Naturalmente, la voluntad de las partes es decisiva en lo relativo a la aceptación de los resultados a los que conducen estos métodos o a la necesidad que el proceso siga adelante, sin embargo, es importante el hecho de que le corresponda al juez resolver acerca de la oportunidad de intentar las vías alternativas, lo que permite evitar pérdidas de tiempo en tentativas que desde el comienzo parecen estar abocadas al fracaso y adaptar el uso de métodos alternativos a la situación específica de cada caso. Sin embargo, dichos métodos tienen otras ventajas que hay que destacar aunque sea brevemente.

En primer lugar, los mismos se aplican bajo el control del juez y en órganos —de conciliación o de arbitraje— que él mismo indica. También puede tratarse de órganos públicos o de servicios dispuestos al efecto. Según el modelo de la así llamada *multi-door court*, estos servicios podrían también crearse en los tribunales y bajo el control de unas autoridades *ad hoc*. De este modo, puede garantizarse la seriedad y la imparcialidad de los conciliadores y árbitros, y su preparación profesional, además de su capacidad para tratar a las partes de forma correcta y equitativa.

Otro aspecto positivo consiste en el hecho de que cuando la controversia va encaminada hacia una *court-annexed mediation* o una *court-annexed arbitration*, ya ha adquirido un planteamiento jurídico. No sólo las partes han precisado sus posiciones y sus pretensiones, sino que el juez ha dado una configuración

jurídica a la controversia. Dicho de otra forma, ya se ha definido el cuadro normativo en el que deberá situarse la resolución conciliatoria o arbitral. Por lo tanto, la dimensión jurídica no sólo no permanece "del otro lado de la puerta" sino que constituye el punto de referencia que tanto los conciliadores como los árbitros deberán tener en cuenta.

Además, la *court-annexed mediation* tiene la ventaja de evitar que el juez se comprometa en una tarea —la de mediador— para la que no está preparado y que le coloca en una situación difícil. De hecho, si el juez es activo a la hora de inducir a las partes a alcanzar un acuerdo, corre el riesgo de inclinarse a favor de una o de otra parte o de "anticipar el juicio" de manera impropia, mientras que, si permanece pasivo, el resultado del intento de conciliación será, con toda probabilidad, negativo. En cambio, derivar a las partes a un mediador ajeno le permite a éste desarrollar plenamente un papel efectivo de conciliación favoreciendo, por lo tanto, el logro de un acuerdo entre aquéllas.

## 6. Conclusiones.

De las consideraciones anteriores se pueden extraer algunas conclusiones sintéticas.

La principal es que la jurisdicción sigue siendo la "vía maestra" para la resolución de las controversias. Es más, en muchos casos, es decir, cuando se trata de derechos indisponibles y, en concreto, de derechos fundamentales, la jurisdicción representa *el único* instrumento admisible para la solución de las controversias.

Naturalmente, es preciso que la jurisdicción se ejerza a través de procedimientos accesibles a todo el mundo, que sean, sobre todo, rápidos y eficientes a la hora de tutelar los derechos de los ciudadanos. Si estas condiciones no se dan —como, por ejemplo, sigue ocurriendo en Italia— la solución no puede consistir en inducir u obligar a los ciudadanos a que utilicen métodos alternativos para conseguir *alguna* solución de sus controversias, quizá a través de la aceptación forzada de acuerdos no equitativos impuestos por la parte más fuerte. La única respuesta aceptable a los problemas de ineficiencia de la justicia consiste en una reforma profunda y radical de la justicia civil y de la organización judicial. Además, la historia de las reformas procesales recientes, tanto en España como en Alemania o en Inglaterra, demuestra que esto es posible, es decir que unas reformas adecuadas pueden efectivamente reducir los plazos de la justicia civil garantizando así a los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos.

La existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, la condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de solución de las controversias. En efecto, debe colocarse a las partes en posición de elegir, según sus preferencias, entre distintas técnicas de solución de las controversias, entre las que tiene que existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluso la jurisdiccional, han de tener el mismo nivel de eficiencia. Por lo tanto, es preciso que los legisladores garanticen la eficiencia y la accesibilidad de la justicia

pública: sólo si se da esta condición, será legítimo permitir que las partes escojan otros métodos para la solución de sus controversias. En cambio, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, esto no sólo supone una violación gravísima de las garantías constitucionales sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables y, por lo tanto, ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes.

Otra conclusión relevante es que entre la jurisdicción y las ADR no existe, según se ha demostrado, una alternativa radical. Al contrario, hay varias maneras de utilizar las técnicas de mediación y de arbitraje también dentro del proceso, en aquellos casos en los que estas técnicas pueden resultar más funcionales, con vista a la solución de la controversia, que el desarrollo completo del proceso destinado a terminar con una sentencia. Una utilización inteligente de estas técnicas puede contribuir, por un lado, a aligerar la carga de trabajo del juez y a favorecer el logro rápido de soluciones aceptadas por las partes y, por otro, permite que la voluntad de las partes se manifieste en un contexto reglamentado por la Ley y controlado por el juez.

Por consiguiente, es evidente que el problema de las técnicas de solución de las controversias no puede plantearse a través de las simplificaciones habituales de tipo "o proceso o mediación" u "o proceso o arbitraje" donde la premisa implícita —pero que no es difícil de explicitar— es que el proceso debería ser abandonado a su destino y que las partes actúen por sí mismas —en el marco del llamado ámbito privado— para solucionar sus conflictos. Al contrario: dado que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal, las técnicas de mediación y arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En esta dirección, hay un amplio espacio para soluciones nuevas que permitan de verdad a los ciudadanos solucionar sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente.