

# La mediación como requisito de procesabilidad. Una mirada crítica de tal exigencia<sup>1</sup>

*The mediation as a requirement of processability. A critical view of such a requirement*

IGNACIO ALEJANDRO AVENDAÑO LEYTON<sup>2</sup>

## RESUMEN

En nuestro ordenamiento se están exigiendo como un trámite previo para demandar judicialmente el haberse llevado a cabo un método alternativo de solución de conflictos. Esto lo vemos reflejado en tres áreas específicamente (familia, laboral y salud), por lo que el presente trabajo busca analizar la eficacia de tales métodos y si ellos representan algún inconveniente para acceder a los tribunales de justicia.

**Palabras clave:** Métodos alternativos obligatorios- acceso a la justicia-principio de voluntariedad.

## ABSTRACT

In our system they are demanding as a pre- processing to sue the alternative method of dispute resolution. We see this reflected in three areas specifically (family, work and health) have been carried out so in the present work to seeks analyze the effectiveness of such methods if they represent any problems in accessing the courts.

**Keywords:** Mandatory alternative methods- access to justice- the principle of voluntary.

<sup>1</sup> El presente trabajo formó parte de la tesis realizada por el autor para obtener el grado académico de Magíster en Derecho mención Derecho Procesal en la Universidad de Talca.

<sup>2</sup> Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Central de Chile, Magíster en Derecho mención Derecho Procesal Universidad de Talca. Correo: avendanoleyton@yahoo.es

*«Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver.»*

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO

*«El proceso sirve, pues, en una palabra, para hacer que entren en juicio aquellos que no lo tienen.»*

FRANCESCO CARNELUTTI

## 1. Introducción

Desde hace siglos, se les ha concedido a las personas la facultad de resolver sus divergencias *inter partes* (autocomposición<sup>3</sup>), manifestación propia del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, en caso de no existir este acuerdo ha sido el Estado quien ha monopolizado esta función de resolver las controversias que se susciten entre los miembros de una colectividad, entregándole a los tribunales de justicia la facultad-deber de conocer, juzgar y ejecutar lo resuelto. En efecto, en nuestro país, dicha función es entregada por mandato constitucional al Poder Judicial (artículo 76 cpr).

En el presente trabajo nos avocaremos a lo que son las manifestaciones autocompositivas, es decir, a los métodos alternativos a la jurisdicción, pero solo respecto de aquellos que son exigidos en el ordenamiento nacional como un requisito de admisibilidad para demandar judicialmente, ya que nuestro objetivo es tratar de vislumbrar la efectividad de tales mecanismos, sus fundamentos y si estos guardan armonía con el derecho a acceder a la justicia.

Señalamos que los métodos alternativos siempre se han estudiado a propósito de los equivalentes jurisdiccionales<sup>4</sup> o dentro de las formas de poner fin (en el sentido, no de finalidad, sino de finalización) al proceso de conocimiento<sup>5</sup>, por lo que este no es tema alejado o de escaso tratamiento en los sistemas procesales actuales.

La palabra autocomposición está conformada de dos vocablos, el prefijo auto y el sustantivo composición que de acuerdo a Carnelutti equivale a solución, resolución o decisión del litigio obtenida por obra de los litigantes.<sup>6</sup>

Pues bien, dentro de algunas de las clasificaciones de las formas autocompositivas, y en cuanto al presente trabajo nos interesa, nos encontramos con aquellas que dicen relación con la oportunidad procesal en que se verifican, pudiendo ser pre-procesal, extra-procesal, intra-procesal y pos-procesal.<sup>7</sup> No obstante, nos enfocaremos precisamente en aquellas pre-procesales, es decir, en los métodos alternativos de solución

<sup>3</sup> Nomenclatura acuñada por Carnelutti. Alcalá-Zamora (2000), p. 71.

<sup>4</sup> Concepto elaborado por Chiovenda, quien sostenía que si la finalidad de la jurisdicción era alcanzar la paz social, hay otras instancias que pueden ayudar a alcanzar el mismo fin. Núñez y Pérez (2013), p. 51.

<sup>5</sup> Alcalá-Zamora (2000), p. 71.

<sup>6</sup> Carnelutti (1944) p.183.

<sup>7</sup> Alcalá-Zamora (2000), p. 81.

de conflictos (en adelante MASC) y que son considerados como obligatorios antes de recurrir a la sede jurisdiccional, a saber: asuntos de familia (artículo 106 de la ley n° 19.968), laborales (artículo 497 del código del trabajo) y en temas de salud (artículo 43 de la ley n° 19.966).

Es innegable reconocer las virtudes de las formas autocompositivas en general,<sup>8</sup> sin embargo existen ciertos cuestionamientos en aquellos MASC que en nuestro sistema son obligatorios y, por ende, exigidos como un requisito de admisibilidad de la acción judicial. En este entendido, pretendemos dar una revisión a los MASC pre-procesales y determinar si estos se conjugan con el libre acceso a la justicia, lo que justificaría su obligatoriedad en nuestro sistema.

## 2. Orígenes de los MASC

Tal como se esbozó precedentemente, las formas autocompositivas constituyen una materia ya estudiada hace bastantes años, sin embargo la novedad hoy en nuestro país está radicada en la exigencia de que en ciertos juicios sean exigidos los MASC como un requisito de procesabilidad, es decir, se les da un carácter pre-procesal y obligatorio.

Cabe aclarar que, técnicamente, los MASC no constituyen una alternativa al conflicto propiamente tal, ya que para que existiera esa alternativa debiéramos poder optar entre el procedimiento judicial u otro distinto (mediación, arbitraje, entre otros) y que lo sustituyese, en ese caso, estos procedimientos serían entonces alternativos al proceso. Sin embargo una característica de los sistemas judiciales es que las decisiones las toma un juez como órgano del Estado y que se imponen coercitivamente.<sup>9</sup> No hay alternativa a esta exclusividad, sino que este tipo de justicia informal —fuera del andamiaje judicial— son solamente vías para prevenir el proceso judicial o, en palabras de Taruffo, los MASC «representan, de todos modos, una solución de “reserva”, sino de “serie B”, respecto de la tutela jurisdiccional de los derechos.»<sup>10</sup>

Consideramos menester iniciar nuestra exposición del tema señalando que los MASC tuvieron su apogeo en la década de los setenta, específicamente, en los Estados Unidos de América<sup>11</sup> en donde fueron conocidos como *Alternative Dispute Resolution* (adr).<sup>12</sup> No obstante, esta forma de solucionar fuera de los juzgados los conflictos, viene dada con los primeros colonos ingleses presentes en el país del norte, en donde estos se encontraban motivados por una religiosidad utópica, por lo que la litigiosidad era expresamente desaconsejada y se esperaba que las controversias fuesen resueltas comunalmente a través de la mediación o, si ésta fracasaba, mediante arbitraje.<sup>13</sup>

Este movimiento surgió en los Estados Unidos de América con el claro objetivo de ofrecer un abanico de alternativas para que el ciudadano común y corriente hiciera uso de su autonomía de la voluntad y pudiese elegir o determinar de acuerdo a su convicción, cuál era el método más adecuado para resolver algún tipo de discrepancia con otro sujeto.<sup>14</sup> Claramente en estos adr primaba la voluntariedad de las partes

<sup>8</sup> Alliende *Et al* (2002), p.12; Díaz (2010), p.17; Castillejo (2003), p.90; Maier (1993), p.201; Pastor (2007), p. 56; Rojas (2011), p. 85-86; Sparvieri (1995), p.15. Talavera (2013), p.23.

<sup>9</sup> Hierro (2007), p. 33.

<sup>10</sup> Taruffo (1999), p.316. En efecto, hoy en día es cada vez más frecuente presentar a los MASC como medios complementarios y no alternativos al procedimiento judicial, por ejemplo, Belloso (2008), p. 260, en donde sugiere contemplarlos como procedimientos complementarios a la misma, en el sentido de vías no excluyente, opuestas o antagónicas a la judicial.

<sup>11</sup> Castillejo de Arias (2003) p. 73; Soares (2008), p.47.

<sup>12</sup> En la actualidad ya no se habla de «alternativas», sino de resolución de conflictos, manteniéndose igualmente las siglas ADR.

<sup>13</sup> Chase (2011), p. 140.

<sup>14</sup> barona (2007), p. 49; castillejo de arias (2003), p. 69; chase (2011), p. 135.

para someterse a la intervención o colaboración de un tercero y así con ello solucionar estas diferencias.<sup>15</sup> Este factor de la voluntariedad constituye —a nuestro entender— un pilar fundamental sobre el cual descansan los MASC<sup>16</sup> y, por ello, este principio en específico será abordado más adelante.

Por su parte, en Norteamérica también se buscó reconducir ciertos ámbitos o materias que eran conocidas por los tribunales ordinarios de justicia y que por falta de especialización, excesiva dilación, impronta litigiosa y conflictiva que envuelve a la intervención judicial en su conjunto, generaban una inevitable insatisfacción ciudadana.<sup>17</sup> Hecho que no es solo propio del sistema del país del norte, ya que en nuestro país se ve reflejado en los altos índices de disconformidad en la gestión judicial (especialmente en temas penales),<sup>18</sup> cuestión que empíricamente no nos parece justificada, ya que las reformas existentes en la actualidad han producido una disminución considerable en la tramitación de los procesos, por ejemplo, en sede laboral<sup>19</sup> y familia.

En Estados Unidos, en esa época, se generó un movimiento político-cultural crítico del «hiperlegalismo», en otras palabras, sobre el exceso de confianza en la ley para resolver todos los problemas de la sociedad, lo que según dicho movimiento traía como lógica consecuencia la proliferación del número de asuntos y la consiguiente dilación, sumado a la creciente dependencia respecto a las instituciones jurídicas para resolver conflictos, ya que percibían un debilitamiento de las tradicionales figuras que ostentaban la autoridad o de las propias agencias gubernamentales.<sup>20</sup> Este movimiento, en términos prácticos, solicitaba que se remitirán algunas controversias a otros órganos o instituciones, asuntos como pretensiones de escasa cuantía, conflictos de consumo u otras materias de importancia para el ciudadano, en contraposición a los grandes intereses comerciales.<sup>21</sup>

De la misma forma, contribuyó en Norteamérica un movimiento social denominado como «nueva conciencia» surgido en década de los años sesenta, en la que sus ideas principales eran acordes a valores largamente asentados de individualismo, populismo, liberalismo e igualdad, siendo sus particularidades preocupaciones la realización de la comunidad.<sup>22</sup> Lógicamente este movimiento era hostil al sistema basado en la resolución de controversias ante los tribunales de justicia: según esta ideología, el poder de los jueces y abogados ofendía su creencia que «las relaciones coercitivas entre las personas son totalmente inaceptables.»<sup>23</sup>

<sup>15</sup> En Estados Unidos existen programas *Multi-Door Courthouse* persiguen precisamente ofrecer a las personas varias posibles «puertas de entrada» al sistema de administración de justicia, desde la negociación hasta el litigio, pasando por la mediación, el arbitraje, evaluación del caso, *mini-trials* y otras fórmulas híbridas que combinan unos y otros mecanismos. Vargas (2008), p. 188. Para un mayor análisis de estos mecanismos, véase Fernando Estabillio, en *Métodos Alternativos de Solución de Controversias*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf> [visitado el 05/06/2020].

<sup>16</sup> Se sostiene que el sometimiento de las personas a los MASC se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema tradicional de administración de justicia y atribuirla al sistema privado de solución de conflictos. En otras palabras, el sustento de los MASC es el reconocimiento de la decisión libre y voluntaria de las partes de no acudir al sistema estatal sino a los MASC para la decisión de sus disputas, siendo los ciudadanos quienes en forma voluntaria optan por tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos. En igual sentido lo sostienen Suares (2008), p. 63; Álvarez (2013), p. 78; Núñez (2009), p. 12.

<sup>17</sup> Barona (2007), p. 50.

<sup>18</sup> En los años 2002-2003 el nivel de desconfianza se situó en un 75% de acuerdo con el Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, ceja, consultar en [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org) La encuesta sobre la percepción de la ciudadanía puede consultarse en Encuesta Latinobarómetro 2002- Informe de Prensa.

<sup>19</sup> De conformidad al Código del Trabajo un procedimiento de aplicación general no debiera superar los 3 meses de tramitación en primera instancia, algo que al menos en la ciudad de La Serena, donde el testista ejerce la profesión, se cumple a cabalidad.

<sup>20</sup> Chase (2011) p.146.

<sup>21</sup> Burger (1976) pp. 83-95.

<sup>22</sup> Chase (2011) p.150.

<sup>23</sup> Reich (1970) p.228.

Otro fundamento para la aparición de estos métodos alternativos a la sede jurisdiccional estadounidense se debió a un factor de carácter netamente económico, al existir una crisis del sistema judicial por la falta de presupuesto, deficiencias y el atraso en materia de infraestructura, logística e informática y el constante aumento de causas.<sup>24</sup>

Como colofón de lo anterior, podemos apreciar que de los factores o fuentes materiales que motivaron el apogeo de los MASC, la idea era básicamente privatizar la solución de determinadas controversias, entendiéndose por dicha «privatización» como cualquier otra forma paralela a la judicatura, es decir, la intención estaba dada para que ciertos asuntos o conflictos siempre fuesen resueltos ante dicha sede<sup>25</sup> y no como para promover su utilización, ni menos como una exigencia previa para judicializar un asunto, ya que la ideología de ese entonces buscaba soluciones razonadas por los intervinientes, entregándoles a las personas los instrumentos o mecanismos para ello. En otras palabras, la confianza para dirimir las controversias era entregada a los ciudadanos, quienes por sí mismos eran los llamados a solucionar sus asuntos como personas integrantes de una sociedad civilizada y respetuosa de los derechos inherentes a cada cual.

Los MASC fueron siempre vistos como salidas complementarias a la judicatura, ya que la tendencia era posicionar a los adr como un mecanismo de solución para determinados asuntos.

Posteriormente, esta misma tendencia se trasladó a Europa, específicamente a Inglaterra,<sup>26</sup> Francia,<sup>27</sup> en tanto en Alemania no existió un movimiento como tal de los adr (para ellos *Alternative in der Ziviljustiz*), esto se debe en la mayor efectividad de la justicia civil alemana frente a la norteamericana como un elemento determinante a la hora de decidir si se debe entregar la resolución del conflicto al aparato estatal denominado Poder Judicial.<sup>28</sup>

Por su parte, en España, el antecedente de los MASC lo encontramos en la ley 30/1981 de Divorcio que modificó el Código Civil en materia familiar y se cambió la concepción del matrimonio «para siempre» a uno cuya duración lo determina la voluntad de las partes.<sup>29</sup> El legislador español debido a la influencia internacional, específicamente, por la Recomendación R (98) 1 sobre mediación familiar realizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1998 y en donde se aconsejó el uso de los MASC como complemento a la jurisdicción ordinaria,<sup>30</sup> buscando con ello que estos métodos alcanzaran paulatinamente

<sup>24</sup> Caivano *Et al* (1997), p.32.

<sup>25</sup> Se ha sostenido que los MARC no son vistos como mecanismos que tiene el Estado para economizar recursos en el cumplimiento de sus funciones, sino que instrumentos que se dan a los privados para proveer un servicio que no le corresponde al Estado brindar. vargas (2002), p. 4.

<sup>26</sup> La mediación ha sido incorporada en muchos de estos programas a lo largo de las Cortes de Inglaterra, los ejemplos más característicos de estos programas son los esquemas que rigen en la Corte de Apelaciones, la Corte Comercial, la Corte del Distrito Central de Londres y la Corte de Edimburgo. núñez (2009), p. 34; blanco (2009), p. 36.

<sup>27</sup> En el país galo la mediación partió con la figura del *ombudsman* como un intermediario entre los particulares y los distintos organismos oficiales, o sea que comienza en el derecho público para extenderse al derecho privado.

<sup>28</sup> Núñez (2009) p. 46 y 47; torres (2013) p. 184.

<sup>29</sup> Pérez (2011), p. 143.

<sup>30</sup> No obstante, encontramos bastante normativa que regulaba de cierta forma a los MASC, así tenemos la Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, derogándose posteriormente por la Ley de «segunda generación» en Cataluña: Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (boe 17, agosto 2009, nº 198). Dicha Ley amplía el ámbito de actuación al Derecho privado, en la línea contemplada por la Directiva de 2008/52/CE. Las restantes leyes de mediación vigentes en las Comunidades Autónomas son: Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia (B.O.E. nº 157 de 2 de julio de 2001); Ley 7/2001, de 26 de noviembre de mediación familiar de Valencia. DOGV nº 4138, de 29 de noviembre de 2001 (BOE nº 303, 19 diciembre 2001); Ley 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar de Canarias (BOE nº 134, de 5 de junio de 2003) y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar; Ley de la C.A. de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (B.O.E. 25-08-2005); Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. (BOE núm 105, 3 de mayo de 2006); Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma

un mayor auge en España en detrimento del acceso a la vía judicial, culminó promulgando la ley 5/2012<sup>31</sup> sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles.<sup>32</sup>

Consideramos necesario resaltar que en España, pese a esta potenciación legal, siempre se consideró que era la propia voluntad de las partes la única garantía que les permitía a las personas acudir a un MASC para buscar una solución a un conflicto, pues se entendía que nadie puede ser obligado a someterse a la decisión de un tercero ajeno al orden jurisdiccional si antes no expresó su voluntad de hacerlo.<sup>33</sup>

Por su parte, a partir de la década de los ochenta en los países de América Latina y el Caribe se generó una toma de conciencia en la opinión pública sobre la necesidad de modernizar el sistema de administración de justicia para darle mayor credibilidad, transparencia, celeridad e imparcialidad, siendo uno de sus precursores la República Argentina, quien mediante el Decreto N° 1480/92, el 19 de agosto de 1992, el Poder Ejecutivo declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de controversias y, por resolución del 8 de septiembre de 1992, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación del Cuerpo de Mediadores.<sup>34</sup> Argentina es uno de los países que cuenta con una experiencia prolífica en cuanto a MASC, ya que las diferentes experiencias desarrolladas en la Capital Federal desde mediados de la década de los 90 se han replicado en las provincias, las que han llevado adelante sus propios proyectos piloto y legislaciones.<sup>35</sup>

Cabe mencionar que, pese a que los MASC en la República Argentina fueron introducidos preferentemente como mecanismos de descongestión, y a pesar de que no existen estadísticas concluyentes —según señala Garavano— estos mecanismos han actuado mejor como un sistema complementario a la judicatura, permitiendo que muchas causas que antes no llegaban a la instancia judicial ahora sean conocidas a través de estos sistemas.<sup>36</sup>

En tanto, en el resto de Latinoamérica, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en 1999, se promovió el uso de los MASC señalándose que «La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»<sup>37</sup> De la misma forma se estableció en la Constitución del Ecuador de 1998, disponiéndose en su artículo 191 que: «Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la Ley.»<sup>38</sup>

---

Islas Baleares (BOE n° 303, de 20 de diciembre de 2006. BOID, núm 170, 30 de noviembre de 2006); Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM n° 54, de 5 de marzo de 2007); Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias (BOPA N° 81 – lunes, 9 de abril de 2007); Ley 1/2008, de 8 de febrero de mediación familiar del País Vasco ( BOPV, n° 34, de 18 de febrero de 2008); Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad autónoma Andaluza (BOJA, n° 50, de 13 de marzo 2009). García (2010), p. 743. Torres (2013), p. 196. López y Pérez (2004), p. 46.

<sup>31</sup> Pese a que la Ley de Mediación, entre otros motivos, tiene por finalidad la incorporación al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, objetivo que se logró fuera de plazo, su vocación dista mucho de ser únicamente de carácter europeo. Al contrario, el legislador español aprovecha para, por un lado, regular la mediación a nivel interno y, por otro, para ampliar a Estados no europeos la consideración de los conflictos transfronterizos. Sanchez y Jordá (2013), p. 37. Torres (2013), p. 177. Antuña (2013), p. 46.

<sup>32</sup> Sanchez y Jordá (2013), p. 25.

<sup>33</sup> En este sentido, resulta oportuno destacar aquí que, en contra de la voluntariedad que configura la columna vertebral de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, el rechazado Proyecto de Ley de 2001 establecía la mediación obligatoria para determinados aspectos. Sanchez y Jordá (2013) p. 25.

<sup>34</sup> Suares (2008) p.48.

<sup>35</sup> Blanco (2009) p.65.

<sup>36</sup> Garavano (2008) p.25.

<sup>37</sup> Artículo 258 de la Constitución venezolana.

<sup>38</sup> Posteriormente mediante referéndum de septiembre 28 del 2008 se aprobó la nueva Constitución de la República del Ecuador, en dicho cuerpo normativo su artículo 190: «Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir» peralta (2009) p.32.

En Bolivia el artículo 85 I de la Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación de 1997 señala que: «La conciliación podrá ser adoptada por las personas naturales o jurídicas, para la solución de mutuo acuerdo de cualquier controversias susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial» A su vez, el artículo 255 de la Constitución uruguaya dispone que: «No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditar previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la Ley.»

La Constitución colombiana en el año 1991 reconoció en su artículo 116 la posibilidad de conferir transitoriamente facultades jurisdiccionales a particulares para administrar justicia, con ello se generó un replanteamiento de fondo a la administración de justicia, ya que se desmonopolizó la facultad de resolución de conflictos que hasta entonces reposaba exclusivamente en cabeza de los jueces.<sup>39</sup> Este reconocimiento constitucional aparece como un factor importante para el impulso de la política de los MASC<sup>40</sup> en dicho país.

Por último, Chile cuenta con una dispersa experiencia en programas de resolución alternativa de conflictos en las últimas décadas, no obstante, en nuestro país no existe un cuerpo normativo sobre «mediación» o «conciliación» que lo regule de manera general, pero sí existen leyes que regulan algún tipo de MASC para una materia o ámbito específico.<sup>41</sup>

### 3. El acceso a la justicia

Debemos tener presente que son las partes, las dueñas de resolver su controversia de la forma en que estimen pertinente, sea a través de un MASC o no, ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad.<sup>42</sup> Optar directamente por la vía jurisdiccional debiera ser una alternativa, como consecuencia del respeto a la autonomía de las personas en el ámbito de los derechos disponibles.<sup>43</sup>

Entendemos que lo que se pretende con la inserción de estos mecanismos no es desplazar a la jurisdicción, ni tampoco convertirse en el único medio de solución a los conflictos, sino que ofrecer a los ciudadanos un abanico de posibilidades de solución dependiendo de las características de cada controversia.<sup>44</sup>

La justicia no solo se consigue a través de la función jurisdiccional (que corresponde en exclusiva a los tribunales), sino que también por medio de los MASC, por lo tanto, *prima facie* estos otros sistemas de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela judicial recogido —no expresa, pero sí implícitamente— en nuestra Constitución Política, formando parte de este derecho, por cuanto tienen la misma finalidad de resolver conflictos para obtener la paz social.

<sup>39</sup> El objetivo de descongestión fue relevante como fundamento de la conciliación en Colombia. Así, la Ley 23 de 1991 que introduce la conciliación es denominada «ley que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales». Asimismo, una reforma posterior contenida está contenida en la Ley 446 de 1998, o ley sobre Descongestión, Acceso y Eficiencia en la Justicia.

<sup>40</sup> Mera (2013) p.385.

<sup>41</sup> Mera (2013).

<sup>42</sup> Entendemos a este principio como la libre determinación, la libertad de elección, de opción de tomar las propias decisiones, de autonomía personal, todas ellas expresiones válidas, constituye un componente de la dignidad de toda persona sin exclusión alguna, y, por tanto, se fundamenta en el supuesto previo de una capacidad de acción y de conducta autodirigida. Álvarez (2013) p.105.

<sup>43</sup> Calamandrei (1943) pp.209, 214.

<sup>44</sup> Álvarez (2013), p. 97. Se trata de crear oportunidades para que las propias partes, o con ayuda de un tercero neutral o de un equipo multidisciplinario, logren acuerdos por unanimidad, para resolver las diferencias que los vinculan. Cuenca de Ramírez (2001) p.332.

Por lo anterior, nos resulta útil señalar que el derecho fundamental de toda persona de elegir acceder a tribunales independientes en busca de una solución justa se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,<sup>45</sup> el que también ha sido reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes,<sup>46</sup> tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales. A modo de ejemplar, podemos citar las constituciones de postguerra, como la italiana de 1947 (artículo 24.1)<sup>47</sup> y la de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 19.4),<sup>48</sup> las que incorporaron disposiciones que expresamente reconocieron el derecho de acceder a órganos judiciales para la protección de situaciones jurídicas subjetivas.<sup>49</sup>

Con posterioridad en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional.<sup>50</sup>

Con una formulación análoga a la de los textos constitucionales italiano y alemán, la Constitución española de 1978 en el artículo 24.1<sup>51</sup> reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, señala expresamente en su artículo 47,<sup>52</sup> el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Del mismo modo, los países americanos han celebrado tratados en los que se ha consagrado el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en primer lugar, el artículo 18<sup>53</sup> de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante cadh), suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental con una formulación análoga a la de las cartas europeas antes citadas.

---

<sup>45</sup> «Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»

<sup>46</sup> También se le suele denominar: derecho de acceso al órgano jurisdiccional, derecho a la acción, derecho a la tutela judicial, derecho fundamental al proceso, etc.

<sup>47</sup> «Todos pueden acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos».

<sup>48</sup> «Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (der ordentfich Rechtsweg), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.»

<sup>49</sup> Ello obedeció a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia. Fiqueruelo (1990) p.32.

<sup>50</sup> Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

<sup>51</sup> Artículo 24: Tutela judicial efectiva, prohibición de la indefensión, derecho al juez predeterminado por la Ley, a la presunción de inocencia, derecho a la asistencia letrada, derecho a la prueba, derecho a no declarar contra sí mismos ni a declararse culpable, derecho al proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

<sup>52</sup> Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

<sup>53</sup> Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En el artículo 8.1<sup>54</sup> del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, el artículo 25.1 dispone:

*«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.»*

Es necesario precisar que dichos derechos contenidos en los artículos 8° y 25 de la cadh, constituyen un mínimo exigible en la materia al Estado chileno, siendo deseable que los enunciados constitucionales nacionales superaran dicho piso mínimo, reconociendo que tal derecho, en los términos precisados en la norma internacional, es que se constituye en un deber imperativo para los Estados Partes de acuerdo con el artículo 1° de la cadh, en donde los Estados partes se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.<sup>55</sup>

El acceso efectivo a la jurisdicción que asegura el artículo 8° de la cadh en armonía con el artículo 25 de ella, a través de las acciones y recursos pertinentes, debe cubrir todos los derechos constitucionales y los asegurados por las convenciones internacionales en forma efectiva, sencilla y rápida, todo ello al tenor del artículo 25 de la cadh, estableciendo la obligación de los órganos del Estado Parte a través de medidas legislativas o de otro carácter a garantizar tal derecho por la autoridad jurisdiccional, a desarrollar la acción o recurso judicial y a garantizar el cumplimiento de las decisiones emanadas de la resolución que haya estimado procedente el recurso,<sup>56</sup> según dispone el artículo 2 de la misma Convención.<sup>57</sup>

Nogueira nos indica que con estas normas del bloque de constitucionalidad se asegura el derecho de las personas a obtener un acceso a la jurisdicción o una tutela efectiva e igualitaria de las autoridades o tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. Así, todo acto de poder, incluido los actos jurisdiccionales que vulneren dicho derecho, constituye una violación del derecho a la tutela judicial o a la jurisdicción.<sup>58</sup>

Por lo anterior, las personas tienen derecho a que el poder público se organice de modo que la justicia quede garantizada, lo que se logra con el derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional de los derechos por parte los tribunales o autoridades competentes.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> El art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica textualmente determina: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.»

<sup>55</sup> «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.» Esta norma determina la autoejecutividad de los derechos contenidos en el tratado, sin que para ello se requiera legislación interna, salvo que del propio texto del derecho asegurado en el tratado se contenga un mandato para su desarrollo por el legislador interno. Nogueira (2004) p124.

<sup>56</sup> Nogueira (2004) p.128; Hitters (1993) capítulo IX, en donde el autor realiza un profundo estudio sobre garantías judiciales y debido proceso legal en la Convención Americana.

<sup>57</sup> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>58</sup> Nogueira (2004) p.128.

<sup>59</sup> Nogueira (2004) p.128.

Entendemos que el acceso efectivo a la judicatura debe ser entendida en ese sentido, es decir, en aquel que los ciudadanos puedan recurrir libre y espontáneamente a un tribunal, sin mayores trabas o requisitos de formalidad, ya que se pretende que las personas puedan concurrir de manera directa a un juzgado con el objeto de oír el pronunciamiento de un determinado asunto, sin perjuicio de que las partes dentro su autonomía puedan recurrir a un MASC.

En nuestro país el derecho a la tutela judicial, que también puede entenderse como derecho de acción o como derecho de acceso a los tribunales o derecho al proceso, debe entenderse reconocido en el artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución Política de la República. En efecto, el reconocimiento del derecho a la tutela judicial en el artículo citado fue objeto de análisis en la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, la que en su sesión N° 100 señaló que no valía la pena incluir una cláusula que expresamente reconociera que «toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de recurso efectivo contra actos que los violen», como alguien pensó agregar al texto constitucional, porque ese derecho de acceso a la justicia ya estaba contenido en el inciso 1° del art. 19 N° 3 CPR.<sup>60</sup>

En igual sentido, nuestro Tribunal Constitucional<sup>61</sup> ha centrado el derecho a la tutela judicial al menos dentro del artículo 19 N° 3 CPR, y no en el artículo 19 N° 14 CPR, como a veces se ha enseñado. La tesis que ve al derecho a la tutela judicial como una manifestación del derecho constitucional de petición, tiene el apoyo de la *autoritas* de cierta doctrina procesal, pues en sus días fue propuesta por un gran tratadista, como lo fuera Couture.<sup>62</sup> Sin embargo no puede aceptarse la tesis que la tutela judicial sea el derecho de petición ante los tribunales de justicia, puesto que con el derecho de petición no se asegura una respuesta por parte de la autoridad ni menos una posibilidad de dar ejecutividad a esa respuesta, entre otros aspectos.<sup>63</sup> Como sostiene el Tribunal Constitucional «el ejercicio del derecho de accionar ante tribunales de justicia tiene reglas especiales que rigen la especie»,<sup>64</sup> que son diferentes del derecho de petición.

En otra sentencia del Tribunal Político nacional se efectuó un esbozo general del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, en un voto disidente, el Ministro Colombo Campbell nos indicó que «debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la “tutela judicial efectiva” de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como “aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”.<sup>65</sup> Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas—independientemente del ente persecutor estatal—, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.»<sup>66</sup>

Eso sí, el Tribunal Constitucional incluye dentro del debido proceso, el derecho de acción así como el derecho de defensa, al señalar: «Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el

<sup>60</sup> Bordalí (2011) p.317.

<sup>61</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 17 de noviembre de 2006, rol N° 546.

<sup>62</sup> Couture (1958) p.35.

<sup>63</sup> Bordalí (2011) p.317.

<sup>64</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 17 de noviembre de 2006, rol N° 546.

<sup>65</sup> Balaguer (2005) p.221.

<sup>66</sup> Sentencia de fecha 29 de enero de 2010. Voto disidente del Ministro señor Juan Colombo Campbell. Considerando 10°.

debido proceso se traduce no solo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado».<sup>67</sup>

No obstante, para cierto sector de la doctrina el acceso a la justicia se trata de un derecho fundamental pero que no forma parte del derecho al debido proceso, ni él se contiene en otros derechos fundamentales reconocidos en otras disposiciones de la Constitución nacional.<sup>68</sup>

Para Bordalí el único derecho global que reconoce nuestra Constitución es el derecho a un debido proceso, dicha interpretación la realiza del artículo 19 N° 3 CPR, el que contiene varios derechos de contenido procesal y un metaderecho o principio constitucional, que incluye a algunos de estos últimos. Esta no inclusión de un derecho en el otro se explica porque se trata de derechos que, analíticamente, operan con funciones y en momentos diversos.<sup>69</sup> Mediante el derecho a la tutela judicial los individuos se aseguran el poder de acceso a los tribunales y a obtener de estos una decisión según lo que el derecho prescriba que deba resolverse en ese caso. Lo que se pretende con este derecho a la tutela judicial es que el individuo pueda contar con la potestad jurisdiccional del Estado para obtener tutela para los derechos o intereses que invoca.<sup>70</sup> Este derecho viene a ser la contrapartida del hecho que el Estado asume monopólicamente el uso de la fuerza. Solo el Estado puede dar esa tutela y por eso se hace indispensable en el orden constitucional asegurar a las personas, como contenido de un derecho, que podrán acceder a la tutela estatal.<sup>71</sup>

El Tribunal Constitucional español ha declarado que el primer contenido o núcleo esencial del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.<sup>72</sup>

La importancia del acceso a la justicia reside en su capacidad de constituirse en la «puerta de entrada» al sistema de tutela judicial y de resolución de conflictos. Sin la aplicación efectiva del derecho de acceso a la justicia, la exigibilidad del resto de los derechos consagrados en la Constitución y en las leyes pierde toda viabilidad. El acceso a la justicia se yergue, entonces, como un derecho fundamental de primera importancia en todo sistema de administración de justicia democrático.<sup>73</sup>

Por lo anterior, siendo un derecho que debe ser garantizado por los estados, es que consideramos fundadamente que no debe existir ningún tipo de impedimento o traba para su ejercicio, cualquiera su naturaleza u objetivo, ya que como tal constituye un derecho humano inherente a las personas, inalienable, imprescriptible, igualitario y fuera del alcance de cualquier poder político. En otras palabras, este derecho fundamental para que sea garantizado por el Estado, debe estar despojado de todo obstáculo para que cumpla con el espíritu de un derecho protector de derecho humano.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 2008. Considerando 17°, rol N° 986-2007.

<sup>68</sup> Bordalí (2011) p.314.

<sup>69</sup> Núñez, nos indica que el derecho de acción no se encuentra establecido en el artículo 19 de la CPR, sino que bajo el concepto de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° inciso segundo CPR), los cuales merecen una tutela, un resguardo no solo por la propia Constitución y que están reconocidos en tratados internacionales. Núñez (2013) p.50.

<sup>70</sup> Esta misma idea se ve plasmada en el artículo 1° del proyecto de Código Procesal Civil y que dispone: «Tutela jurisdiccional. Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales.»

<sup>71</sup> Bordalí (2011) p.321.

<sup>72</sup> STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2 y 34/1994, de 31 de enero, FJ 2, entre otras.

<sup>73</sup> Capelletti y Garth (1983).

<sup>74</sup> Cornelio (2014) p.85.

Igual raciocinio mantuvo un voto de minoría emitido por los ministros vodanovic, navarro y aróstica, del Tribunal Constitucional chileno al señalar que al establecer una mediación obligatoria como presupuesto del libre acceso a la Justicia, vulnera abiertamente el derecho asegurado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución, ya que para «la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos», sea que se pretenda la declaración, reconocimiento, salvaguarda o ejecución de los mismos, el artículo 19, N° 3°, demuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el acceso sin más trabas ni demoras a la Judicatura y su correspondiente juez natural. Es el derecho de toda persona a presentarse ante el juez, a ocurrir a los tribunales, sin estorbos o condiciones que lo dificulten, retarden o impidan arbitraria e ilegítimamente (Rol N° 968). Así, entonces, asumir *a priori* que la sola interposición de unas acciones preparatorias puede generar alguna «judicialización injustificada y excesiva», aparte de configurar una predicción sin fundamento, no puede justificar que al sospechado se lo induzca a depreciar un derecho claro e incuestionable, porque en tal caso no se le estaría asegurando la constitucionalmente debida «protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.»<sup>75</sup>

En ese mismo sentido se han pronunciado destacados autores nacionales señalando que para acceder a la justicia no se pueden establecer limitación excesivas o exageradas y que en definitiva inhiban a la jurisdicción o la retarden indeseablemente, por cuanto el establecimiento de un mecanismo de mediación, previa y obligatoria y, además, fuera de órganos jurisdiccionales (sin control judicial de ninguna especie) representa una vulneración al derecho de tutela jurisdiccional siendo, por lo demás, la respuesta del órgano jurisdiccional es insustituible por un acuerdo que se desarrolla al margen de toda norma de debido proceso y sin control jurisdiccional, asimismo, criterios estadísticos no sirven de razón suficiente y legítima para limitar o impedir el derecho de ser oído por un juez o tribunal de la República, en otras palabras, cualquier trámite que suponga una postergación en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, debe ser siempre considerado como un obstáculo.<sup>76</sup>

El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que

*«[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.»<sup>77</sup>*

Asimismo, se pronunció la cidh al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo:

*«[...] no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus*

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de julio de 2012, Rol N° 2042-11-INA.

<sup>76</sup> Palomo y Valenzuela (2012) P.425; Aguirrízabal (2013) p.307.

<sup>77</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

*decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.»<sup>78</sup>*

En definitiva, para la cidh resulta claro que la justicia estatal o privada no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos idóneos y suficientes que faciliten la solución de los conflictos. Si bien los MASC no representan una desconfianza hacia la justicia estatal, sino un reconocimiento hacia los particulares para que puedan solucionar sus divergencias de la forma en que mejor estimen pertinente, debemos, no obstante, tener en consideración que los instrumentos proporcionados deben ser efectivos para acceder a la justa solución de un asunto, ya que no se trata de incorporar nuevos elementos si éstos no satisfacen realmente las necesidades del sistema judicial. Es decir, si se desea imponer una determinada actuación, lo natural es que sea eficiente y no un asunto netamente dilatorio o postergatorio.

Debemos tener presente lo que nos señala el profesor kai ambos en cuanto a que la eficiencia de la justicia se refiere a su capacidad de producir resultados que satisfagan sus metas o la aplicación de medidas que sirvan adecuadamente al objetivo previsto. El fundamento para la implementación de los MASC pre-judiciales no era solo uno de carácter netamente económico, sino que también de índole socio-cultural, pero es algo que según las estadísticas de los organismos pertinentes no se estaría cumpliendo de una forma satisfactoria o de la que se había previsto, fenómeno que no es exclusivo en nuestro país. No digamos que nos parece un fracaso la iniciativa de establecer o instaurar los MASC en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí notoriamente no es algo que nos permita decir en forma razonada que se deban mantener a los MASC como un requisito de procesabilidad.

Por lo demás, coincidimos en que la recepción de los MASC no puede hacer perder de vista el carácter central de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, por cuanto se trata de un presupuesto esencial del Estado de Derecho y de un derecho humano básico. Los MASC no pueden ocupar el lugar del proceso judicial como resguardo final de los derechos, ellos tienen capacidad para completar la respuesta del Estado por constituir una opción legítima, ya que en determinadas situaciones otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto.<sup>79</sup>

#### 4. Ventajas y desventajas de los MASC

Lógicamente para implementar los MASC no solo se tuvieron a la vista las circunstancias histórico-sociales señaladas precedentemente, sino que también *a priori* se han considerado una serie de eventuales beneficios o virtudes de estos métodos y que se verían plasmados en distintos ámbitos de la sociedad. Hecho que es propio de toda iniciativa de reforma.

Es así como se señala que con los MASC se produciría un sensible alivio de carga a los tribunales de justicia, es decir, disminuiría la litigiosidad ya que al solucionarse los asuntos en dicha sede (extrajudicial) no sería necesaria la judicialización del asunto entre las partes y, en consecuencia, no se ingresarían nuevas demandas hacia los tribunales de justicia.<sup>80</sup> Esto es algo totalmente lógico y sería lo esperable, sin embargo

<sup>78</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.). Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.

<sup>79</sup> Oteiza (2005) p.11.

<sup>80</sup> Suares (2008) p.51; mera (2013) p.384.

también es válido cuestionarse si efectivamente en dicha sede —MASC— se producen efectivamente los compromisos, por cuanto, como en todo orden de cosas, no necesariamente se va a producir un acuerdo entre los solicitantes o concurrentes.<sup>81</sup>

En efecto, ya habíamos señalado que en nuestro país se ha exigido para efectos de interponer una acción judicial una mediación y/o conciliación previa en materias de familia, laboral y de salud, estableciéndose como un requisito formal o de admisibilidad, siendo uno de los principales objetivos de tal implementación el disminuir la litigiosidad,<sup>82</sup> sin embargo no existen informes estadísticos que determinen que exista una gran disminución de ingresos de demandas con la instauración de estos métodos.<sup>83</sup> También nos inquieta otra interrogante, esta es, cuántos de aquellos acuerdos llegados mediante un MASC son efectivamente cumplidos,<sup>84</sup> tratándose específicamente de los asuntos de familia y del trabajo, ya que en materias de salud el porcentaje de acuerdos que se logran es bastante ínfimo, por no decir, insignificante.<sup>85</sup>

Tal como se esboza en el título del presente trabajo, planteamos una mirada crítica en base a la situación fáctica planteada en el párrafo precedentemente, más aún, si tomamos en consideración que en nuestro país se encuentra sumamente arraigada la importancia de que un asunto sea resuelto por un tribunal, es decir, por un juez legalmente investido por el Estado para dirimir conflictos y no un tercero que carece totalmente de facultades de jurisdicción.<sup>86</sup> En otras palabras, la figura del mediador o conciliador para el ciudadano común y corriente no es ni siquiera equivalente a la figura del juez, entendiéndolo a los primeros básicamente como un órgano administrativo sin poder de decisión o solución.<sup>87</sup>

Es más, siguiendo con esta mirada crítica de tales métodos pre-procesales, cabe preguntarnos que si el mediador o conciliador no es quien en definitiva impone la solución, como sí lo haría un juez de la República, sino que solo las propone en razón de lo manifestado por las partes; si éstas últimas amigablemente no

<sup>81</sup> Por ejemplo, en Santiago, entre los años 1997 y 2000 existieron un total 609 casos ingresados en los Centros de Mediación Familiar, de los cuales 184 no fueron mediados. Es decir, hubo 425 casos con mediación, y en los que existió solamente 210 casos con acuerdos (34,48%). vargas (2002) p.68-69. En tanto, en una investigación realizada entre enero de 2000 y enero de 2014, determinó que a nivel nacional se había llegado un 43,18% de causas terminadas con acuerdo en mediación familiar. Por su parte, tratándose de las conciliaciones ante la IPT de Santiago, durante el año 2013, estas ascendieron al 28,8%, en tanto a nivel nacional solo fue un 35% de asuntos terminados mediante conciliación. Información disponible en [http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-99379\\_recurso\\_6.pdf](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-99379_recurso_6.pdf). [visitado el 08/06/2020]. En tanto, de acuerdo a estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Ciudad de Buenos Aires, entre el año 1996 y 2009, de las mediaciones públicas realizadas, solo el 25% terminaron con acuerdo, mera (2013) p.406.

<sup>82</sup> Se ha señalado que, aunque todos los países de la región cuentan con legislación y experiencias de este tipo, lo cierto es que el impacto que han tenido los MASC, tanto desde el punto de vista cuantitativo como del logro de los objetivos anteriormente expresados, no ha sido el esperado. Mera (2013) p.376; Aguirrezábal (2013) p. 306.

<sup>83</sup> En efecto, en Estados Unidos la explicación basada en ese simple planteamiento de que se fuera disminuyendo la carga de trabajo en los tribunales, en la práctica, se pudo verificar tan solo un cambio menor en la realidad, una disminución poco dramática, no siendo motivo por sí mismo para generar un cambio tan radical en el proceso. Chase (2011), p. 144. Igual situación se plantea en Argentina, en donde pese a que los MASC fueron introducidos preferentemente como mecanismos de descongestión, no existen estadísticas concluyentes de ello. Mera (2013). p. 398.

<sup>84</sup> Según un estudio realizado por la profesora vargas, solo el 42% de los acuerdos en mediación familiar son cumplidos. Vargas (2002) p.83.

<sup>85</sup> Un estudio realizado durante los años 2005-2011 por la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, logró determinar que solo en el 16,9% de los casos se llegó a acuerdo. Información disponible en <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/88070669-6e24-4095-9e30-dc43fcf98d42/ESTUDIO+DESJUDICIALIZACION+version+definitiva+nov+2011.pdf?MOD=AJPERES>[visitado el 08/06/2020]. Las explicaciones para estos pobres resultados se encuentra el hecho de que el derecho a reclamo se puede ejercer con la sola percepción de parte del usuario de que sus derechos han sido vulnerados, sin un filtro de veracidad del hecho. Por otra parte, se señala que la obligatoriedad del procedimiento sería contradictoria con la voluntariedad de los acuerdos. Asimismo, se sugiere que para ser mediador en salud no se requiere tener una formación especial en estas materias, lo que podría estar dificultando el diálogo entre las partes, Mera (2013) p.416

<sup>86</sup> Existe una cultura que inviste de autoridad exclusivamente al juez y que desconfia de las posibilidades de acuerdo entre las partes y de la intervención de alguien que no sea el magistrado. En palabras de un juez: «la gente parece estar dispuesta a obedecer solo al juez.» De allí que la mediación suela aparecer como una instancia no confiable puesto que ocurre fuera del Tribunal y sin la intervención directa del juez. Vargas (2002) p.75.

<sup>87</sup> Es más, en los países de Latinoamérica se constató una cierta desconfianza ante la calidad del desempeño de parte de los profesionales encargados de llevar adelante los procesos de mediación. Mera (2013) p.424.

pudieron llegar a un consenso, que nos hace pensar que ante un tercero extraño podría hacerlo.<sup>88</sup> Al menos el contexto cultural de nuestro país nos lleva a la misma conclusión,<sup>89</sup> en donde reiteramos que siempre la confianza de la solución se encuentra radicada en la institución del sentenciador.<sup>90</sup>

Consciente el Ejecutivo de lo expuesto precedentemente, en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.286, en la cual se optó por establecer la mediación previa y obligatoria en materia de familia, se señala que la mediación —a esa fecha— no había sido considerada dentro de las posibilidades reales de solución, por lo que sus resultados cuantitativos habían estado muy lejos de la realidad, lo que en gran parte se debía al desconocimiento de sus reales ventajas.<sup>91</sup> Inclusive se señaló dentro de la tramitación legislativa que la no obligatoriedad de la mediación como etapa previa a la intervención judicial y la escasísima aplicación de esta modalidad de solución de conflictos, habría ocasionado la mayor cantidad de ingresos a los previstos.<sup>92</sup>

Ahora bien, no es menor destacar que al ser obligatorios los MASC se produce un efecto contrario en la sociedad, en el sentido de tener un acceso reducido a la justicia, ya que los justiciables se alejan del sistema judicial, no retroalimentándose éste por la cotidianidad llevando a que no exista unificación de jurisprudencia atendida la falta de precedentes y, además, a que no se dicten leyes más acordes con lo que ocurre en la sociedad actual.<sup>93</sup> Es más, en el ámbito contencioso familiar no se trata de resolver un problema que atañe a las personas directamente involucradas, sino que es una forma de ir resolviendo qué tipo de convivencia es la que el conjunto de la comunidad política está dispuesta a amparar,<sup>94</sup> si bien es cierto que en el ámbito familiar hay aspectos que forman parte de la privacidad y de la intimidad de quienes participan, la respuesta a ese contencioso no debe ser una respuesta privada, sino una respuesta pública.

En este orden de ideas, los MASC equivaldrían a una privatización de los conflictos, descuidando que mediante ellos vamos dibujando la forma de sociabilidad que queremos para nuestros descendientes.<sup>95</sup> Debemos hacer hincapié que generalmente el Estado modela o readecua las instituciones mediante el litigio judicial actual, cualquiera sea el ambiente en que desenvolvemos nuestras vidas y es una cuestión que depende, en cierta medida, de la disputa legal decidida por los tribunales.<sup>96</sup>

Asimismo se sostiene que los MASC producen un ahorro de tiempo para la solución del conflicto, ya que la cantidad de casos que todos los años ingresan a los tribunales es cada vez mayor y a menudo pasan varios años antes de que alguno se resuelva.<sup>97</sup> No obstante, es necesario recordar que en nuestro país se

<sup>88</sup> En igual sentido se manifiestan varios jueces de la República al dar su opinión sobre la mediación familiar, véase Vargas (2002) p.75.

<sup>89</sup> Vargas (2002) p.70. También se explica que esta circunstancia es variada y va desde el desconocimiento y a veces desconfianza de las personas frente a los MASC, como a la instalada cultura litigiosa basada en la adjudicación. Mera (2013) pp.419-420.

<sup>90</sup> Incluso se ha llegado a sostener que estos sistemas no son aceptables pues no constituyen más que una “justicia de segunda clase”, un *second best* al cual accede al Estado por su incapacidad de promover para todos una justicia de primera clase: la judicial, la de los tribunales Vargas (2002) p. 8. En igual sentido Núñez (2009) p. 33.

<sup>91</sup> Historia de la Ley 20.286, p. 11. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>92</sup> Esta fue la opinión del presidente (s) y los ministros de la Corte Suprema, señores Marcos Libedinsky Tschorne, Urbano Marín Vallejos y Jorge Medina Cuevas, respectivamente. Historia de la Ley 20.286, p.63. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

<sup>93</sup> Estas críticas fueron realizadas principalmente por investigadores norteamericanos, Suares (2008), p. 54. En igual sentido pastor (2007), p. 58. Debemos recordar que la justicia estadounidense funciona en gran medida sobre la base de precedentes; o sea que la aplicación del sistema de mediación llevaría a un empobrecimiento de la justicia.

<sup>94</sup> Peña (2002) p38.

<sup>95</sup> Peña nos señala que desde el punto de vista democrático la comunidad política debe contribuir a forjar las preferencias de los individuos, de manera que cuando decidimos qué sistema de justicia vamos a adoptar, estamos, en verdad, decidiendo qué tipo de preferencias vamos a favorecer en los ciudadanos. Es decir, un sistema de justicia debe ser capaz de influir en las preferencias que los ciudadanos van a tener. (2002) p.37.

<sup>96</sup> Peña (2002) p.38.

<sup>97</sup> Suares (2008) p52; Pastor (2007) p.57.

han realizado sendas reformas procesales que han provocado la agilidad de los procesos y, en consecuencia, la disminución de los plazos en la resolución del conflicto o, en estricto rigor, en la dictación de la definitiva de primer grado jurisdiccional. A modo meramente ejemplar, en el procedimiento monitorio laboral se exige haber realizado un reclamo ante la autoridad administrativa, sin embargo si nos enfocamos en la estructura procedimental del mismo, nos damos cuenta que el Juzgado del Trabajo puede acoger inmediatamente la demanda o, en su defecto, puede citar a una audiencia de contestación, conciliación, prueba y de dictación de sentencia;<sup>98</sup> por lo que no nos parece tan evidente o manifiesto este supuesto ahorro de tiempo, ya que la estructura de dicho es sumamente breve y concentrada.<sup>99</sup>

También debemos tener presente en el caso de los asuntos laborales, la especial tutela que se les brinda exigiéndose que el acceso a la justicia no pueda estar diferido ni obstaculizado por una condición de procesabilidad, más aún, si para ese trámite obligatorio previo al proceso se contempla la posibilidad de que el titular del derecho tenga en ocasiones que incurrir en gastos extraordinarios que saldrán de su patrimonio, muchas veces escaso, para recién poder accionar ante los tribunales<sup>100</sup>.

Por otro lado, se señala que los MASC serían más económicos para las partes, produciéndose un ahorro de dinero, por cuanto generalmente los honorarios son fijados por consulta y no en relación a los capitales o materias en juego.<sup>101</sup> Si bien esto es cierto tratándose de los asuntos laborales y de salud, no ocurre lo mismo en los asuntos de familia, en donde dependiendo de la situación socio-económica del solicitante podrá ser atendido en centros gratuitos, dependientes de las propias Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, en centros privados.

Que exista un menor costo o haya gratuidad de los servicios, es algo que influye —se quiera o no— en la calidad de la eventual solución o acuerdo que puedan llegar las partes, ya que debemos recordar que ante tales MASC no hay exigencia de comparecer con un abogado y no siempre el autocomponedor es un profesional letrado —inclusive en las Inspecciones del Trabajo no hay exigencia respecto de la calidad profesional del conciliador— pudiendo producirse un resultado bastante desfavorable hacia uno de los solicitantes, ya que por ahorrarse un juicio posterior y los honorarios de un abogado están casi obligados a solucionar el asunto en dicha sede. Por esto es por lo que debemos preguntarnos qué, así como no estamos dispuestos a proteger la vida a cualquier costo, también estamos dispuestos a resolver conflictos a cualquier precio.

En efecto, existen investigaciones que demuestran que las mujeres logran desventajosos o peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación que cuando concurren al sistema de justicia estatal, más aún, cuando solo una de las partes quiere llegar a un acuerdo por temor a no obtener nada en sede jurisdiccional.<sup>102</sup> Además, insistimos que en el gran porcentaje de estos asuntos comparecen las partes sin

<sup>98</sup> Artículos 499, 500 y 501 del Código del Trabajo.

<sup>99</sup> El Reporte sobre el funcionamiento de la reforma a la justicia laboral en Chile, realizado durante los años 2009-2012, determinó que el procedimiento monitorio al primer año de vigencia completa de la reforma el promedio de días que duraba una causa era de aproximadamente 50 días, cifra que se mantuvo estable en los años siguientes. En tanto, en otro estudio se pudo concluir que las cifras del procedimiento monitorio laboral se descomponen del siguiente modo: a) Duración nacional promedio: 35 días (en comparación con los 81 días promedio del procedimiento ordinario, o los 82 días del procedimiento de tutela); b) Del ingreso, un 39% en promedio son procedimientos monitorios (este dato debe compararse con el 47% que representa el procedimiento ordinario); c) Según el tipo de término de los asuntos, la información se desglosa de este modo: 1) en un 13% de los casos se acoge la demanda monitoria; 2) en un 34% se termina por conciliación; 3) un 28% por sentencia, un 9% por avenimientos, aproximadamente, sin perjuicio de otras formas de término. En las audiencias monitorias el 65% termina por conciliación, palomo (2014) p.495.

<sup>100</sup> Sentencia Corte Constitucional de Colombia, expediente D-3519 de 2001, p.80.

<sup>101</sup> Pastor (2007) p.57-58.

<sup>102</sup> Suares (2008), p.54; Belloso p.262.

la asistencia de un abogado, lo que da pie para que se genere un desequilibrio en la toma de las decisiones o cuando un conciliador o mediador no es imparcial y prácticamente impone una solución, por lo que no existirá un control sobre la misma.

Otra asunto que se suele señalar como fundamento de los MASC, es que con ellos se trata de evitar que haya ganadores y perdedores<sup>103</sup> a diferencia de lo que ocurre en el sistema de adjudicación de derechos de la sede judicial, lo que redundaría en beneficios en cuanto al mantenimiento de las relaciones futuras de las partes,<sup>104</sup> es decir, se trata un efecto terapéutico en el sentido amplio del término.<sup>105</sup> Sin embargo dicha virtud en materias de familia suele confundirse con la terapia familiar —algo que no necesariamente buscan los solicitantes— ya que con el modelo de mediación circular-narrativo son muy similares, persiguiendo este último dos metas, a saber, una es el protagonismo de las partes, y la otra es alcanzar un acuerdo,<sup>106</sup> lo que genera confusión entre los intervinientes en cuanto a la funcionalidad de los MASC.

## 5. El principio de voluntariedad

Más allá de los eventuales beneficios o reproches que podamos encontrar en los MASC como antesala a la vía jurisdiccional, también debemos enfocarnos en los principios o características de estos y ver si son coherentes o concordantes con el sistema de acceso a la justicia.

La naturaleza de los MASC proviene de los principios sobre los que se asientan, por ello la importancia de los mismos es tan relevante, pues se trata de los elementos que fijan el modo en que se configuran dichos mecanismos.<sup>107</sup> Son los principios el centro alrededor del cual giran los MASC sosteniéndose como una base sobre el cual construir el procedimiento en el que se desarrolla y los acuerdos que las partes puedan llegar en él.

La regulación de los principios en nuestro país solo la vemos reflejada a propósito de la mediación familiar,<sup>108</sup> en donde existe una enumeración de estos, no obstante, dichos principios son de carácter universal e incumben a los MASC de modo general y consideramos deben tenerse en cuenta en el ámbito en que estamos desarrollando este trabajo.

La esencia de los MASC radica en la exigencia de que quienes acuden a ella lo hagan desde el ejercicio de la libertad o desde la autonomía de la voluntad.<sup>109</sup> El ejercicio de este derecho importa, además de la elección de la persona u organismo que se encargue del procedimiento, de optar por participar personalmente o

<sup>103</sup> Se sostiene que en los MASC una estrategia competitiva no resulta eficiente para los conflictos de suma variable o suma no nula, ya que en estos existen soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes, por lo tanto, el eje ganar/perder pierde su sentido. Para los juegos de suma variable la estrategia adecuada es la colaborativa, pues solo ésta toma en consideración que los intereses de cada parte no son necesariamente divergentes sino convergentes y es capaz de aprovechar en beneficio de ambos partícipes esa convergencia. Núñez (2009) p.38. En igual sentido Sanchez y Jordá (2013) p.33.

<sup>104</sup> Este fue uno de los principales fundamentos para establecer la mediación previa y obligatoria en los asuntos de familia. Véase Historia de Ley 20.286, p.11, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) En este mismo sentido, afirma Alés Sioli, J., que «la mediación es recomendable especialmente, para aquellos casos en los cuales las partes enfrentadas tienen una relación, que de alguna u otra forma continuarán en el tiempo», en «Los tesoros de la mediación», Diario La Ley, N° 6992, Sección Tribuna, 18 julio 2008.

<sup>105</sup> Suares (2008) p.54, 55.

<sup>106</sup> White y Epston (1993); Alliende *Et al* (2002).p.29; Suares (2008), p.165, 237; Torres (2013) p.221.

<sup>107</sup> Corsón y Gutiérrez (2014) p.168.

<sup>108</sup> Debemos señalar que Chile es uno de los pocos países latinoamericanos que no tiene una Ley de Mediación o Conciliación, a diferencia de lo que ocurre con Argentina, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Honduras, Ecuador, México, Perú, Panamá y Bolivia.

<sup>109</sup> Suares (2008) p.63; Álvarez (2013) p.78 y 104.

por hacerse representar, y de decidir el resultado del procedimiento, al poder desistir y acudir a otro cauce diferente, o alcanzar un acuerdo total o parcial.<sup>110</sup>

La ideología común de los MASC es que todos ellos sean voluntarios también en su origen,<sup>111</sup> es decir, suponen una opción personal del individuo y no vienen impuestos por el sistema estatal, siendo esto una de las principales diferencias entre ambos sistemas.<sup>112</sup> Ello permite valorar las ventajas e inconvenientes, en relación con el litigio concreto o futuro y, consiguientemente, una lección responsable. Otra característica común es la de que permiten a los interesados hacerse un «traje a la medida», por cuanto la flexibilidad de estos medios es tal que no supone violencia alguna de las formas, adaptándolos a las necesidades del caso y decidir la dosis que se emplea y los límites hasta dónde se llega con su uso.<sup>113</sup>

Por lo anterior, el sometimiento de las personas a los MASC se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema tradicional de administración de justicia y atribuirle al sistema privado de solución de conflictos.<sup>114</sup> En otras palabras, el sustento de los MASC es el reconocimiento de la decisión libre y voluntaria de las partes de no acudir al sistema estatal sino a los MASC para la decisión de sus disputas, proporcionando a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.<sup>115</sup> La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de los MASC y que se proyecta en la estabilidad de la decisión de quienes adoptaron dicho mecanismo. Torres inclusive señala que la voluntariedad debe estar garantizada por el Estado a través de la legislación, la institución o centro de mediación y por el/la mediador/a durante todo el procedimiento de mediación.<sup>116</sup>

En ese entendido, nos resulta útil resaltar lo que ha sostenido la Corte Constitucional colombiana respecto de acudir forzosamente a un MASC, al señalar que dicha obligatoriedad es contraria al carácter voluntario, temporal y excepcional de los mismos; por lo que el legislador habría excedido los límites de dicha figura al imponerlos, basados en el acceso libre y opcional de las partes a esta forma alternativa de resolución de conflictos, dicha Corte afirmó que no se puede crear mediante una ley un MASC obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia. Por lo que la Corte colombiana declaró inexecutable (inconstitucional) las expresiones acusadas y reiteró que las diferencias

<sup>110</sup> Álvarez (2013) p.78. Torres nos dice que la voluntariedad consiste en permitir que las personas capaces puedan decidir libremente dónde y cómo quieren resolver (en derecho) los conflictos que poseen. Eligiendo la mediación como opción, pueden acudir a una institución o centro de mediación y designar de mutuo acuerdo al/a la mediador/a, para que éste/ésta, si es también su voluntad, los oriente y ayude a encontrar soluciones al conflicto; en el procedimiento de mediación se manifiesta los/las intervinientes cuando acuden y participan activamente o no en las sesiones de mediación; analizan las propuestas de solución y deciden o no llegar al acuerdo. Torres (2013) p.409.

<sup>111</sup> Bernal (1998) pp.54-55; Portela (2007) p.215.

<sup>112</sup> Hierro (2007) p.34; Álvarez (2013) p.153.

<sup>113</sup> Núñez (2009), p. 12.

<sup>114</sup> Al efecto, podemos citar como ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco N° 21755/LVII/06, México, y que señala en su Artículo 4: «Las actuaciones derivadas del procedimiento de los métodos alternativos estarán regidas por los siguientes principios: I. Voluntariedad: La participación de los interesados en el método alternativo deberá realizarse con su consentimiento y bajo su absoluta responsabilidad.»

<sup>115</sup> En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-163 de 1999. En otra sentencia la misma Corte también reconoció el carácter democrático y participativo de los MASC, al señalar que: «[...] no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal... Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente[...].» Sentencia C-893/01.

<sup>116</sup> Torres (2013), p. 410.

pueden someterse a los MASC siempre y cuando se decida hacerlo en forma libre y reflexiva y no como consecuencia de una imposición legal.<sup>117</sup>

Así, además, la sentencia citada nos demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución de ese país a la autonomía de la voluntad de las partes como fundamento del origen de cada MASC, por lo que incluso el legislador debía respetar dicha autonomía:

*«La ley no puede obligar a los particulares a utilizar este mecanismo en ningún caso, pues la conciliación no puede establecerse por ésta de manera permanente y como un deber de cumplimiento previo para acudir ante los jueces, bajo el criterio de que de esa manera se beneficia a las partes, aún contra su voluntad. Tales razones de orden jurídico, no solo son aplicables cuando se trate de procesos laborales, sino también respecto de los que conocen las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia o cualquier otra que se establezca en el futuro.»<sup>118</sup>*

Ahora bien, el principio de voluntariedad ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales relacionados con los MASC como lo es, por ejemplo, la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros<sup>119</sup> o El Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.<sup>120</sup> No obstante, debemos hacer especial referencia al Código de Conducta Europeo para los Mediadores de 6 de abril de 2004 y que vincula la voluntariedad con el derecho a permanecer o separarse del proceso, tanto de las partes, que podrán retirarse del mismo “sin dar explicación alguna” (artículo 3.3), como del mediador, al que se le reconoce la facultad de poner fin a la mediación si el acuerdo al que se va a llegar le parece ilegal o de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o si estima poco probable que continuar con la mediación permita llegar a un acuerdo (artículo 3.2).

A su vez, en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo del Consejo, de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, determinó por superar la arrastrada ambigüedad en la justificación de la mediación para afirmar, con toda claridad, que «la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial. La Comisión no considera la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de conflictos disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero ciertamente no para todos.»<sup>120</sup>

Posteriormente en la definitiva directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008,<sup>121</sup> se contempló expresamente a la voluntariedad en la exposición de motivos,<sup>122</sup> incluyéndose también entre los principios de la mediación, sin dejar fuera la posibilidad de la mediación preceptiva o «*mandatory mediation*», en la que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de remitir a las partes a

<sup>117</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-330 de 2012.

<sup>118</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia expediente D-3519 de 2001.

<sup>119</sup> Se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla [véase Ap. II , a y b, y Ap. V. a y b. adquiriendo la voluntariedad, así, un carácter notable].

<sup>120</sup> El Libro Verde subraya la conveniencia de mantener la voluntariedad en el origen señalando: «cabe preguntarse si presenta algún interés conferir carácter vinculante a estas cláusulas, ya que pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de conflictos contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad» (Párrafo 64). Hierro (2007) p.37.

<sup>121</sup> Disponible en <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf> [visitado el 08/06/2020].

<sup>122</sup> Considerando (13) «La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como o deseen y darlo por terminado en cualquier momento.»

mediación,<sup>123</sup> por lo tanto, puede proponer el Tribunal a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio, así como requerirlas para que asistan a una sesión informativa al respecto.<sup>124</sup>

La voluntariedad, al tenor de la directiva 2008/52/CE, parece ceñirse más al desarrollo del proceso y a la permanencia en el mismo que a su inicio, ya que admite la posibilidad de que una legislación nacional «haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones», siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial,<sup>125</sup> medida que nos parece digna de imitar.

Lo importante es que no se prive a las partes de su derecho a acceder a la justicia cuando lo deseen.<sup>126</sup> No obstante, junto a la posibilidad del juez de «invitar» a utilizar el recurso de la mediación o a acudir a la sesión informativa previa, se destaca el hecho de que la mediación, si así lo disponen los Estados, pueda ser «obligatoria» si su utilización conlleva «incentivos o sanciones.»<sup>127</sup>

En la normativa de los distintos países de la Unión Europea,<sup>128</sup> y específicamente, la española, hay unanimidad en recoger de modo expreso este principio, tanto en la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio,<sup>129</sup> como en las leyes autonómicas de mediación familiar<sup>130</sup> y en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, donde se contempla extensamente este principio tanto respecto del acceso, como de la permanencia o no en el proceso y las consecuencias que de ello pudieran derivarse.<sup>131</sup>

Del modo en que se reconoce la voluntariedad en la distinta normativa expuesta, podemos colegir la trascendencia que se le atribuye a este principio. En todo caso, la voluntariedad podemos valorarla teniendo en cuenta distintos aspectos, por un lado, las distintas fases del proceso en que ha de ser reconocida, y por otro, los sujetos que tienen derecho a ella. Sin embargo entendemos que la libre decisión de las partes de

<sup>123</sup> Véase exposición de motivos de la directiva 2008/52/CE, en su apartado (12) «La presente directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación.»

<sup>124</sup> Véase artículo 3 de la directiva 2008/52/CE, que al definir la mediación señala que el proceso de mediación puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

<sup>125</sup> Véase considerando (14) directiva 2008/52/CE.

<sup>126</sup> García (2010) p.723.

<sup>127</sup> Los estudios que se han llevado a cabo en Estados Unidos sobre la diferencia del grado de satisfacción y resultados de la mediación, según accedan libremente las partes o sean derivadas por un Tribunal, parecen no arrojar importantes diferencias entre ambas situaciones. García (2010), p 724.

<sup>128</sup> Véase el estudio de derecho comparado realizado en García (2006) p.278 y ss.

<sup>129</sup> La Ley 15/2005, de 8 de julio, en su disposición final tercera, al referirse al proyecto de ley sobre mediación que habrá de remitirse a las Cortes, señala que ésta se basará en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de «voluntariedad, [...]»

<sup>130</sup> Por ejemplo, la *Ley de mediación familiar de Castilla La Mancha*, que sanciona ampliamente este principio, por un lado, reconociéndolo como máxima en el art. 8.1, y después desarrollándolo en el art. 8.2, vinculándolo, así, a la absoluta libertad de las partes para iniciar el proceso de mediación y para desistir de él, así como para llegar a acuerdos, con la única limitación que impongan las normas imperativas en la materia objeto de negociación. En el mismo sentido, y vinculándolo tanto a las partes en conflicto, como al mediador y en relación a su participación (y entendemos que también permanencia) en el proceso de mediación, se expresa la *Ley de mediación familiar de Castilla y León*, en su art. 4. Por su parte, *La Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares*, en su art. 2º,6 contempla este principio refiriéndolo al hecho de que la mediación no puede imponerse y que las partes pueden desistir del proceso en cualquier momento, siempre que se efectúe desde la buena fe, respecto de los mediados, y cuando exista causa justificada y ésta se comunique por escrito a la otra parte, en el caso del mediador, ex art. 24 de la Ley 18/2006. También se desprende este principio de la potestad que la Ley reconoce a las partes para elegir al mediador, ex art. 6, que solo les será impuesto por la Administración (Servicio de mediación familiar de Baleares) cuando no se pongan de acuerdo a este respecto, ex art. 27.e, de la Ley 18/2006. García (2010) p.743; Antuña (2013) p.46.

<sup>131</sup> El Artículo 5, de la Ley 15/2009, de 22 de julio, dispone: «1. La mediación se basa en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la misma o no, así como de desistir en cualquier momento. 2. Si una vez iniciado el procedimiento de mediación cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento.»

someterse a una mediación, es la manifestación amplia del principio de voluntariedad, que ha de regir para toda la institución mediadora y sus efectos.

Por lo demás, encontramos sumamente pertinente lo sostenido en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, en la que también participaron representantes de Chile y en la que se acordó promover la superación de las barreras que afectan el acceso a la justicia, con el establecimiento de procedimientos sencillos, ágiles y carentes de formalismos, favoreciendo la eliminación de los trámites innecesarios y superación de las interpretaciones formalistas que impidan el acceso debido a la justicia. Igualmente se estableció en la Declaración Final que los Poderes Judiciales debían asumir el compromiso de propiciar la implementación del sistema de resolución alternativa de conflictos, de manera de satisfacer en término razonable, las demandas ciudadanas de justicia a través de la promoción, educación, capacitación y formación de expertos de los MASC, pero siempre debiendo responder a parámetros de necesidad, idoneidad y preparación adecuada.

Bajo ese contexto, en la Declaración de Canarias se estableció eliminar los trámites innecesarios y meramente formalistas —como a nuestro entender— hoy en día serían los MASC pre-procesales, ya que en base a las estadísticas y opinión autorizada de la doctrina en la materia, sumado a los principios e instrumentos internacionales referidos, nos hace concluir fundamente que la obligatoriedad de los MASC no es justificable y no solo por un tema netamente práctico, sino que también de fondo, ya que no existiría la libertad de los ciudadanos de poder elegir la forma o método para solucionar sus conflictos.

En este entendido, el principio de voluntariedad propugnado y presente *per se* en estos métodos, resulta quebrantado si por cualquier motivo o en cualquiera etapa se torna obligatorio para las partes, desnaturalizándose formalmente dicho mecanismo de solución de controversias, ya que no nos resulta coherente que una institución que es esencialmente voluntaria sea impuesta por la autoridad, sea la justificación que fuera, creemos que ese no es el camino si pretendemos fomentar dichos MASC.

## 6. Conclusiones

No cabe duda de que la tendencia de los MASC constituye una corriente válida y favorable para que los ciudadanos puedan elegir cuál es la mejor forma de solucionar sus controversias entre las opciones que otorga cada ordenamiento, ya que no todos estamos dispuestos a someternos a un proceso adversarial o de posiciones antagónicas.

Hay asuntos o materias que perfectamente pueden ser solucionados mediante un intermediario, llámese mediador o conciliador, al contrario, hay otras materias en donde definitivamente no hay posibilidad alguna de solucionarlo en otra sede que no sea la judicial. A modo ejemplar, difícilmente un trabajador desvinculado por falta de probidad o vías de hecho llegará a un acuerdo con su empleador en sede administrativa, como tampoco lo harán los cónyuges que se han separado o divorciado y no en los mejores términos, ya que se suele utilizar a los tribunales de familia como una moneda de cambio o de carácter sancionatorio para uno de ellos.

Consideramos que el Estado acertadamente debe proporcionar y promover a las personas distintos mecanismos para solucionar las controversias, más allá del fundamento que pueda tenerse para su instauración.

Durante el presente trabajo hemos podido verificar que la implementación de los MASC ha sido fructífera en ciertas partes del mundo, pero también nos hemos podido percatar, en lo que toca a nuestro país, que no han sido los resultados esperados en aquellas situaciones en donde se exige como un requisito de procesabilidad. En efecto, a nuestro entender el bajo porcentaje de acuerdos se debe a la desconfianza de esta figura, el desconocimiento de esta y a la imposición de estos mecanismos, lo que se traduce en una simple dilación del conocimiento de un asunto por parte de los tribunales de justicia, siendo a nuestro parecer ineficaces en cuanto a su aplicación. En otras palabras, la comparecencia ante tales MASC se ha transformado en el cumplimiento de un simple trámite formal algo que contraviene directamente lo que se ha señalado por parte de los organismos internacionales, en lo que dice relación al acceso que puedan tener los justiciables a los órganos jurisdiccionales.

Nos parece que establecer un MASC obligatorio constituye una forma de denegación de justicia, ya que todo Estado democrático de derecho debe velar que las personas puedan fácilmente y sin ninguna traba recurrir a los órganos encargados de administrar justicia, constituyendo cualquier impedimento, aunque sea de carácter formal, una traba para el libre ejercicio de este derecho humano. Más allá de la manifiesta contravención al derecho al acceso a la justicia que hemos sostenido, que los MASC prejudiciales y obligatorios no constituyen un mecanismo idóneo para el fin que se pretendió, en atención al bajo porcentaje de acuerdos que se llega en dicha sede, especialmente, en materia de salud.

Si bien es cierto el porcentaje de MASC crece con el tiempo, el impacto en general sigue siendo bajo a nivel latinoamericano por lo que insistir en exigirlos no parece del todo razonable.

En efecto, consideramos que en la tendencia a nivel internacional es respetar la autonomía de la voluntad de los solicitantes, quienes haciendo uso de esa libertad y como actores principales del conflicto, son quienes deben tomar la decisión de someterse a las posibilidades que el Estado proporciona, cuestión que nos parece más coherente dentro de todo gobierno democrático.

La concepción de un Estado de derecho lleva intrínsecamente la existencia de un sistema de justicia eficiente donde las personas usuarias tengan la garantía de la tutela de sus derechos a través del acceso a la justicia. La calidad debe integrar los conceptos de eficiencia y eficacia. El primero de ellos, hace referencia a la optimización de los resultados alcanzados en relación con el uso de los recursos disponibles e invertidos en su consecución y, la eficacia, es el logro de los objetivos, metas y estándares orientados a la satisfacción de los requerimientos y expectativas de la persona usuaria, algo que nuestro ordenamiento estaría en deuda.

Finalmente, consideramos que la obligatoriedad de los MASC transforma el acceso a la justicia en un sistema ineficiente, pues entendemos que esta instancia es una valla para poder ingresar un caso al conocimiento de la instancia judicial. Justamente es este argumento, el que se esgrimió hace unos años en Perú (año 2012) para terminar con la conciliación previa obligatoria en materias de familia.<sup>132</sup>

## Referencias

Alcalá - Zamora y Castillo, Niceto (2000): *Proceso, autocomposición y autotutela* (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas).

<sup>132</sup> Mera (2013) p.382

- Aguirrézabal Grünstein, Maite (2013): «Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia», en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 20), pp. 295-308.
- Alliende, Leonor *et al* (2002): *El proceso de medición* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Álvarez Ramírez, Gloria (2013): *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión* (Madrid, Grupo Editorial Cinca).
- Álvarez Torres, Manuel, *et al* (2013): *Mediación civil y mercantil* (Madrid, Editorial Dykinson).
- Álvarez Torres, Manuel *et al* (2013): *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales* (Madrid, Editorial Dykinson).
- Antuña Egocheaga, Marta (2013): *La mediación hoy* (Madrid, Ediciones Paraninfo).
- Balaguer Callejón, Francisco (2005): *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II (Madrid, Editorial Tecnos).
- Belloso Martín, Nuria (2008): «Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva Europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Eletronica de Direito Processual* (Año 2, Vol. II), pp. 257- 291.
- Blanco Carrasco, Marta (2009): «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica», en *Colección mediación y resolución de conflictos* (Madrid, Editorial Reus S.A.)
- Bonet Navarro, José (2014): *Justicia de Paz y Alternativa* (Madrid, Editorial Dykinson)
- Bordalí Salamanca, Andrés *et al* (2014): *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, LegalPublishing)
- Bordalí Salamanca, Andrés (2011): «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial», en *Revista Chilena de Derecho* (Nº2, vol. 38), pp. 311-337.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2009): «*Justicia del proceso y de la sentencia civil*», en Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 16 (Universidad de los Andes), pp. 77-100.
- Burger, W. E. (1976): «Agenda for 200 A.D.: A Need for Systematic Anticipation», en *Federal Rules Decisions* (Nº 70), pp. 83-96.
- Cea Egaña, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, T. II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- Goldschmidt, James (1936): *Derecho Procesal Civil* (Traducc. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Editorial Labor S.A.
- Caivano, Roque *et al* (1997): *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna* (Buenos Aires, Editorial Ad hoc).
- Calamandrei, Piero (1943): *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* (Milán, Podova).
- Carnelutti, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Traducc. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, UTEHA Argentina).
- Chase, Oscar (2011): *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural* (Madrid, Marcial Pons).
- Cornelio Landero, Eglá (2014): «Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano», en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (Nº 17), pp. 81-95.
- Corsón, Francisco y Gutiérrez, Eva (2014): *Mediación y Teoría* (Madrid, Editorial Dykinson)
- Cuenca de Ramírez, Nelly (2001): «La optimización del desempeño de los Abogados en la solución de conflictos mediante el uso de la Negociación, Mediación y Conciliación», en *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* (Barquisimeto. Gráficas Monserrat) pp. 309-347.

- Díaz, Alejandra (2010): «La Experiencia de la Mediación Penal en Chile», en *Revista Política Criminal* (Vol. 5, N° 9) pp. 1-67.
- Fernández González, Miguel (2004): «Derecho a la jurisdicción y debido proceso», en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 2, N° 4), pp. 99-121.
- Fiqueruelo Burrieza, Ángela (1990): *El derecho a la tutela judicial efectiva* (Madrid, Editorial Tecnos).
- Garavano, Germán (2008), «Formas alternativas de resolución de conflictos. Negociación, conciliación y arbitraje», en *Acceso a la Justicia. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. El papel de las Defensorías del Pueblo*, p. 25. <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/acceso.pdf> [visitado 08/06/2020]
- García Villaluenga, Leticia (2010): La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf> [visitado el 08/06/2020]
- García Villaluenga, Leticia (2006): *Mediación en conflictos familiares, una construcción desde el Derecho de familia* (Madrid, Editorial Reus).
- González Álvarez, Roberto (2013): «El debido proceso: del derecho de las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos», en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (N° 39), pp. 205-236.
- Hierro Sanches-Pescador, Liborio (2007): «Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación, en Medios Alternativos de Solución de Controversias», en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid* (N° 11), pp. 27-48.
- Hitters, Juan Carlos (1993): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. II (Buenos Aires, Ediar).
- Maquilon, Diana *et al* (2010): *Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile* (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- López, Rocío y Pérez, Ana (2004): *Tendencias actuales del derecho de familia* (Almería, Publicaciones Universidad de Almería).
- Mera, Alejandra (2013): «Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas», en *Aporte a los Procesos Regionales de Diálogo para Fomentar Reformas en el Derecho y Reformas Judiciales en América Latina* (CEJA).
- Ministerio de justicia (2013): *Informe final de panel de expertos. Modelo orgánico para la incorporación de sistemas alternativos de resolución de conflictos* (Santiago, Gobierno de Chile).
- Nogueira Alcalá, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, T. II (Santiago, Librotecnia)
- Nogueira Alcalá, Humberto (2004): «Elementos del Bloque Constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos», en *Revista Estudios Constitucionales* (N° 1, vol. 2), pp. 123-158.
- Núñez, Raúl y Pérez, Álvaro (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Legal Publishing).
- Núñez Ojeda, Raúl (2009): *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- Orellana, Fernando y Pérez, Álvaro (2013): *Derecho Procesal y Justicia Laboral* (Santiago, Editorial Librotecnia).

- Oteiza, Eduardo (2005): «MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Nº 8), disponible en: [https://www.academia.edu/12154319/Punto\\_de\\_vista\\_MARC\\_ADR\\_y\\_diversidad\\_de\\_culturas\\_El\\_ejemplo\\_latinoamericano](https://www.academia.edu/12154319/Punto_de_vista_MARC_ADR_y_diversidad_de_culturas_El_ejemplo_latinoamericano) [visitado 08/06/2020].
- Palomo, Diego (2014): «Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: la apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso», en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 12, Nº 1), pp. 475-500.
- Palomo, Diego (2014): «Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas», en *Revista Ius et Praxis* (Año 20, Nº 1), pp. 377 – 396.
- Palomo, Diego y Valenzuela, Williams (2012): «Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley Nº 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Ius et Praxis* (Año 18, Nº 2), pp. 387 – 426.
- Pastor, Santos (2007): «Eficiencia y medios alternativos, en Medios Alternativos de Solución de Controversias», en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid* (Nº 11), pp. 49-78.
- Pereira Pardo, María *et al* (2014): *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica* (Madrid, Editorial Dykinson).
- Peña, Carlos (2000): «¿Estimular los mecanismos alternativos?», en *Revista Estudios Sociales Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA* (Nº 2), pp. 34-52.
- Petzold, María (2004): «Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación», en *Revista Frónesis* (Vol. 11, No. 2), pp. 76-103.
- Peralta, Tomas (2009): *La mediación comunitaria como medio alternativo de solución de conflictos en la legislación ecuatoriana* (Tesis para obtener el grado de Doctor en Jurisprudencia, Universidad Técnica Particular de Loja).
- Pérez Saucedá, José (2011): *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Justicia Alternativa y Restaurativa para una Cultura de Paz* (Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León).
- Perrino, Pablo (2003): «El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa», en *Revista de Derecho Público* (ediciones Rubinzal-Culzoni), pp. 257-294.
- Rojas Corral, Hugo (2011): «Aportes del derecho comparado a los sistemas alternativos de resolución de amparos del derecho de acceso a la información en Chile», en *Revista de Derechos Fundamentales Universidad Viña del Mar* (Nº 5), pp. 81-128.
- Reich, Charles (1970): *The Greening of America: How the Youth Revolution Is Trying to Make America Livable* (New York, Random House).
- San Cristóbal Reales, Susana (2013): «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (XLVI), pp. 39-62.
- Sanchez, Raquel y Jordá, Rafael (2013): «La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales», en *Anales de Derecho* (Nº 31), pp. 19-55.
- Sarre, Miguel (1998): «El derecho d acceso a la jurisdicción en México y otros países de Latinoamérica», en *Revue québécoise de droit international* (11.1), pp. 115-128.

- Sparvieri, Elena (1995): *Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos* (Buenos Aires, Editorial Biblos).
- Suares, Marines (2008): *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas* (Buenos Aires, Editorial Paidós).
- Talavera Cabrera, Víctor (2013): *Nuevo procedimiento de resolución de conflictos. Manual práctico de la mediación* (Madrid, Editorial Cultiva Libros).
- Taruffo, Michele (1996): *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?* (Barcelona, editorial Perfecto).
- Torres Osorio, Edilsa (2013): *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca)
- Valdés, Diego (2014): «Procedimiento “monitorio” laboral chileno: entre la celeridad y la garantía», en *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia* (N° 3), pp. 100-123.
- Vargas, Juan Enrique (2002): «Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial», en *Revista Estudios Sociales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA* (N° 2), pp. 13-17
- Vargas Pavez, Macarena (2008): «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación», en *Revista de Derecho* (Vol. XXI-N° 2), pp. 183-202.
- Vargas Pavez, Macarena (2002): «Mediación Familiar en Chile. La experiencia del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales», en *Revista Estudios Sociales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA* (N° 2), p. 60.
- White, Michael y Epston, David (1997): *Medios narrativos para fines terapéuticos* (Barcelona, Editorial Paidós).
- Ybarra, Alfonso (2012): «Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (23), pp. 1-26